ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Sistemi punitivi e garanzie costituzionali

XXVII Ciclo

Tesi di dottorato

LA PENA IN BIANCO
LA LEGALITÀ "NELLA MISURA DEL POSSIBILE"

Coordinatore:

Chiar.mo prof. Mario Trapani

Tutores:

Chiar.mo prof. Luigi Ferrajoli

Chiar.mo prof. Mario Trapani

Dottoranda:
Tatiana Effer

Anno Accademico 2015-2016

A mia madre.
La mia stella polare.

Come la natura distoglie il sano dal raffigurarsi i tormenti della malattia, l'uomo libero rifugge dall'immaginare la vita del recluso. Se il suo pensiero vi è per un momento attratto, subito l'idea della giustizia della pena lo tranquillizza e lo allontana. Ora è chiaro che la giustizia della pena non deve soltanto, come sempre avviene, essere oggetto di una indagine esterna alla pena, per cui ci si convinca, in genere, della giustizia dell'espiazione. Dovrebb'essere oggetto di un'indagine interna alla pena, per cui ci si convinca della giustizia di quella pena. Ed è appunto l'indagine che tutti ricusiamo, accettando dogmaticamente le pene tradizionali.

(Paolo Rossi, *Contro la pena di morte. Scetticismo e dogmatica,* 1932)

INDICE

Introduzione **6**

Capitolo I. Assiologia della pena **17**

1.1. Iustitia Dei: la giustizia come ordine naturale....17

1.1.1. Una giustizia inesorabile....20

1.1.2. Modelli di giustizia divina....24

1.1.3. Tutela dell'innocente e tutela del colpevole....28

1.1.4. Il criterio di omogeneità fra reato e sanzione....33

1.2. Iustitia hominum: la giustizia come ordine artificiale....36

1.2.1. La concezione convenzionale della giustizia....38

1.2.2. Legibus solutus: il potere penale in Hobbes....43

1.2.3. Il criterio della proporzionalità e della necessità della pena...48

1.2.4. Sub lege: il primato dei diritti individuali....53

1.3. La giustizia penale come problema politico....57

1.3.1. Un diritto a misura d'uomo: la legalità penale in Beccaria....57

1.3.2. Genesi della potestà punitiva....58

1.3.3. Limiti della potestà punitiva....61

Capitolo II. La questione punitiva **67**

2.1. Finalità e limiti della pena....67

2.1.1. Lo scopo come limite del potere punitivo....67

2.1.2. La prevenzione della violenza come scopo del sistema penale78

2.1.3. La pena come emenda: un'espansione del potere punitivo....82

2.1.4. I fini non giustificano i mezzi....93

2.2. Due vizi metodologici nella riflessione sulla questione punitiva.97

2.2.1. Riduzione della questione punitiva allo scopo delle pene....97

2.2.2. Confusione delle domande "se, perché, quando punire?"....102

2.3. Distinzioni fondamentali nella teoria della pena....105

2.3.1. La pena minacciata....105

2.3.2. La pena reale....109

2.3.3. La pena come extrema ratio....115

Capitolo III. Teoria garantista della pena 123
3.1. Il paradigma garantista 123
3.1.1. La stretta legalità e la stretta giurisdizionalità 123
3.1.2. Le garanzie della verità penale 132
3.2. Le garanzie relative alle pene 134
3.2.1. Come punire: natura e misura delle pene 134
3.2.2. Il principio di necessità e il rispetto della dignità umana 141
3.2.3. I limiti minimo e massimo del modello garantista 145
3.3. Garantismo ed esecuzione penale 157
3.3.1. Il progetto di minimizzazione del diritto penale 157
3.3.2. Per un rafforzamento del paradigma garantista 168
Capitolo IV. Deontologia della pena 174
4.1. Il principio di tassatività in ambito penale 174
4.1.1. Tassatività e determinatezza 174
4.1.2. Tassatività e certezza 178
4.1.3. Tassatività e autodeterminazione 183
4.2. Limiti e vincoli delle sanzioni penali 185
4.2.1. Tassatività e uguaglianza 185
4.2.2. Tassatività e finalità delle pene 188
4.2.3. Tassatività e tutela della dignità umana 193
4.3. Definire la pena 197
4.3.1. Il condannato come soggetto della pena 197
4.3.2. Le pene (il)legitime 202
4.4. Il carcere come pena in bianco 220
4.4.1. L'affermazione del carcere come pena 220
4.2.2. Indeterminatezza della pena carceraria 225
4.4.3. Lo stato di detenzione nello Stato di diritto 234
BIBLIOGRAFIA 247

INTRODUZIONE

1. "Pessimismo potestativo": è con questa locuzione che Danilo Zolo ha denotato la concezione del potere sottesa alla teoria dello Stato di diritto[1]. Una concezione radicata nella "rivoluzione copernicana"[2] del contrattualismo moderno e nella sua antropologia individualistica. Dal momento in cui l'uomo viene collocato al centro dell'universo politico e i suoi diritti fondamentali sono elevati a parametro di legittimità di quell'ente artificiale che è lo Stato, la sovranità perde ogni crisma di sacralità, ogni pretesa di intangibilità, ogni presunzione di giustizia. Sradicato dal terreno dell'ordine naturale e spogliato del mantello della provvidenza divina, il potere civile appare nella sua instabile dimensione di strumento forgiato "per garantire l'ordine", ma "pericoloso […] perché incline a concentrarsi […] e divenire arbitrario"[3].

Pericoloso: "in particolare nelle sue modalità repressive"[4]. È all'interno della sfera penale, infatti, che massima diventa la tensione tra autorità e soggetti. Sovrano per antonomasia, il potere di punire minaccia di attaccare quegli stessi beni individuali di cui garantisce la tutela. "Potere odioso", lo definì Condorcet; "terribile" fu l'aggettivo icastico con cui lo qualificò Montesquieu[5]. Eppure, nessuno dei due *philosophes* riteneva che se ne potesse fare a meno. Togliere le sanzioni alle leggi statali significa optare per la legge del più forte; significa affidare alla ragion fattasi la soluzione dei conflitti: quindi non risolverli, bensì esasperarli e alimentarli.

Il paradosso che irrimediabilmente segna la questione punitiva è che limita i diritti in nome della tutela dei diritti. Funzionali a contrastare la violenza, le pene legali possono degenerare in violenza. L'esercizio del potere punitivo può annichilire la libertà e perfino la

---

[1] D. Zolo, *Teoria e critica dello stato di diritto*, in *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Feltrinelli, Milano 2002, p. 35.

[2] N. Bobbio, *L'età, dei diritti* (1990), in *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Arnoldo Mondadore editore, Milano 2010, p. 1185.

[3] D. Zolo, *Teoria e critica dello stato di* diritto, cit., p. 36.

[4] *Ibid.*

[5] "Le despotisme des tribunaux est le plus odieux de tous", *Idées sur le despotisme* (1789), in *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, Paris 1847, tome IX, p.155; "In tal modo il potere giudiziario, così terribile fra gli uomini, non essendo legato né a un certo stat né a una certa professione, diventa, per così dire, invisibile e nullo", Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), Rizzoli, Milano 1989, lib. XII, cap. VI, p.311.

vita. Ecco perché, senza alcun ingenuo "ottimismo normativo"[6], è doveroso progettare il diritto penale quale sistema di garanzie dell'individuo tanto nei confronti delle offese dei privati, quanto nei confronti degli abusi del potere. Infatti, come ci insegna Luigi Ferrajoli,

> la sicurezza e la libertà dei cittadini non sono minacciate soltanto dai delitti, ma anche, e spesso in misura assai maggiore, dalle pene eccessive e dispotiche, dagli arresti e dai processi sommari, dai controlli arbitrari e pervasivi di polizia: ovvero da quell'insieme di interventi che va sotto il nome nobile di "giustizia penale" e che forse, nella storia dell'umanità, è costato più dolori e ingiustizie dell'insieme dei delitti commessi[7].

2. Da quando Montesquieu spiegò che la libertà individuale dipende principalmente "dalla bontà delle leggi penali", la filosofia, la scienza del diritto e la legislazione hanno fatto importanti progressi nell'edificare, sul terreno penale, «i muri maestri dello Stato di diritto»[8]. Dal costituzionalismo rivoluzionario di fine Settecento alle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, passando per le codificazioni liberali ottocentesche, le garanzie penali e processuali dei diritti fondamentali sono entrate a far parte del diritto positivo. L'edificio garantista, tuttavia, non è una fortezza inespugnabile.

Se prendiamo i diritti sul serio - come già quarant'anni fa ci spronava a fare Ronald Dworkin[9] -, non possiamo non preoccuparci della questione penale: in particolare della questione dei limiti di un potere che prevede le condizioni di sospensione e privazione dei nostri diritti; che su di essi indice profondamente: vietando, processando, punendo. Se alla luce dei nostri criteri di giustizia (che rappresentano sempre un punto di vista esterno al diritto) i principi costituzionali appaiono carenti, dobbiamo implementarli. Se, alla luce dei principi costituzionali, le regole legislative risultano incoerenti, dobbiamo emendarle. Se, alla luce delle regole legislative, le prassi giudiziarie e punitive si rivelano arbitrarie, dobbiamo riformarle. Prendere i diritti sul serio equivale a prendere sul serio i principi di coerenza e completezza imposti dalla gerarchia dello fonti nello Stato costituzionale. Prendere i diritti sul serio vuol dire progettarne e assicurarne le garanzie ad ogni livello dell'ordinamento giuridico.

---

[6] D. Zolo, *Teoria e critica dello stato di* diritto, cit., p. 35.

[7] L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista*, Editoriale scientifica, Napoli 2014, pp. 58-59.

[8] N. Bobbio, *Prefazione* a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione* (1989), Laterza, Roma-Bari 2011, X ed., p. VI.

[9] R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Il mulino, Bologna 1982.

3. La teoria del garantismo, nella sua dimensione pragmatica e normativa, accoglie l'invito di Dworkin e persegue questi obiettivi politici. Riflette sugli obblighi e i divieti correlativi ai diritti fondamentali. Addita le antinomie e le lacune del diritto positivo. Coglie le aporie e indica le soluzioni, ragionando sull'efficacia delle tecniche di tutela istituzionale delle immunità, delle facoltà e delle aspettative giuridiche soggettive. In quanto teoria dello Stato, il garantismo tematizza il cambiamento che le costituzioni rigide hanno prodotto nella struttura dell'ordinamento giuridico e illumina i profili liberali, sociali, civili e politici della democrazia costituzionale. In quanto teoria del diritto penale, il garantismo indica i principi normativi idonei a massimizzare e salvaguardare la libertà dei soggetti, attraverso la regolazione della potestà punitiva dello Stato, tanto sul versante della legislazione quanto sul versante della giurisdizione.

Nella sua più compiuta formulazione, tale teoria - elaborata verso la fine del secolo scorso da Ferrajoli - configura un sistema di garanzie penali e processuali, sul cui parametro vagliare la legittimità del potere di punire. Questo sistema è integrato dai principi meta-legislativi di retributività, legalità, necessità, offensività, materialità, colpevolezza; e dai principi meta-giudiziari della separazione tra giudice e accusa, dell'onere della prova e del contraddittorio. A questo decalogo di limiti e vincoli, si aggiungono infine le garanzie ordinamentali della terzietà, dell'indipendenza, della precostituzione e della ricusabilità dei giudici. Tutte insieme, siffatte garanzie compongono un paradigma normativo tendente alla minimizzazione dell'arbitrio punitivo.

4. È all'interno della prospettiva teorica del garantismo penale che si colloca il lavoro di ricerca dottorale di cui in queste pagine presento i risultati. Oggetto del mio studio è, specificamente, il problema della pena, nella relazione tra la sua denotazione legale e la sua "concrezione" materiale. "Sappiamo molto del reato e poco della pena", scrisse settant'anni or sono Francesco Carlenutti[10]. Aveva pienamente ragione, e, purtroppo, la sua constatazione resta attuale. In forma esortativa, la troviamo ribadita in tempi recenti da Carlo Federico Grosso: "Per la dottrina penalistica dovrebbe essere giunto il momento di riaffrontare

[10] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, Tumminelli, Roma 1945, p. 7.

alle radici il problema della sanzione penale"[11]. È questa la conclusione di un bilancio storiografico che mette in luce gli importanti traguardi raggiunti dalla penalistica italiana nella teoria del reato (a partire dalle "fondamentali opere di M. Gallo"[12]) e rileva l'arretratezza dell'elaborazione teorica e dogmatica sulla pena.

Obiettivo della mia ricerca è evidenziare la necessità dell'integrazione della teoria garantista rispetto alla sanzione penale. La realtà della pena esige il suo ripensamento e il suo adeguamento ai principi dello Stato costituzionale, poiché palesa l'assenza di efficaci garanzie dei diritti fondamentali. Proprio in relazione al momento della sanzione, infatti, il paradigma garantista appare ancora fragile. Le garanzie processuali e quelle ordinamentali tendono a tutelare l'innocenza dall'arbitrio potestativo dei magistrati, orientando il giudizio penale all'accertamento della verità. I principi di offensività, materialità e colpevolezza presidiano le libertà individuali dalle esorbitanze del potere legislativo, vincolandolo a vietare penalmente solo le azioni esterne produttive di effetti dannosi e ascrivibili alla responsabilità di un soggetto. Quelle, dunque, limitano il potere di giudicare; questi il potere di proibire. Resta il problema delle pene e del potere di comminarle, irrogarle, applicarle. Quali sono i suoi limiti? Attraverso quali garanzie i diritti fondamentali possono essere protetti dal suo esercizio smodato?

Se torniamo a considerare il decalogo garantista di Ferrajoli ci accorgiamo che soltanto il principio di retributività - *nulla peona sine crimine* - concerne specificamente la sanzione penale. Altro non prescrive, tuttavia, che il divieto di infliggere castighi in assenza di delitti. Detta una risposta precisa alla domanda "quando punire?", ma esaurisce in ciò la sua portata normativa. Il principio di legalità penale aggiunge qualcosa di importante, imponendo al giudice di irrogare la pena prevista dalla legge quale conseguenza giuridica di un'azione qualificata come reato. Al legislatore, però, esso lascia la pienezza del potere di statuire sanzioni di qualsiasi tipo e di qualsiasi entità. Si tratta di una *plenitudo potestatis* pericolosissima per i destinatari della minaccia penale. Resta, infine, il principio di necessità, che è rivolto a disciplinare gli atti di esercizio del potere legislativo, tanto in materia di proibizioni quanto di punizioni. Rapportato a queste ultime, tale principio stabilisce che l'afflittività della pena comminata non debba eccedere il livello sufficiente a dissuadere dal

---

[11] C.F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano fra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia*, a cura di Luciano Violante, Annali 12, *La criminalità*, Einaudi, Torino 1997, p. 34.

[12] Ivi, p. 27.

compiere l'azione criminale a cui essa è associata. Si tratta, dunque, di un principio che prescrive la massima riduzione possibile della severità dei castighi legali, fornendo così una risposta alla domanda "come punire". Ma, a ben vedere, tale risposta si rivela largamente indeterminata: tanto esigente in astratto quanto poco cogente in concreto.

Sullo sfondo di queste considerazioni, ho tentato di sviluppare la teoria del garantismo, analizzando il problema delle garanzie dei diritti fondamentali rispetto alle sanzioni penali. Benché ogni pena consista in una menomazioni di diritti, infatti, un sistema garantista deve assicurare a chiunque subisca una pena la tutela di tutti i diritti la cui menomazione non sia legalmente prevista. In altre parole, deve tutelare il condannato dall'esercizio sregolato e indebito del potere punitivo. Secondo i principi assiologici dell'odierno costituzionalismo, infatti, il condannato è un soggetto di diritto, non l'oggetto di una punizione. La pena, di conseguenza, deve consistere nell'imposizione di obblighi e/o divieti del quale il condannato è per l'appunto il soggetto. Non può essere irrogata, ma prima ancora comminata, una pena il cui contenuto non sia predeterminato tassativamente dalla legge. Perché l'esecuzione penale non si converta in una pratica di dominio e violenza dell'uomo sull'uomo, la legge penale deve rispettare il canone della tassatività - oltre che nella qualificazione dei reati - nella configurazione delle sanzioni, connotandone esattamente il contenuto afflittivo in termini di diritti limitati o sospesi. La cultura giuridica ha da tempo delegittimato le fattispecie in bianco. È necessario fare altrettanto con le pene in bianco.

5. I quattro capitoli in cui si articola la presente tesi riflettono le tappe e gli snodi del mio itinerario di ricerca. Cosciente del rilievo delle tematiche con cui ho voluto confrontarmi, nel mio lavoro ho provato a esaminare due ordini di problemi: da una parte, ho preso in considerazione l'approccio teorico alla questione del potere punitivo rilevando che spesso tende ad allargarne i confini invece di progettarne limiti invalicabili; e, dall'altra, mi sono soffermata sulle implicazioni del principio di tassatività della sanzione penale, il quale deve essere osservato rispetto alle pene in modo altrettanto rigoroso che rispetto alle fattispecie criminali per arginare la discrezionalità punitiva. Il lavoro dunque si divide in due parti e il filo che lega entrambe è la riflessione sui limiti all'esercizio del potere punitivo: nella prima, di taglio filosofico-giuridico, analizzo le cause per cui nella questione punitiva la riflessione sui limiti è stata oscurata; nella seconda, espongo la più evoluta teoria della pena, il garantismo penale, e sottolineo la necessità di una sua espansione in re-

lazione alla determinazione del contenuto delle pene come fondamentale garanzia contro l'arbitrio legislativo (nella loro comminazione) ed esecutivo (nella loro applicazione).

Ho ritenuto di dover partire dallo studio dei differenti criteri di giustizia elaborati nel corso della storia in relazione al problema della sanzione penale. Secondo quali modalità è giusto punire l'autore di un comportamento giuridicamente criminalizzato? La voce di Kant, al tramonto dell'età dei Lumi, epitoma la risposta tradizionale (la più risalente e la più duratura): "Soltanto la *legge del taglione* […] può alla sbarra del tribunale determinare la […] punizione; tutti gli altri principi sono vacillanti"[13]. La storia di questo principio sanzionatorio rimonta sino agli ordinamenti giuridici dei popoli arcaici e ci è testimoniata da una pluralità di fonti. Si tratta spesso di testi religiosi, nell'ambito dei quali tale principio è collocato sullo sfondo di una visione teologica ed ontologica della giustizia. A partire dalla Bibbia come testo paradigmatico mi sono confrontata con la varietà delle sue interpretazioni, mettendo in evidenza la polisemia dei precetti penali in essa ravvisabili. L'interprete che cerca limiti al potere punitivo nella Bibbia, li può scorgere - come hanno fatto autorevolmente Eugen Wiesnet e Luciano Eusebi[14] - altrimenti troverà il rigore che stava cercando.

Nel passaggio dalla *iustitia Dei* alla *iustitia hominum* la regola del *talio*, che impone l'identità di genere tra il male penale e il male criminale, cede spazio al principio di proporzionalità, in base al quale la severità della sanzione dev'essere calibrata sulla gravità della violazione. Secondo Carrara la "concordia universale" sulla proporzionalità della pena al delitto è una forma nebulosa. Il parametro di valutazione non è univoco: la gravità del danno, l'entità della colpa o la pericolosità dell'agente. Per rafforzare la sua capacita regolativa la cultura giuridica moderna ha elaborato ulteriori criteri di giustizia sanzionatoria. In questa prospettiva spicca la grande esperienza dell'Illuminismo al centro della quale si pone l'opera di Beccaria. Ho scelto dunque di impegnarmi in un'analisi puntale di *Dei delitti e delle pene.* Secondo la riflessione beccariana: "Perché una pena sia giusta non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti". E, serbata la proporzione, bisogna prediligere le pene che fanno "una impressione più effi-

---

[13] I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1797), in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Laterza, Roma-Bari 1956, pp. 521-523.

[14] L. Eusebi, *La chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica,* Editrice La scuola, Brescia 2014.

cace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo". Si tratta di criteri razionali e pragmatici. Beccaria ridefinisce i contorni della giustizia pertinente alla questione punitiva: questione umana che non discende da principi metafisici e non riposa su un ordine naturale. Sulla scia di Montesquieu, Beccaria pone le basi del garantismo penale che, rispetto alla pena, si possono riassumere in quattro postulati normativi che fissano i limiti del potere punitivo e vincolano il contenuto delle pene: la disgiunzione fra deterrenza e rigore, la separazione fra diritto e morale, la valenza politica della legalità penale e il riconoscimento della dignità personale del destinatario delle pene, che preclude che i suoi diritti siano schiacciati dalle esigenze di difesa sociale.

Nel secondo capitolo mi sono occupata dell'approccio alla questione punitiva nella cultura giuridica contemporanea. Mettendo a frutto le raffinate analisi di H.L.A. Hart[15] e di Alf Ross[16] ho evidenziato che nel tempo si è verificato uno slittamento dell'orizzonte della riflessione teorica verso la tematica dello scopo della pena. Slittamento che ha offuscato le domande preliminari necessarie a elucidare la questione penale e che in alcuni suoi approdi ha comportato una sovralegittimazione del potere penale che ne ha promosso l'espansione. È il caso delle dottrine correzionalistiche che assumono la rieducazione[17] come finalità delle pene. Al contrario, la finalità preventiva, così come intesa da Beccaria e dalla tradizione garantista, ha favorito lo sviluppo di una riflessione e di una legislazione protese alla limitazione dell'arbitrio punitivo. Come giustamente puntualizza Mario Trapani, la funzione primaria delle sanzioni punitive è quella preventiva "e allora è evidente che la previsione di ulteriori finalità che la pena criminale dovrebbe specificamente (ed eventualmente) compiere - retribuzione, emenda, rieducazione-risocializzazione, difesa sociale, eccetera - risponde [...] a esigenze politiche contingenti, in quanto tali di competenza esclusiva del legislatore storico"[18]. Dalla prospettiva del diritto penale minimo lo scopo preventivo del diritto penale è duplice: non solo la prevenzione della violenza dei reati, ma la minimizzazione della violenza delle pene.

---

[15] Cfr. H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena* (1968)*,* Edizioni di Comunità, Milano 1981.

[16] Cfr. A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena* (1970), Giuffré, Milano 1972.

[17] *Sul problema della rieducazione del condannato* (con scritti di G. Bettiol, S. Glaser, G. Zuccalà, A. Baratta, P.J. Costa, Y. Gunal, L. Durigato, A. Quintano Ripolles, A. Molari, F. Bricola, G. Azzali, P. Bouzat, G. Guarneri, A.A. Calvi, V. Solnar, A. Pagliaro, A. Beristain, P. Nuvolone), II convegno di diritto penale, Bressanone, 1963, CEDAM, Padova, Milano 1964.

[18] M. Trapani, *La dinamica del derecho penal, el sentido de la pena y la critica del perdón*, Grupo editorial Ibañez, Bogotá 2013, p 820.

Nel terzo capitolo ho esaminato la teoria del garantismo penale di Luigi Ferrajoli, i cui elementi costitutivi sono due: "l'uno relativo alla *definizione legislativa*, l'altro all'*accertamento giurisdizionale* della devianza punibile. E corrispondono ad altrettanti insiemi di garanzie - le garanzie *penali* e le garanzie *processuali* - del sistema punitivo da essi fondato"[19]. L'Autore definisce queste garanzie come le condizioni necessarie per l'irrogazione della pena. Vale a dire, come canoni di legittimità dell'attribuzione della responsabilità penale.

Il sistema garantista è fondato su dieci assiomi definiti come garanzie dei cittadini contro l'arbitrio o l'errore penale. Essi sono stati elaborati soprattutto dal pensiero di matrice illuministica "che li concepì come principi politici, o morali o naturali di limitazione del potere penale altrimenti «assoluto»"[20].

Come anticipato, le indicazioni del modello garantista su come punire non sono incisive quanto quelle su come giudicare e come proibire. Fare appello al principio di necessità è la risposta che hanno dato prima di Ferrajoli principalmente Montesquieu e Beccaria, il quale ha affermato che "ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità è tirannica"[21]. Il principio di necessità costituisce la principale risposta del pensiero illuminista alla domanda "come punire?": la pena deve essere essere necessaria e la minima delle possibili rispetto allo scopo della prevenzione dei delitti. Tale principio è stato recepito perfino dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: "la legge non deve stabilire che pene strettamente ed evidentemente necessarie". Purtroppo pero non è così evidente quand'è che una pena è necessaria né quali sono le pene necessarie. Lo stesso Ferrajoli ammette che il principio di necessità è elementare e forse un po' sommario[22]. Possono essere argomentati criteri di necessità per ogni tipo di pena e di intervento penale, perfino per la tortura e per la pena di morte. La domanda è: all'interno del paradigma garantista basta solo questo limite in relazione alla tipologia delle pene? E la risposta non può che essere negativa.

Un antidoto efficace alla discrezionalità e alla sregolatezza del potere punitivo deriva dall'estensione del principio di tassatività dalla qualificazione dei reati alla configurazione

---

[19] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 6.

[20] Ivi, p. 69.

[21] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino 1965, cap. II, p. 12.

[22] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 89.

delle pene. Intorno a questo problema e alle sue implicazioni teoriche e normative ho riflet-to nel quarto capitolo. Proprio la pena centrale nei nostri tempi, la pena carceraria, non supera i filtri di un paradigma normativo che abbia come asse portante il principio di tassatività delle sanzioni penali. Nonostante sia definito come privazione della libertà personale, in concreto il carcere è irriducibile a una pena determinata in termini di obblighi e divieti. Essendo un'istituzione totale, non comprende la limitazione esclusiva della libertà di circolazione, ma innumerevoli afflizioni, disuguali da luogo a luogo, da detenuto a detenuto.

Considerato che prima della fase esecutiva la pena non esiste se non come minaccia, potremmo sostenere che il paradigma garantista deve essere allargato alla considerazione della pena *reale,* cioè quella effettivamente inflitta al condannato. Entrambi i rischi che le garanzie vogliono precludere, cioè l'arbitrio e l'errore punitivo, non svaniscono quando il giudice emana la sentenza. Il momento processuale è decisivo per precludere la terribile ingiustizia della condanna dell'innocente, sentita dalla società come la più tirannica manifestazione sia dell'errore che dell'arbitrio punitivo. La fase esecutiva, invece, è quella in cui risulta necessario precludere un'ingiustizia altrettanto terribile, ma che sollecita meno empatia sociale: aggravare sregolatamente la condanna di coloro giudicati colpevoli.

Nella consapevolezza di queste aporie ho ritenuto necessario ragionare intorno alle garanzie relative all'esecuzione della pena. L'assunto di fondo è che il condannato è il soggetto degli obblighi e dei divieti fissati dalla sanzione e non l'oggetto su cui si esercita l'atto punitivo. Questo vale a escludere che la pena sia qualcosa che si fa sul condannato, sul suo corpo o sulla sua mente: ciò delegittima, da un lato, le pene corporali e la pena di morte; dall'altro, i trattamenti coattivi. Il condannato, dunque, è il soggetto della pena, ma continua ad essere un soggetto titolare dei diritti della persona e del cittadino che non siano stati espressamente limitati dalla disposizione legale che stabilisce la pena per il reato commesso.

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana[23] il condannato a una pena detentiva conserva un residuo di diritti e potrà esercitare i diritti compatibili con lo stato di detenzione. Ma occorre capovolgere la prospettiva: prestabilire legalmente gli obblighi e i divieti in cui consiste la sanzione e rendere lo stato di detenzione compatibile con l'esercizio dei diritti fondamentali e col rispetto della dignità umana. Alla realizzazione di questa

[23] Corte Costituzionale, sentenza n.349 24 giugno - 28 luglio 1993.

operazione la teoria del diritto e la dogmatica penalistica possono apportare un importante contributo.

La discrasia fra dover essere ed essere, propria del costituzionalismo, implica "una latente e strutturale *illegittimità giuridica* dello stato di diritto, dovuta all'ambizione delle promesse formulate ai suoi livelli normativi superiori e non mantenute ai suoi livelli inferiori"[24]. Ne è un'esempio paradigmatico *La promessa non mantenuta*[25] dell'osservanza del principio di tassatività, al pari di quella del carattere di *extrema ratio* del diritto penale e del carcere.

Ora che non possiamo più legittimare il sistema punitivo sulla base dell'attuazione di un disegno divino, dopo che con Montesquieu e Beccaria abbiamo colto la pregnanza politica del diritto penale, è responsabilità nostra rendere lo stato di detenzione compatibile con lo stato di diritto.

* * *

Desidero ringraziare i miei tutores, il prof. Mario Trapani e il prof. Luigi Ferrajoli, per i loro preziosi consigli. Ringrazio il prof. Dario Ippolito per il suo fondamentale sostegno e la prof.ssa Antonella Massaro per la sua generosa disponibilità. Ai professori, colleghi e cari amici di Roma Tre, al suo corpo docente e amministrativo, esprimo la mia gratitudine per avermi fatto sentire a casa. Infine, vorrei ringraziare gli amici dell'Universidad del Norte di Barranquilla per avermi dato la possibilità di svolgere il mio lavoro di ricerca dottorale.

[24] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., pp. 907-908.
[25] Cfr. S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2001.

Capitolo I. Assiologia della pena

1.1. Iustitia Dei*: la giustizia come ordine naturale*

Ogni potere coltiva la fede nella propria legittimità[1]. Spesso le fonti di (auto)legittimazione sono situate nel recinto del sacro e accostate alla divinità. Anche il potere punitivo ha edificato i suoi *pantheon.* Sovrano per antonomasia, ha alimentato le fonti da cui ha tratto alimento. Nelle acque scure che da esse sgorgano, si riflettono le immagini della sua giustizia: delle pretese di giustizia avanzate dai suoi pontefici.

Teologi e teosofi hanno fatto discendere dall'alto dei cieli la legittimità delle pene terrene, facendo rientrare il potere di irrogarle nel disegno della provvidenza divina e raffigurandolo come un'esigenza fondamentale della giustizia[2]. Di una giustizia inesorabile e salvifica, che nel punire realizza il bene. Una delle tre Ore dei greci era *Dike*. I romani adoravano la *Iustitia.* Il paradigma della giustizia divina per eccellenza - quello che ha segnato la storia delle idee punitive in occidente più di ogni altro - è fornito dalla Bibbia, che celebra un Dio unico, la cui giustizia è stata assunta come parametro del sistema penale. Allora punire diventa un compito che "proclama la supremazia assoluta del bene sul male"[3].

Il nodo che lega il male e la pena intorno alla vita della giustizia è stretto con forza dalla tradizione religiosa. Agostino d'Ippona, sommo padre della Chiesa latina, lo confeziona così nel suo *De natura boni*:

> Per ciò se tutte le nature manterranno la misura, la forma e l'ordine che sono propri, non ci sarà alcun male. Se invece, qualcuno vorrà fare cattivo uso di questi beni, non vincerà, con questo, la volontà di Dio, che sa ordinare anche gli ingiusti in modo giusto. Cosicché, se quelli, per iniquità della loro volontà, avranno fatto cattivo uso dei suoi beni, Dio, per la giustizia del Suo potere, farà

[1] Lo sostiene Max Weber: "L'esperienza mostra che nessun potere può accontentarsi per sua volontà di fondare la propria permanenza su motivi esclusivamente affettivi o razionali rispetto al valore. Ogni potere cerca piuttosto di suscitare e di coltivare la fede nella propria legittimità". M. Weber, *Economia e società* (1923), Edizioni di Comunità, Milano 1980, vol. I, p. 208.

[2] "Avendo Iddio voluto che gli uomini fossero, almeno esteriormente, governati da uomini, egli ha posta nelle mani dei regnanti la eminente prerogativa di punire i delitti, ed in ciò soprattutto sono essi rappresentanti di Dio". Cfr. J. De Maistre, *Le serate di Pietroburgo* (1821), Biblioteca cattolica, Napoli 1827, p. 40.

[3] Pio XII, *Principi fondamentali del diritto penale*, in "Archivio penale", 1953, I, pp. 435-436.

buon uso dei loro mali, ordinando giustamente nelle pene coloro che hanno pervertito l'ordine nei loro peccati[4].

Questa originaria e inesausta fonte di legittimazione, dunque, si rifà alle teorie teologiche sul rapporto fra il bene e il male e si erige su un'idea di giustizia intesa come ordine voluto sì da Dio, ma messo in atto, nel suo nome, dalle sue creature razionali. Così, gli uomini sarebbero chiamati ad imitare il loro creatore, che sin dai primi tempi avrebbe asserito il binomio trasgressione-punizione, avendo ricollegato, senza tardare, una sanzione alla prima trasgressione dell'uomo nel giardino dell'Eden. La titolarità del potere di punire viene assegnata alle autorità stabilite da Dio, alle quali bisogna sottomettersi[5]. Specificamente al magistrato, il quale, essendo stato commendato da Dio, agisce con giustizia: "perché il magistrato è un ministro di Dio per il tuo bene; ma se fai il male, temi, perché egli non porta la spada invano; infatti è un ministro di Dio per infliggere una giusta punizione a chi fa il male"[6].

Di conseguenza, lo *ius puniendi* si rappresenta come un dovere. In effetti, in termini di dovere si pongono le fondamenta della *Costitutio Criminalis Carolina* del Sacro Romano impero Germanico. Ricondotto alla g*râce de Dieu* l'impero di Carlo V*,* essa ribadisce che i sovrani debbono punire i delitti, secondo la missione vendicatrice delle offese assegnatagli da Dio[7]. Anche nel pensiero di Christian Thomasius, campione del riformismo penale e dell'illuminismo giuridico tedesco[8], lo *ius puniendi* è configurato come un dovere: s*uperiorem in republica obligatium esse ad poenam inferendam*. Ma, al contempo, il sovrano è titolare del diritto di punire."Non è una contraddizione - ha spiegato Mario A. Cattaneo - che il sovrano ha contemporaneamente un diritto e un dovere di punire: infatti egli ha un diritto nei confronti del delinquente e degli altri membri della società, e un dovere nei confronti di Dio e dello Stato"[9].

---

[4] Cfr. Agostino d'Ippona, *La natura del bene*, a cura di Giovanni Reale, Rusconi libri, Milano 1995, pp. 178-179.

[5] "Siate sottomessi, per amor del Signore, a ogni umana istituzione, al re, come al sovrano; ai governatori, come mandati da lui per punire i malfattori e per dare lode a quelli che fanno il bene". 1 Pietro 2, 13 - 16.

[6] Paolo di Tarso, Epistola ai Romani 13,4.

[7] Cfr. F. Manti, *Locke e il costituzionalismo*. *Etica, politica e governo civile,* in appendice la Costituzione della Carolina e l'antica costituzione inglese, Name, Genova 2004.

[8] Cfr. R. Cafardone, *L'Illuminismo tedesco*, (con antologia dei testi), Loescher, Torino 1983, pp. 16-17.

[9] Cfr. M.A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius,* Giuffrè*,* Milano 1976, p. 26.

Questa legittimazione dell'umana potestà di punire presuppone due aspetti fondamentali. Il primo è, senz'altro, l'esistenza di una divinità che ha stabilito un'eterna legge di giustizia, il secondo aspetto riguarda la possibilità che quella giustizia possa essere afferrata - tramite la rivelazione o per via della ragione - e attuata dall'uomo. Grandi pensatori hanno affrontato la questione punitiva facendo campeggiare le loro idee su questo sfondo. Uno dei più influenti è il massimo rappresentante della scuola classica, Francesco Carrara, che nel suo celebre *Programma del corso di diritto criminale* attribuisce la genesi del diritto penale al precetto di Dio promulgato all'uomo mercé la legge d i natura:

> se il gius di punire nella mano dell'uomo procede dalla legge eterna dell'ordine, la scienza del giure penale deve essere indipendente da qualunque provvisione di legge umana, e diretta soltanto da regole di assoluta ragione [...] La scienza penale non cerca che l'applicazione alla tutela giuridica di questi principi razionali imposti a noi dalla mente suprema. Le sue dimostrazioni non si desumono dalla parola dell'uomo; ma devono essere deduzioni logiche della eterna ragione; della quale Dio rivelò agli uomini per mirabile ispirazione quanto occorreva a regolare quaggiù la loro condotta verso i propri simili[10].

Da questa angolazione l'idea di giustizia tende a oggettivarsi e cristallizzarsi in formule che si ritengono superiori alla corrotta dimensione mondana e portatrici dell'assoluta rettitudine che all'umana natura sfugge, ma che tuttavia potrebbe apprendere. Per De Maistre il concetto di divina e umana giustizia sono di per sé concatenati: "camminano in armonia perfettissima la divina e la umana giustizia"[11]. Ma questa armonia non è affatto scontata. Alle prese con i testi sacri, in genere complessi e velati, è possibile riuscire a scorgerne quello che si vorrebbe vedere. E questo è stato delucidato limpidamente da Montesquieu nelle *Lettres persanes*, splendida opera verso cui siamo debitori per aver determinato la conversione di Cesare Beccaria alla filosofia:

> Mi pare, Usbek, che noi giudichiamo le cose riferendole sempre inconsapevolmente a noi stessi. Non mi sorprende che i negri ritraggano il diavolo di una bianchezza abbacinante e i loro dèi neri come il carbone; che la Venere di certe popolazioni sia dotata di mammelle che le pendono fino alle

---

[10] F. Carrara, *Prolegomeni* al *Programma del corso di diritto criminale* (1860)*,* Il mulino, Firenze 1993, vol I, p. 38-40.

[11] Cit. in B. L. Taparelli, *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto,* Mansi, Livorno 1845, p. 282.

cosce; e infine che tutti gli idolatri abbiano rappresentato i loro dèi con sembianze umane, attribuendo loro tutte le proprie inclinazioni. È stato detto molto bene che, se i triangoli creassero un dio, gli attribuirebbero tre lati[12].

A dirlo molto bene era stato Spinoza: "Credo che se il triangolo avesse la facoltà di parlare direbbe [...] che Dio è triangolo in modo eminente, e il cerchio che la natura divina è circolare in modo eminente. E così ciascuno ascriverebbe a Dio i suoi attributi e si renderebbe simile a Dio, e il resto gli parrebbe difforme da lui"[13]. Così fanno tutti. Anche chi intende interpretare la parola di Dio.

1.1.1. *Una giustizia inesorabile*

Considerando l'irriducibile eterogeneità dei risultati dell'interpretazione di testi ritenuti sacri, rivolgersi verso la stessa fonte non implica andare a riversare l'acqua nello stesso mulino. Il teologo Pietro Lombardo, autore nel XII secolo del trattato di teologia *Libri Quattuor Sententiarum*, ha esaltato la grazia come prerogativa divina in contrapposizione alla concezione meramente retributiva dell'umana giustizia: *Iustitia Dei est reddere bonum pro malo; iustitia hominis est reddere bonum pro bono, malum pro malo (perché in corsivo senza virgolette*[14]. Thomasius, dal canto suo, ha enfatizzato l'aspetto retributivo della *iustitia Dei,* teorizzando come potestà divina l'imposizione di una pena come *expiatio*, come retribuzione pura, presente fra gli uomini nello stato di natura, mentre lo stato civile apre la strada all'*emendatio,"*istituto comprendente in sé la possibilità di ottenere un effettivo scopo positivo, un reale bene futuro", consistente in "un miglioramento morale dei membri della società"[15].

Sulle orme del *contrappasso* propugnato da Lombardo, il quale contesta l'intromissione nella vita civile del *reddere bonum pro malo,* si inserisce Antonio Rosmini, il cui pensiero è così presentato da Michele Cascavilla:

---

[12] Montesquieu, *Lettere persiane* (1721), Rizzoli, Milano 2006, Lettera LIX, p. 141.

[13] Cfr. Spinoza, *Tutte le opere,* a cura di A. Sangiacomo, Bompiani, Milano 2010, Lettera 56, p. 2103.

[14] Cfr. Philipp W. Rosemann, *Peter Lombard*, Oxford University press, New York 2004.

[15] Cfr. M.A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Giuffrè, Milano 1976.

I dettami della carità evangelica che prescrivono il perdono, il non giudicare, la rinuncia a rivalersi contro l'offensore, implicano la disposizione all'abnegazione, alla rinuncia a sé stesso e al proprio utile; in altri termini comportano un superamento della dimensione giuridica». La società, invece, "è costretta a difendersi dagli attacchi criminali con i mezzi giuridici, cioè con la pena intesa in tutta la sua valenza afflittiva"[16].

In questa intelaiatura del sistema penale, quello che più preme è che la pena sia afflittiva. Pingue è il campione di testi sacri del cristianesimo a partire dai quali sguainare argomenti a sostegno di una giustizia divina vendicatrice[17] e inesorabile[18], chiamata a essere riprodotta fedelmente fra gli uomini. Un'implacabile giustizia che si esaurisce nel mero contraccambio[19], riassunto nella nota "legge del taglione": "Il tuo occhio non avrà pietà, vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede"[20]. Non c'è d'aver pietà poiché la deviazione corrode ciò che c'è attorno. Piuttosto occorrerebbe reagire per impedirlo. La pena, di conseguenza, viene legittimata come mezzo di espiazione[21]. E "il giusto si rallegrerà nel veder la punizione, si laverà i piedi nel sangue dell'empio"[22].

Agostino, ne *La città di Dio*, rievoca l'associazione della spada e la giustizia, ricorrendo alla metonimia. L'immagine è quella di un magistrato che incarna la spada. L'autorità agente, "è una spada" che regge in mano Dio stesso, per cui «non vi è contrarietà nei con-

---

[16] Il brano citato inizia così: «l'atteggiamento assolutorio e benevolo che salva il colpevole, aprendogli un orizzonte di vita rinnovata e riconciliata, è una prerogativa dell'agire di Dio, non una legge applicabile alla vita sociale organizzata. Può sì essere assunto anche dall'uomo di fede, "l'uom mansueto", che conforma la sua condotta al comandamento di Dio, anzi è auspicabile che ciò avvenga, ma rimane una iniziativa di carattere individuale, "in causa propria" per usare l'espressione testuale di Rosmini, non traducibile sul piano delle pubbliche istruzioni"». M. Cascavilla, *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*, Giappichelli, Torino 1995, pp.156 ss.

[17] "A me la vendetta e la retribuzione, quando il loro piede vacillerà! Poiché il giorno della sventura è vicino e ciò che li aspetta non tarderà". Deuteronomio 32,35.

[18] "Non ti prostrare davanti a loro e non li servire, perché io, il Signore, il tuo Dio, sono un Dio geloso; punisco l'iniquità dei padri sui figli fino alla terza e alla quarta generazione di quelli che mi odiano". Esodo 20,5.

[19] "Egli renderà a ciascuno secondo le sue opere; il furore ai suoi avversari, il contraccambio ai suoi nemici; alle isole darà la loro retribuzione" Isaia 59,18.

[20] Deuteronomio 19,21.

[21] "Non accetterete prezzo di riscatto per la vita di un omicida colpevole e degno di morte, perché dovrà essere punito con la morte. Non accetterete prezzo di riscatto che permetta a un omicida di mettersi in salvo nella sua città di rifugio e di ritornare ad abitare nel paese prima della morte del sacerdote. Non contaminerete il paese dove sarete, perché il sangue contamina il paese; non si potrà fare per il paese alcuna espiazione del sangue che vi sarà stato sparso, se non mediante il sangue di colui che l'avrà sparso. Non contaminerete dunque il paese che andate ad abitare, e in mezzo al quale io dimorerò; poiché io sono il Signore che dimoro in mezzo ai figli d'Israele".

[22] Salmi 58,10.

fronti del comandamento “Non uccidere” per quanti rappresentano l'autorità dello stato e mettono a morte i criminali»[23].

Tende a sopravvivere - benché possa sembrare lontana - questa primitiva visione dello *ius puniendi* che fa leva sul contraccambio. Prescinde dal discutere delle pene, si accontenta di accreditare la giustizia penale, schiudendo - se non spalancando - le porte anche alla pena di morte. Si ripresenta nelle veci di teorie più elaborate che, in ogni caso, spostano la bilancia a favore delle congetture sugli effetti positivi dell’esecuzione della pena sulla società, omettendo di considerare il punto di vista del destinatario della sanzione. In *Diritto e ragione,* Luigi Ferrajoli ricorda che le idee meramente retributive

> entrate in crisi nell'età dell’Illuminismo [...] sono state rilanciate nell'Ottocento grazie a due illustri versioni laiche, la tesi di origine kantiana secondo cui la pena è una *retribuzione etica*, giustificata dal valore morale della legge penale infranta dal colpevole e del castigo conseguentemente inflittogli, e quella di ascendenza hegeliana secondo cui essa è una *retribuzione giuridica*, giustificata dalla necessità di riparare il diritto con una violenza contraria che ristabilisca l'ordine della legge violato[24].

In tempi recenti, il primitivo connubio pena-sofferenza imperniato su una cornice meramente retribuiva, è stato gagliardamente difeso dal filosofo del diritto Francesco d’Agostino: “punire implica soffrire. Ma la sofferenza che è il portato della pena non è una qualificazione estrinseca, un accessorio (per così dire) della pena stessa, che possa all’occorrenza (come molti s'illudono) esser tolto via dalla pena. La sofferenza è inerente alla pena, poiché la pena non ha altro fine che quello di umiliare una volontà tracotante”[25]. D’Agostino, nonostante sia contrario a sanzioni efferate, come la pena di morte, arriva ad affermare che “se la pena è in crisi ciò dipende essenzialmente dalle difficoltà che incontra l'uomo contemporaneo a continuare a dare al ‘punire’ il suo significato proprio, che è né

---

[23] Agostino fa riferimento alle “uccisioni che non rientrano nel reato di omicidio”. Cfr. A. d’Ippona, *La città di Dio*, a cura di Domenico Marafioti, Mondadori, Milano 2000, lib. I, § 21, p. 19.

[24] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Laterza, Roma - Bari, X edizione, p. 240-24. Corsivo presente nel testo.

[25] F. d’Agostino, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1999, V ed., p. 121.

più né meno quello di far soffrire secondo giustizia"[26]. Le buone maniere del dare intenzionalmente sofferenza ad altri, direbbe Massimo Pavarini[27].

La realizzazione della giustizia svetta come imperituro argomento per giustificare le manifestazioni del sistema penale soprattuto nei casi in cui alla pena non sono collegate finalità utilitaristiche. La dottrina del corrispettivo si vanta del fatto che la dea della giustizia ha gli occhi bendati. La cosiddetta giustizia retributiva "ha la sua bilancia, con cui misura e proporziona [...] misurerà la pena alla gravità della colpa"[28], e questo sarebbe un suo punto di forza in quanto giustizia in qualche modo oggettiva poiché corrispondente all'operato del soggetto agente senza *strumentalizzarlo* per finalità di politica criminale. Alcuni neo-retributivisti ravvisano nella mera retribuzione gli anticorpi per vincolare le scelte sul contenuto delle sanzioni penali, proclamandolo come parametro immune ai soliti condizionamenti esterni che potrebbero influenzare l'entità della pena: le caratteristiche particolari dell'accusato, i progetti di politica criminale in corso o la pressione sociale veicolata dai *mass media.* Ma l'appello al corrispettivo dice ben poco sulla natura o la misura delle pene, che dovrà essere progettata invocando altri principi intra-sistemici o extra-sistemici. Alla fine, la dea della giustizia *meramente* retributiva non avrebbe gli occhi completamente bendati e così viene scardinato un suo punto di forza.

Lo stesso Hegel, ha affermato che la "qualità o gravità del delitto è variabile secondo la situazione della società civile [...] è in questa situazione che risiede la legittimità sia di punire con la morte un furto di pochi soldi o di una rapa, sia di infliggere una pena mite a un furto che implica valori cento e più volte maggiori di quello"[29]. Precisamente Hegel, deludendo quanti dalla sua opera attingono solo argomenti di mera retribuzione, nei suoi scritti giovanili si è espresso a favore di un'ideale di giustizia non meramente retributiva:

> La connessione di colpa e punizione è solo eguaglianza, non vita. Il colpevole subisce a sua volta gli stessi colpi che ha dato: ai tiranni corrispondono i carnefici, agli assassini il boia. Carnefici e boia, che fanno la medesima cosa che fecero i tiranni e gli assassini, sono chiamati giusti proprio

---

[26] Ivi, p. 114.

[27] Cfr. M. Pavarini, *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessione su una "RECHERCHE"*, in "Rassegna penitenziaria e criminologia", 2001, 1/3, pp. 113-141.

[28] H. Bergson, *Le due fonti della morale e della religione* (1932), SE, Brescia 1996, pp. 171 ss.

[29] G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Rusconi, Milano 1996, § 218, p. 237.

perché fanno l'eguale [...]. Non si può perciò parlare, per quel che concerne la giustizia, di riconciliazione, di ritorno alla vita[30].

La riconciliazione, come *ristabilimento* non dell'ordine violato ma dei rapporti infranti, è un altro orizzonte in cui è stata profilata la *iustitia Dei* et *hominis*.

1.1.2. *Modelli di giustizia divina*

Chi scaglia la prima pietra?[31] È una domanda temeraria che si pone contro l'autorità della legge e della tradizione. Una domanda che da sola squarcia il velo che vorrebbe ammantare di presunta e divina legittimità l'atto di punire, lo consacra alla sfera del bene in sé e lo vorrebbe rappresentare come doveroso. Questa sfrontata domanda ha l'ulteriore merito di aver preso come bersaglio polemico l'acritica prassi di un'inveterata tradizione, l'esecuzione della regina delle sanzioni dirette contro la persona fisica: la pena di morte[32].

Seguendo un itinerario diverso da quello percorso finora, è possibile costruire un banco di prove della *Iustitia Dei* sganciata da un lato dalla cieca ubbidienza alla pur necessaria legge e dall'altro dall'inesorabile applicazione di rigide sanzioni. Sul primo aspetto, è paradigmatica la risposta attribuita a Gesù in questo brano:

I farisei gli dissero, «Vedi! Perché fanno di sabato quel che non è lecito?» Ed egli disse loro, «Non avete mai letto quel che fece Davide, quando fu nel bisogno ed ebbe fame, egli e coloro che erano con lui? Com'egli, al tempo del sommo sacerdote Abiatar, entrò nella casa di Dio e mangiò i pani di presentazione, che a nessuno è lecito mangiare se non ai sacerdoti, e ne diede anche a quelli che erano con lui?» Poi disse loro, «Il sabato è stato fatto per l'uomo e non l'uomo per il sabato»[33].

---

[30] G.W.F. Hegel, *Lo spirito del cristianesimo e il suo destino* (1799), in Id., *Scritti teologici giovanili*, Guida, Napoli 1972, § 288, p. 401.

[31] "Chi è libero di peccato scagli la prima pietra". Giovanni 8,7.

[32] È questo il titolo conferito da Paolo Rossi alla pena di morte. Cfr. P. Rossi, *La pena di morte. Scetticismo e dogmatica*, Pan, Milano 1978, p 250.

[33] Marco 2, 24-27. La condotta dei discepoli necessariamente implica un'interpretazione nient'affatto rigida delle le leggi che comandano di santificare il sabato, "*Sei giorni si dovrà lavorare, ma il settimo giorno sarà per voi un giorno santo, un sabato di solenne riposo, consacrato al Signore. Chiunque farà qualche lavoro in esso sarà messo a morte"*. Esodo 35,2 Cfr. anche Numeri 35, 31-34.

Sul secondo versante, nell'Epistola ai romani - e più volte nella stesura del Nuovo Testamento - si ritrova l'espresso divieto del mero contraccambio: "Non rendete a nessuno male per male"[34].

Modellate su questa raffigurazione della giustizia divina e controcorrente dinanzi al conformismo della maggioranza risuonano le autorevoli voci di Eugen Wiesnet e di Luciano Eusebi, che del primo si è fatto traduttore dando alle stampe la versione italiana di un libro dal titolo eloquente*: Pena e retribuzione, la riconciliazione tradita*[35].

Per Wiesnet, "il messaggio della *tzedakà,* della giustizia che è ad un tempo misericordia, perdono e solidarietà, costituisce uno dei più grandi doni che abbiamo ricevuto da Israele [...]. È un equivoco che deforma l'Antico Testamento indicarlo come Libro della retribuzione. Sono inequivocabilmente i caratteri della *tzedakà*, non quelli del taglione, che legano il Vecchio al Nuovo Testamento"[36]. Nei testi del professor Eusebi si depreca la lettura vendicatrice della giustizia nella Bibbia e si rammenta che "la teologia ha offerto, negli ultimi anni, analisi di grande rilievo onde superare equivoci assai radicati"[37], dei quali egli si propone di prospettare una rappresentazione dei punti cardinali, avanzando le possibili ragioni storiche retrostanti e offrendo abbondanti riferimenti a sostegno del loro accantonamento[38].

Il punto cruciale per riuscire ad attingere un'idea di *iustitia Dei* non vendicativa è tenere conto di almeno due questioni: da un lato "il carattere non istantaneo, ma progressivo della rivelazione veterotestamentaria", aspetto che Eusebi considera "del tutto acquisito alla ricerca biblica"; e dall'altro che "se le pagine della Bibbia costituiscono la storia di una comprensione progressiva e faticosa, entro precisi contesti socio-culturali, del rivelarsi di Dio, non sorprende che in esse siano reperibili norme relative alla organizzazione sociale

---

[34] Il verso prosegue così:"Cercate di compiere il bene davanti a tutti gli uomini. Se possibile, per quanto questo dipende da voi, vivete in pace con tutti. Non fatevi giustizia da voi stessi, carissimi, ma lasciate fare all'ira divina. Sta scritto infatti, A me la vendetta, sono io che ricambierò, dice il Signore. Al contrario, se il tuo nemico ha fame, dagli da mangiare; se ha sete, dagli da bere, facendo questo, infatti, ammasserai carboni ardenti sopra il suo capo. Non lasciarti vincere dal male, ma vinci con il bene il male" Romani 12, 17- 21.

[35] Cfr. E. Wiesnet, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena* (1980), Giuffrè, Milano 1987.

[36] *Op. cit.* p 78.

[37] Cfr. L. Eusebi, *La chiesa e il problema della pena*, La scuola, Brescia 2014, p. 19.

[38] Fra cui "proposizione determinismo in sede filosofica e al totalitarismo in sede politica" che secondo l'Autore "ha finito sovente per implicare, pur nel contesto culturale cattolico, l'arroccamento intorno a uno impianto giustificativo dei sistemi penali fondato sulla retribuzione della colpevolezza, essendosi ravvisato, in esso, il presidio di un'immagine dell'essere umano come soggetto responsabile, vale a dire capace di scelte autonome". Ivi, p 137.

del popolo ebraico, e fra di esse alcuni riferimenti allo *ius talionis* [...] né che l'intero ambito di quanto tale popolo avverte doveroso - come l'osservanza dei precetti giuridici e la sanzione delle trasgressioni - sia ricondotto alla volontà di Dio"[39].

Prendendo le mosse dai connotati degli *interventi diretti di Dio* dinanzi alla trasgressione - nella storia di Caino, per esempio - Eusebi infirma la tradizionale interpretazione vendicatrice della *iustitia Dei* e della pena come corrispettivo, ridimensiona l'*ira divina*[40], auspica il superamento dell'asserita centralità della figura del contraccambio. Mediante lo sdoganamento di principi più nobili e ritenuti ben più vincolanti, come quello della riconciliazione, elevato a fulcro del concetto cristiano della giustizia, egli progetta uno svecchiamento dello *ius puniendi* imperniato sulla nozione di giustizia penale riparativa o restaurativa, che non spera soltanto - usando una efficace metafora di Pavarini - di "non bruciare il ponte alle spalle del condannato sperando in una sua folgorazione sulla via di Damasco"[41]:

> l'alternativa al male è il bene, non la ritorsione del male. Il male, seppur camuffato da giustizia, non può produrre alcun bene. La giustizia, piuttosto può essere luogo di composizione delle lacerazioni. Ciò non implica in alcun modo inerzia di fronte al male, semmai, ricercare con intelligenza che cosa significhi agire secondo il bene (di tutte le persone coinvolte e, insieme, dell'intera società) rispetto al male commesso[42].

Con questo panorama si approda a un'idea di giustizia e a una rosa di pene poste in discontinuità con quelle tradizionali: "ne deriva che la giustizia non si esprime in atti di reciprocità o ritorsione, ma in un agire riferito al male e tuttavia radicalmente *altro* rispetto al male; in un agire che non si struttura sul modello del male compiuto e, pertanto, ha una sua intrinseca dimensione di autonomia, cioè di gratuità, dinnanzi al male"[43]. Il fulcro della tematica è che "*Giustizia* secondo la Bibbia è quindi rimanere fedeli, come Dio (l'unico

---

[39] Lungi da una lettura vendicatrice della legge dell'antico testamento, Eusebi afferma che "I passi veterotestamentari in cui sono richiamate simili norme non identificano, pertanto, l'agire tipico di Dio, che si manifesta piuttosto, fin dai racconti di Adamo e di carino, in termini di giustizia salvifica, attraverso, cioè, la chiamata a un'opzione radicalmente alternativa nei confronti del male, opzione che coinvolge Dio stesso e della cui attitudine liberatrice, sia rispetto al colpevole (perché non rimanga nella morte) che rispetto alla vittima (perché non resti esacerbata in un dolore senza speranza), Egli si fa garante". Ivi, p. 25

[40] Da questa prospettiva "l'*ira divina* testimonia di una radicale inconciliabilità tra Dio e il male, assumendo a sua volta un carattere fortemente metaforico". Ivi, p. 31. Corsivo presente nel testo.

[41] Si tratta di una frase molto efficace riportata da Massimo Pavarini. Cfr. *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto. Verso una pena senza scopo*, in "Rassegna penitenziaria", 1983, I, pp. 2 - 44.

[42] L. Eusebi, *La chiesa e il problema della pena*, cit. pp. 56-57.

[43] Ivi, p. 70.

davvero *giusto*), al bene dinnanzi al male"[44]. E questa idea, con buona pace dell'abate Rosmini, sarebbe in grado di essere estesa alla dimensione giuridica; per cui, dinanzi al male del delitto occorrerebbe in ogni caso rispondere con la *giustizia riparativa o restaurativa* che implica una diversificazione delle pene e il loro evolversi come *percorso* piuttosto che come *corrispettivo*, che tenga conto della frattura relazionale aperta dal reato e della *pacificazione* nei confronti della vittima, avvalendosi di strumenti come la mediazione penale[45].

Sul versante dello scopo della pena Eusebi registra la "diffidenza emergente" in ambito cattolico, "almeno fino agli anni '50 del secolo scorso, rispetto al recepimento stesso dell'idea rieducativa, ritenuta, a torto, inesorabilmente tributaria del positivismo"[46]. E questo aspetto è testimoniato dai lavori dell'assemblea costituente:

> Il testo in vigore dell'articolo 27, terzo comma, della carta fondamentale, secondo cui le pene "devono tendere alla rieducazione del condannato", fu inizialmente proposto dal giovane Aldo Moro; ma questi, più tardi, si risolse ad aderire all'emendamento dei retribuzionisti cattolici Leone e Bettiol, che si limitava a prevedere il divieto di trattamenti ostativi del processo di rieducazione *morale* del condannato, emendamento respinto per pochissimi voti e mirante, per l'appunto, a escludere la ricezione, avvertita come pericolosa, delle teorie rieducative[47].

La diffidenza verso la rieducazione, però, si è tramutata in predilezione in questa rinnovata cornice. In questo scenario di rinnovamento, un principio di matrice religiosa che si aggira ancora nella teorizzazione della pena è quello dell'agire morale della pena sul condannato. Rispetto alla fase esecutiva della sanzione, l'insistenza lessicale sul *percorso* in cui dovrebbe consistere rimanda al discorso della pena individualizzata, disegnata a seconda delle particolari caratteristiche del condannato, e qui ci sarebbe una porta aperta alla disponibilità sul contenuto di essa. Intanto, Il *Catechismo* conserva ancora un lessico piuttosto tradizionale riguardo alla pena. Lo Stato ha il diritto-dovere di infliggere (*ius est et officium ut infligat*) pene, e la pena deve contribuire alla correzione del colpevole, certamente, *nella misura del possibile:*

---

[44] Ivi, p 74.

[45] Ivi, pp. 147 ss.

[46] Ivi, p. 138.

[47] Cfr. G. Vassalli, *Le funzioni della pena nel pensiero di Aldo moro*, in Aa. Vv., *Aldo Moro e il problema della pena*, Il mulino, Bologna 1982, pp. 57 ss.

Corrisponde ad un'esigenza di tutela del bene comune lo sforzo dello Stato inteso a contenere il diffondersi di comportamenti lesivi dei diritti dell'uomo e delle regole fondamentali della convivenza civile. La legittima autorità pubblica ha il diritto ed il dovere di infliggere pene proporzionate alla gravità del delitto. La pena ha innanzi tutto lo scopo di riparare il disordine introdotto dalla colpa. Quando è volontariamente accettata dal colpevole, essa assume valore di espiazione. La pena poi, oltre che a difendere l'ordine pubblico e a tutelare la sicurezza delle persone, mira ad uno scopo medicinale, nella misura del possibile, essa deve contribuire alla correzione del colpevole[48].

1.1.3. *Tutela dell'innocente e tutela del colpevole*

Una volta innalzato il capo verso l'alto, è possibile, dunque, udire parole dalle quali emerge il concetto di pena come dovuta espiazione ed altre in cui si esalta la via del non giudizio e la non punibilità. L'interprete può sempre sostenere che le seconde non si applicano alla vita civile o che pure in quella dimensione sono vincolanti. È possibile reperire riferimenti che rinviano le colpe di una generazione anche su quella successiva[49], ma è possibile reperirne altri sulla personalità della sanzione[50]. E addirittura un'avanguardista istanza che, anticipando Tocqueville, si erige come garanzia contro la "tirannia della maggioranza"[51]: "Non andare dietro alla folla per fare il male e non deporre in giudizio schierandoti dalla parte della maggioranza per pervertire la giustizia"[52].

Entrambe le strade per illustrare la fenomenologia della *iustitia Dei* sembrano percorribili, e lo sono state. Certamente sorprende di più la presenza dei riferimenti del secondo gruppo in un popolo primitivo. Purtroppo, però, nell'esportazione di questa fenomenologia nel campo penalistico, la strada più affollata è stata quella più rigida.

Piantare le radici del diritto penale nel giardino dell'Eden è indicativo, nel caso dei più moderati, come Carrara, del tentativo di profilare un concetto di giustizia che non si esaurisce nella lettera del legislatore, e cerca invece di mantenere un canale aperto all'influsso di

---

[48] Cfr. *Catechismo della chiesa cattolica. Compendio*, San Paolo Edizioni, Milano 2005, n. 2266.

[49] "Tu usi benevolenza verso mille generazioni, e dai la retribuzione per l'iniquità dei padri ai figli, dopo di loro; tu sei Dio grande, potente, il cui nome è, Signore degli eserciti". Geremia 32,18.

[50] "I genitori non moriranno per causa dei loro figli, né i figli per causa dei loro padri; ognuno morirà per il suo peccato. Genesi 18,25. Non sia mai che tu faccia una cosa simile! Far morire il giusto con l'empio, in modo che il giusto sia trattato come l'empio! Non sia mai! Il giudice di tutta la terra non farà forse giustizia?". Deuteronomio 24,16.

[51] Cfr. A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Utet, Torino 1968.

[52] Esodo 23,2.

riflessioni su valori superiori per precludere l'assestamento di un indirizzo meramente tecnico e stagnante: "Il giure penale" sosteneva Carrara, "ha la sua genesi e la sua norma in una legge che è assoluta, perché costitutiva dell'unico ordine possibile alla umanità secondo le previsioni e i voleri del creatore [...] Se il giure penale avesse la sua radice e la sua norma nella volontà dei legislatori, lo studio di questa scienza sarebbe ristretto all'arido commento del codice della città, ed i suoi dettati varierebbero col variare di tempi, di luoghi, di bisogni, e di opinioni"[53]. Si ambisce, almeno come ideale, al suo perfezionamento costante, per valutare il quale si renderebbe necessario un parametro limite, e a questo proposito è strumentale la nozione della giustizia come ordine costante stabilito da Dio. Ma sin dall'inizio di quest'analisi si ricorda l'ineliminabile eterogeneità dei risultati interpretativi dei testi sacri. Gli interpreti delle norme sulla giustizia, specie sulla giustizia penale, anche quando hanno voluto innalzare l'idea di giustizia su un piano superiore che si ritiene costante e immacolato, si appropriano del ruolo di padroni delle fonti, non meno di qualunque altro interprete di qualsiasi altro testo.

L'invocazione neo-testamentaria della dottrina della riconciliazione, la pietà ed il perdono non ha rappresentato un ostacolato per coloro che, facendo ricorso ai testi sacri, hanno enfatizzato un'efferata idea della giustizia. Gli adepti di questa impostazione si sono sbarazzati anche di una norma posta alla base del cristianesimo in forma di comandamento: non uccidere. Nella sua interpretazione si è badato bene di distinguere dove quella norma non prevedeva distinzioni e porla a tutela degli innocenti.

In effetti, rispetto al comandamento *non uccidere* il *Catechismo* della Chiesa cattolica ritiene che non sia in conflitto con la pena di morte, quando essa sia necessaria. Nel discorso tenuto nel 1997 quando furono presentate le modifiche all'*editio typica* del *Catechismo*, l'allora cardinale Ratzinger alludeva all'attenzione particolare riservata ad alcune tematiche "sia per la loro importanza sia per la considerevole quantità di richieste di cambiamento e correzione pervenute al riguardo"; tra queste anche la pena di morte. Fra le considerazioni valutate a monte dalla Commissione, Ratzinger elencava "alcune caratteristiche che contraddistinguono il *Catechismo* della Chiesa Cattolica, quali, la completezza e l'integrità dottrinali", ritagliando infine uno spazio anche per "la continuità con la tradizione pluri-

---

[53] "Ha la sua genesi e la sua norma in una legge che è assoluta, perché costitutiva dell'unico ordine possibile alla umanità secondo le previsioni e i voleri del creatore". F. Carrara, *Prolegomeni* al *Programma del corso di diritto criminale,* cit., p. 25.

millenaria ecclesiale"[54]. Ma la continuità con la tradizione è un cattivo criterio per vagliare il sistema punitivo.

Nel *Catechismo* si legge che "la *vita umana è sacra"* e *"*nessuno, in nessuna circostanza, può rivendicare a sé il diritto di distruggere direttamente un essere umano innocente"[55]. A sostegno di questa distinzione assente nel comandamento, si dichiara, richiamando una norma dell'Esodo, che "la Scrittura precisa la proibizione del quinto comandamento, «Non far morire l'innocente e il giusto» (*Es* 23,7). L'uccisione volontaria di un innocente è gravemente contraria alla dignità dell'essere umano, alla «regola d'oro» e alla santità del Creatore. La legge che vieta questo omicidio ha una validità universale, obbliga tutti e ciascuno, sempre e dappertutto"[56].

La legge che viene messa sotto un'egida di validità universale, quindi, non sarebbe il comandamento *non uccidere*, ma la norma *non uccidere l'innocente*, e questa posizione ha delle implicazioni sulla tutela del diritto alla vita, che allora risulta declinato in difesa degli innocenti: "Il diritto inalienabile alla vita di ogni individuo umano innocente rappresenta un elemento costitutivo della società civile e della sua legislazione*"*[57]. E ancora: "La vita umana deve essere rispettata e protetta in modo assoluto fin dal momento del concepimento. Dal primo istante della sua esistenza, l'essere umano deve vedersi riconosciuti i diritti della persona, tra i quali il diritto inviolabile di ogni essere innocente alla vita"[58].

Sarebbe opportuno non tralasciare una lezione che si potrebbe trarre dalle peripezie di interpretazione delle fonti fra coloro che si occupano di teoria della pena. Dalle prime teorizzazioni - che non potevano che richiamare argomenti teologici, schiettamente naturalistici o in ogni caso metafisici - gli interpreti hanno dato buona prova della loro abilità per considerare come non vincolanti, rispetto a coloro che sono accusati o ritenuti responsabili di aver commesso un reato, quelle norme la cui portata generale e astratta, avrebbe potuto invece fungere da argine per limitare la violenza punitiva. Queste norme, sovente, sono

---

[54]Il discorso è disponibile nel sito web: http,//www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_09091997_cathechism_it.html. In effetti, la posizione della chiesa cattolica riguardo alla pena di morte, fino a tempi recenti, si è manifestata storicamente piuttosto in una linea di continuità, fra i cui esiti pratici si conta aver inserito nell'*Index librorum prohibitorum* la prima opera che contesta sul piano morale e giuridico la pena di morte: *Dei delitti e delle pene*, di Cesare Beccaria.

[55] *Catechismo*, cit. n. 2258.

[56] *Catechismo*, cit. n. 2261.

[57] *Catechismo*, cit. n. 2273

[58] *Catechismo*, cit. n. 2270.

state interpretate come limitative della violenza dell'uomo che delinque, non come contenitrici della violenza dell'uomo che punisce[59].

Poiché in questo lavoro il riferimento a norme presenti nella Bibbia è strumentale a segnalare il rapporto dei teorici della pena con le fonti da cui traggono l'idea della giustizia e di conseguenza attingono la legittimità del diritto di punire e della pena, risulta pertinente considerare un aspetto che riveste particolare importanza ai fini di rilevare come viene adoperata la Bibbia come *sacra* fonte di legittimità di una certa idea di giustizia penale.

Riferisce la Bibbia che la legge di Mosè fu ricevuta durante una rintronante epifania in cui Dio con le sue dita avrebbe scritto su due tavole di pietra delle norme per il popolo di Israele[60]. I connotati del tutto eccezionali di questa narrazione, il fatto, cioè, che siano attribuite alla scrittura divina - anche una seconda volta quando le prime furono spezzate da Mosè[61] - e che siano destinate a rimanere nel luogo santissimo del tabernacolo, potrebbero consentire di sostenere che tali norme possono essere paragonate alla moderna categoria delle *norme fondamentali*. La raffigurazione di una giustizia vendicativa trova riscontro nella legge di Mosè intesa in senso ampio, consistente in una vasta serie di precetti sul culto e sulla vita in società. La particolarità di queste leggi è che le avrebbe scritte lo stesso Mosè, mentre le Tavole si fanno risalire direttamente alla mano di Dio. Sull'inizialmente impregiudicato contenuto delle tavole, alcune annotazioni successive, puntualizzano che la scrittura scolpita in esse riguarda quelli che oggi conosciamo come i dieci comandamenti: "E l'Eterno scrisse sulle tavole le parole del patto, i dieci comandamenti" (Esodo 34, 28)[62]. Questo potrebbe essere un criterio per distinguere la cosiddetta Legge di Mose - sulla quale andrebbero riconosciuti i riferimenti socio-culturali - dalle *Tavole del patto*, norme, queste ultime, non chiamate ad essere abrogate. E fra queste *norme fondamentali*, sebbene model-

---

[59] Sul rapporto fra la chiesa cattolica e la pena di morte Eusebi precisa che "pur essendo incontestabile la corresponsabilità della Chiesa, lungo molti secoli, circa la prassi applicativa della pena di morte, non esiste affatto una continuità nella giustificazione del ricorso alla medesima che risalga alla tradizione apostolica", e che le disposizioni che rappresentano "[l']eco autentica della tradizione apostolica" sarebbero le sole a costituire "norma di fede". Cfr. L. Eusebi, *La chiesa e il problema della pena*, cit. p. 128-129.

[60] "l'Eterno ebbe finito di parlare con Mosè sul monte Sinai, gli diede le due tavole della testimonianza, tavole di pietra, scritte col dito di Dio". Esodo 31,18.

[61] La narrazione indica che le Tavole furono spezzate da Mosè quando, sceso dal monte Sinai, vide il popolo adorando un vitello d'oro fuso che il popolo aveva scongiurato ad Aronne di fare: "l'Eterno disse a Mosè, tagliati due tavole di pietra come le prime; e io scriverò sulle tavole le parole che erano sulle prime tavole che spezzasti" Esodo 34,1.

[62] E ancora: "l'Eterno scrisse sulle tavole ciò che aveva scritto la prima volta, cioè i dieci comandamenti che l'eterno aveva proclamato per voi sul monte". Deuteronomio 10,4.

late nel decorso del tempo, tradendo l'originale impostazione e formulazione del testo ebraico, è un dato acquisito la presenza di un divieto generale e astratto: non uccidere.

Il *Catechismo*, però, si appella a una norma della legge, ma non delle Tavole. La loro equiparazione ha permesso di rifornire sostegno alle tradizionale vedute sulla pena di morte. Siffatta operazione interpretativa in senso restrittivo sarebbe fedelmente ripetuta in *sæcula sæculorum*, come fosse un sacramento, da un gruppo sempre maggioritario di interpreti, sia quelli religiosi, che hanno prestato la loro voce alla sinfonia dell'orrore, degenerata col passare del tempo fino all'inverosimile oggi testimoniato dai vari musei dell'inquisizione, che quelli laici, che hanno dato un prezioso contributo al "pensiero patibolare"[63].

La teoria della pena è rimasta per secoli impantanata nella palude prima di approdare a un qualche progresso. Prendere in considerazione le prime argomentazioni per legittimare perfino il volto più crudele della questione punitiva ci consente di individuare una persistente tendenza interpretativa anti-garantista fra i teorici della pena; pratica che ancora oggi, nella modernità del diritto penale, non si smentisce: fra le molteplici ipotesi possibili sulle ragioni retrostanti all'arretramento della teoria della pena - oltre a quelle prettamente storiche - si può annoverare l'abilità dei teorici nel plasmare a piacimento la sfera del dover essere del diritto penale e della pena, e nell'espellere norme la cui potesse implicare la limitazione del potere punitivo.

Sulle implicazioni del quinto comandamento Norberto Bobbio, nel suo noto saggio contro la pena di morte, scrisse che "la ragione alla nostra ripugnanza alla pena di morte [...] è una sola: il comandamento di non uccidere[64]. In modo molto efficace Dostoevskij fa dire al principe Mirskij parole che interpretano *stricto sensu* tale divieto: "È detto: "Non uccidere". E allora perché se uno ha ucciso s'ha da uccidere anche lui? [...] Uccidere chi ha ucciso è un castigo senza confronto maggiore del delitto stesso. L'assassinio legale è incomparabilmente più orrendo dell'assassinio brigantesco". Per quanto riguarda la chiesa cattolica, un notevole cambio di rotta è avvenuto di recente. Finalmente, riguardo al co-

---

[63] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 383.

[64] N. Bobbio, *Contro la pena di morte,* in Id., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Arnoldo Mondadori editore, Milano 2010, p. 702.

mandamento mandamento "Non uccidere", Papa Francesco ha affermato che "vale anche per i colpevoli"[65].

1.1.4. *Il criterio di omogeneità fra reato e sanzione*

Agli albori della riflessione sul sistema penale, il potere punitivo veniva rappresentato ed esercitato sullo sfondo filosofico e culturale della giustizia inesorabile. In questo contesto, in cui la legittimità del sistema penale e delle sanzioni punitive è conferita *a priori*, sulla realtà della pena, sul suo contenuto, ci viene detto sostanzialmente che è un male. Predomina la logica del sacrificio rituale che dell'esecuzione della pena fa prevalere i supposti effetti salvifici o rassicuranti verso la società, rispetto ai concreti ed eventualmente perversi effetti sul condannato.

Per lunghi secoli ha dominato questa raffigurazione della giustizia che ben possiamo riconoscere dai suoi frutti: l'implacabilità riguardo al concetto unitario di peccato-reato, il carattere inquisitorio del processo penale nel quale si sottoponeva a disamina il reo cercando di scrutare nella sua anima, l'idea della pena come espiazione, come sacrificio del condannato per mezzo del quale si depura la società. In questa prospettiva si è avallato un sistema di pene crudeli, del cui arsenale fa parte anche la pena di morte. Chi, avendo potuto agire diversamente, si rende reo di morte, dimentica che "la spada della Giustizia non ha fodero"[66].

Seguendo questa linea di pensiero prevale la salvaguardia della continuità con la tradizione e si esclude ogni irriverente approccio critico verso l'apparato punitivo: anche le pene più crudeli sono pacificamente accettate come espressione di un potere giusto. Quan-

---

[65] Subito dopo l'*Angelus* della domenica di Quaresima, del 21 febbraio 2016 il pontefice ha fatto un'appello ai governanti per l'abolizione della pena di morte. Nel suo discorso Papa Bergoglio ha sostenuto la valenza universale del comandamento ''non uccidere'', adottando un approccio diverso da quello del *Catechismo:* "Il problema va inquadrato nell'ottica di una giustizia penale che sia sempre più conforme alla dignità dell'uomo e al disegno di Dio sull'uomo e la società, e anche a una giustizia penale aperta alla speranza del reinserirsi nella società. Il comandamento 'non uccidere' ha valore assoluto e riguarda sia l'innocente che il colpevole. Il Giubileo straordinario della Misericordia è un'occasione propizia per promuovere nel mondo forme sempre più mature di rispetto della vita e della dignità di ogni persona. Anche il criminale mantiene l'inviolabile diritto alla vita, dono di Dio. Faccio appello alla coscienza dei governanti, affinché si giunga ad un consenso internazionale per l'abolizione della pena di morte. E propongo a quanti tra loro sono cattolici di compiere un gesto coraggioso ed esemplare: che nessuna condanna venga eseguita in questo Anno Santo della Misericordia". Il discorso del papa è disponibile nel sito ufficiale del vaticano, nel seguente link: http://w2.vatican.va/content/francesco/it/angelus/2016/documents/papa-francesco_angelus_20160221.html. Cfr. anche J.M. Bergoglio, *Risponde Papa Bergoglio*, a cura di G. Maria Vian, Marsilio, Venezia 2015.

[66] J. De Maistre. *Le serate di Pietroburgo,* cit., p. 45.

do per via dello schema del contraccambio, in effetti, si consacra "la dimensione punitiva sul piano del bene in sé"[67], si riesce a discutere *sulla* pena senza discutere *della* pena, o meglio *delle pene*. Si tenta la giustificazione dell'esistenza del potere punitivo e non si avverte il bisogno di riflettere sui suoi vari volti né sui risvolti delle decisioni penali sul condannato; come se l'imputazione della responsabilità di aver commesso un reato lo facesse diventare solo l'oggetto della sanzione, facendo svanire dietro il condannato il soggetto titolare di diritti, anteponendo il diritto o il dovere dello stato di punirlo dinanzi ad ogni suo diritto individuale, perfino quello alla vita.

In questo stadio culturale il principio del taglione si pone come criterio di misurazione della punizione. La storia di questo principio sanzionatorio rimonta sino agli ordinamenti giuridici dei popoli arcaici e ci è testimoniata da una pluralità di fonti. Si tratta spesso di testi religiosi, nell'ambito dei quali tale principio è collocato sullo sfondo di una visione teologica ed ontologica della giustizia. Evitando anacronistici giudizi di valore, allo *ius talionis* va riconosciuto il merito di rappresentare un criterio regolatore della natura e della misura delle risposte ai reati. Esso comporta "la prima pur se debole limitazione alla sfrenatezza punitiva". Tuttavia, "l'idea giusnaturalistica che la pena debba uguagliare il delitto e consistere quindi in un male della medesima natura e intensità" non è che "il frutto di un'illusione sostanzialistica" [68].

Persistente nella cultura giuridica moderna e nel senso comune di giustizia, tale principio comporta l'esclusione di una molteplicità di casi che non rientrano nel suo raggio di azione. Quelli, cioè, in cui non è realizzabile una corrispondenza isomorfica fra sanzione e reato. Da una parte, per i connotati d'immaterialità che spesso accompagnano la valutazione del danno, come nel caso dell'offesa alla divinità, per esempio; e, dall'altra, per la situazione paradossale che verrebbe a crearsi quando si cercasse di riprodurre sul responsabile la sua condotta delittuosa, come nel caso dell'adulterio.

Il fatto di non essere un paradigma adeguato al polimorfismo della casuistica criminale lo spogliava di efficacia pratica. Nei casi irriducibili al parametro di commisurazione, si faceva ricorso ad altri principi e si misurava la punizione valutando aspetti sociali e culturali. In effetti, nel popolo ebraico, trasgressioni ritenute gravi secondo il vigente sistema di

---

[67] M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino 1996, p. 121.

[68] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 384.

valori, e per le quali non era possibile richiamare la valenza del taglione, erano punite con la morte. L'idoneità della *lex talionis* a valere come regola della pena giusta risultava pertanto fortemente attenuata. L'ammissione della pena di morte solo nei casi di omicidio avrebbe potuto costituire un criterio di razionalità per la sua irrogazione. Invece così non è stato, e anche fra i popoli antichi che riconoscevano il taglione come linea guida si disponeva a piacimento della pena di morte.

La sorte del taglione ci insegna due cose: la prima è che il parametro di misurazione delle pene, se pretende di superare la soglia di mera dichiarazione di buoni propositi e incidere sulla prassi, deve essere in grado di fungere da limite non solo nei casi paradigmatici su cui è modellato. La seconda è che, nonostante i limiti normativi siano chiari - come nel caso dell'associazione della pena di morte ai soli casi di omicidio -, la domanda sociale di punibilità preme per la tendenza al rialzo della punizione nelle ipotesi delittuose percepite come più gravi.

Se la premessa è l'identità qualitativa, ne consegue che le pene

devono essere di tanti tipi quanti sono i tipi dei delitti. Benché ciò sia impossibile e di fatto non sia mai accaduto, è certo che la pretesa di equiparare la qualità della pena alla qualità del delitto è stato il principale fattore della molteplicità, varietà ed atipicità delle pene nell'epoca premoderna: dalle pene infamanti, come la gogna e il marchio, alle varie pene corporali e capitali come le mutilazioni, le fustigazioni e i supplizi[69].

Questa difficoltà nell'applicazione del principio d'identità fra sanzione e reato non riguarda invece quelle condotte su cui il principio è modellato come le lesioni e l'omicidio, appunto. Hegel infatti riconosce che "se, ora, nella retribuzione non si può giungere all'eguaglianza specifica, ciò, tuttavia, è diverso nell'omicidio, pel quale necessariamente resta la pena di morte"[70]. Parimenti Kant, anch'egli alfiere del taglione, sentenzia che "se poi egli ha ucciso, egli deve morire. Qui non vi è nessun surrogato, nessuna commutazione di pena, che possa soddisfare la giustizia"[71].

Probabilmente, l'istanza di razionalità dell'irrogazione della pena di morte soltanto nei casi di omicidio non è stata accolta proprio perché il principio di omogeneità fra pena e

---

[69] Ivi, p. 385.

[70] G.W.F Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., p. 328.

[71] I. Kant, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), Laterza, Roma-Bari 2005, p. 522.

reato certamente limitava, ma al contempo accreditava il ricorso alla pena di morte. Da tutto ciò possiamo trarre una terza lezione: una volta che una pena sia avallata dalla teoria, non si potrà più garantire che sia applicata con la parsimonia che la teoria stessa consiglia. Anche la vicenda della pena detentiva ne è una dimostrazione.

1.2. *Iustitia hominum: la giustizia come ordine artificiale*

Il ricorso alla divina fonte di legittimità del potere di punire risulta rassicurante per coloro che sono alla ricerca di una pietra angolare inscalfibile, su cui poter poggiare le fondamenta dell'atto di punire, che - se modellato sui capricci dell'uomo - porterebbe a rompere le dighe favorendo le derive autoritarie. Il diritto, affermava Carrara "è congenito all'uomo perché dato da Dio all'umanità fin dal primo momento della sua creazione onde essa possa compiere i suoi doveri nella vita terrena; dunque il diritto deve avere una vita e dei criteri preesistenti ai placiti degli umani legislatori; criteri prevedibili, costanti, ed indipendenti dai capricci di costoro e dalle utilità da loro avidamente agognate"[72].

Ai tempi di Carrara, l'orientamento di chi ritrova il fondamento del diritto penale in fonti umane (come nel volere dei legislatori) era minoritario. Col decorso del tempo, però, nonostante l'asserito pregio della "costanza", la divina fonte di legittimità della potestà punitiva è stata progressivamente abbandonata. Quest'insuccesso ben si potrebbe imputare alle opere che nei secoli dei Lumi hanno optato un'idea secolare di giustizia. Come ricorda Carrara nel suo *Programma*, in una frase rivelatrice del dominio assoluto dei divini argomenti allora vigenti sulla legittimità del potere di punire, "anche la dottrina penale ha i suoi atei"[73].

Per il grande penalista toscano, "al magistero del buon governo sta bene si assegni come fondamento del suo diritto la *pubblica necessità* o anche la *utilità*, al magistero penale non può attribuirsi come genesi un atto di volontà umana; ma il precetto di Dio promulgato all'uomo mercé la legge di natura. Gli ordinamenti di quello sono relativi e variabili; il magistero penale è assoluto in tutti i suoi principi fondamentali."[74].

---

[72] F. Carrara, *Prolegomeni* al *Programma del corso di diritto criminale,* cit., p. 39.

[73] *Ibid*.

[74] *Ibid*.

Schierandosi in frontale polemica contro chi osava ascrivere la genesi dell'autorità di proferire punizioni alla malleabile e meschina volontà umana, Carrara dispone le nozioni di *necessità* e di *utilità* agli antipodi della fonte ultima nella quale egli rinviene "la norma" da cui trae ragion d'essere il diritto penale, cioè, il precetto di Dio.

La caratteristica che accomuna coloro che rinvengono nella volontà dell'uomo il fondamento del potere punitivo non è la laicità (alcuni di essi chinano il capo di fronte a un dio mortale[75] o a quello immortale), ma il fatto che la questione punitiva è affrontata preminentemente rivolgendo lo sguardo verso l'uomo. A partire dalle proprie concezioni antropologiche ciascuno deduce una serie di conseguenze sul rapporto dell'individuo con la società e col potere.

"Le leggi, nel significato più ampio - sostiene Montesquieu - sono i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose; e, in questo senso, tutti gli esseri hanno le loro leggi, la divinità ha le sue leggi, il mondo materiale ha le sue leggi, le intelligenze superiori all'uomo hanno le loro leggi, le bestie hanno le loro leggi, l'uomo ha le sue leggi"[76]. La divinità ha le sue leggi, ma l'uomo anche. Essendo possibile ambire a un ideale di giustizia terrena, l'uomo dovrebbe avere il coraggio di assumere la responsabilità di come modellarla, senza nascondersi dietro la messa in scena di un copione scritto da un Essere supremo:

> il mondo intelligente è ben lontano dall'essere altrettanto ben governato del mondo fisico. Infatti, sebbene sia retto da leggi per loro natura invariabili, tuttavia non le segue costantemente come il mondo fisico segue le proprie. E ciò perché gli esseri particolari dotati di intelligenza sono, per loro natura, limitati e quindi soggetti all'errore; [...]. Essi non seguono dunque costantemente le loro leggi primitive, e neppure sempre quelle fatte da essi stessi [...] In quanto essere fisico, l'uomo è governato, al pari degli altri corpi, da leggi invariabili; in quanto essere intelligente, egli vìola di continuo le leggi che Dio ha stabilite e muta quelle che lui stesso stabilisce. Deve guidarsi da solo, ma è un essere limitato, soggetto all'ignoranza e all'errore come tutte le intelligenze finite[77].

---

[75] A un dio mortale fa riferimento Hobbes, "Io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso a quest'uomo o a questa assemblea di uomini, a questa condizione, che tu gli ceda il tuo diritto, e autorizzi tutte le sue azioni in maniera simile. Fatto ciò, la moltitudine così unita in una persona viene chiamata uno stato, in latino civitas. Questa è la generazione di quel grande Leviatano o piuttosto - per parlare con più riverenza - di quel Dio mortale, al quale noi dobbiamo, sotto il Dio immortale, la nostra pace e la nostra difesa". Infatti, il Leviatano regge in una mano la spada e nell'altra il vincastro. T. Hobbes, *Leviatano* (1588), Laterza, Roma - Bari 2008, Parte seconda, cap. XVII, p. 181-182.

[76] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), Rizzoli, Milano 1989, Parte prima, libro I, cap. I, p. 147.

[77] *Ibid.*

Gli errori degli uomini rientrano dunque *nella natura delle cose*, e di conseguenza non potrebbe legittimamente auto-rappresentarsi come la *spada* di Dio, raffigurato come essere onnipotente, eterno ed infallibile. Invece, andrebbe smascherata l'umana abilità per adoperare ogni argomento, tratto anche - o soprattutto - da fonti religiose, per proiettare e legittimare la propria idea di giustizia, in specie di giustizia penale.

> Un essere siffatto poteva, a ogni istante, dimenticare il suo creatore, Dio lo ha richiamato a sé con le leggi della religione. Un essere siffatto poteva, a ogni istante, dimenticare se stesso, i filosofi lo hanno avvertito con le leggi della morale. Fatto per vivere in società, poteva dimenticarsi degli altri, i legislatori lo hanno riportato ai suoi doveri con le leggi politiche e civili.

Ciascuna di queste sfere - la religione, la morale, la società - ha le sue leggi operanti nella sua sfera di competenza. E la sfera dei rapporti in società è regolata dalle leggi politiche e civili fatte dagli uomini. Sconsacrare il pantheon del potere punitivo, però, non implica estromettere dal suo perimetro l'i*dea* della giustizia, la cui statua è mantenuta al centro anche fra coloro che viaggiano a gonfie vele nel mare della *iustitia hominum.*

1.2.1. *La concezione convenzionale della giustizia*

Il fattore in comune di questa seconda fonte di legittimazione della questione punitiva è che gli argomenti a sostegno di una certa idea di giustizia come ragion d'essere del potere di punire, insieme al lessico impiegato per esplicitare le sue manifestazioni, sono prevalentemente prodotto di uno sguardo rivolto agli uomini e alla complessità dei rapporti che necessariamente intercorrono fra di loro in quanto *fatti per vivere in società*, predisposti a farlo o quantomeno costretti a riconoscere la necessità di farlo.

Prima delle leggi divine, di quelle morali e delle leggi civili e di politica che ricordava Montesquieu, "vi sono quelle di natura. Così chiamate perché derivano unicamente dalla costituzione del nostro essere. Per ben conoscerle, bisogna considerare l'uomo prima che le società fossero costituite. Le leggi di natura sono quelle che egli riceverebbe in un simile stato [...] È chiaro che le sue prime idee non sarebbero affatto speculative, prima di indagare l'origine del proprio essere, egli penserebbe alla propria conservazione"[78].

---

[78] *Ibid.*

Questa premura nel *considerare l'uomo* e le sue diverse stagioni è una peculiarità della ricerca della *iustitia hominis*. Nell'*Emile*, Rousseau afferma che "bisogna studiare la società attraverso gli uomini, gli uomini attraverso la società"[79].

L'orizzonte di questa concezione della giustizia è definito a partire dalle ipotesi sulla condizione pre-politica dell'uomo, quale epifania come spia della sua autentica *natura.* A partire da queste ipotesi gli autori hanno tratto delle conclusioni sulle condizioni favorevoli e sfavorevoli all'unione degli individui in società e al riconoscimento di un'autorità comune. Prendendo le mosse da questa impostazione, lo strumento di conoscenza non è più la rivelazione ma l'uso della ragione soprattutto in senso critico. Il lessico delle manifestazioni del potere di punire cambia da "dovere di punire" a "diritto di punire", intimamente legato alla facoltà di auto-conservazione e alla sopravvivenza. Il punto di partenza non è il giardino dell'Eden, che rimanda al concetto di ubbidienza nel discernimento fra il bene e il male, ma l'ipotetico *fiat* che rese possibile il passaggio dallo stato di natura allo stato sociale, che a sua volta rimanda ai concetti di anomia e governabilità.

Fra coloro che hanno ipotizzato i connotati dell'umana condizione ai primordi della civiltà, alcuni hanno prefigurato il regno del caos, mentre altri hanno invece cosparso di più allegri colori il cosiddetto stato di natura. Montesquieu appartiene a questo secondo gruppo intriso di ottimismo antropologico. Nelle sue *Lettere persiane* gli uomini vengono tratteggiati come esseri "nati per essere virtuosi" e la giustizia come "una qualità che è loro propria come l'esistenza". In *Lo spirito delle leggi*, lo stato di natura non è rappresentato come completamente caotico. In questo primo stadio, l'individuo è rivestito di una certa dignità, considerando che non è dipinto come un essere sprovvisto di ogni nozione, ma che "piuttosto che conoscenze, possederebbe la facoltà di conoscere"[80].

> Un uomo simile, all'inizio, non sentirebbe che la propria debolezza; la sua timidezza sarebbe estrema; […] ricordiamoci che si sono trovati, nelle foreste, uomini selvaggi, tutto li fa tremare, tutto li fa fuggire. In una simile condizione, ciascuno si sente in stato di inferiorità, o a malapena uguale agli altri. Gli uomini non cercherebbero, quindi, di attaccarsi, e la pace sarebbe la prima legge naturale[81].

---

[79] J.J. Rousseau, *Emilio, o dell'educazione* (1762), Armando editore, Roma 1994, p. 364.

[80] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit. Parte prima, libro I, cap. II, pp. 149-150.

[81] Ivi, p. 150.

Alla pace, che sarebbe la prima legge naturale, Montesquieu ne congiunge altre: mosso dai propri bisogni la seconda legge naturale sarebbe "quella che indurrebbe a mettersi alla ricerca del cibo". Nonostante la paura che "porterebbe gli uomini a fuggirsi", "i segni di un timore reciproco li convincerebbero ben presto ad avvicinarsi" spinti dal piacere di incontrare i loro simili e dal "fascino che si ispirano i due sessi con le loro differenze, aumenterebbe questo piacere, e la preghiera naturale che essi si rivolgono sempre l'un l'altro formerebbe una terza legge". La quarta legge naturale consiste nel "desiderio di vivere in società", nella quale gli uomini, appena entrati, "perdono il senso della loro debolezza; cessa l'uguaglianza che esisteva fra loro e lo stato di guerra comincia"[82].

Sull'uguaglianza naturale fra gli uomini Montesquieu precisa che "nello stato di natura, gli uomini nascono sì in condizione di uguaglianza, ma non potrebbero rimanervi. La società gliela fa perdere ed essi non ridiventano uguali che in grazia delle leggi". Il bersaglio polemico è Hobbes, che nel *De cive* sostenne che "tutti gli uomini sono per natura uguali tra loro" e che la disuguaglianza, che ora si scorge, è stata introdotta dalle leggi civili"[83]. La chiamata in causa di Hobbes diventa esplicita nello *Spirito delle leggi*: "Il desiderio che Hobbes attribuisce, fin dal principio, agli uomini di soggiogarsi a vicenda, non è ragionevole. L'idea dell'imperio e della dominazione è tanto complessa e dipende da tante altre idee che non sarebbe certamente la prima"[84].

Il dissenso fra Montesquieu e Hobbes è solo un esempio delle tante critiche che fra di loro si rivolgevano i *philosophes*. Montesquieu chiama in causa Hobbes, e quest'ultimo, a sua volta, aveva chiamato in causa gli scrittori che ingenuamente si mostravano fiduciosi nella predisposizione sociale degli individui:

> la maggior parte degli scrittori politici suppongono o pretendono o postulano che l'uomo sia un animale già atto sin dalla nascita a consociarsi (i greci dicono *zòon politikòn*, animale politico) e su questa base costituiscono le loro teorie politiche come se non vi fosse bisogno per conservare la pace e l'ordine di tutto il genere umano, di null'altro che di una concorde osservanza, da parte degli uomini, di determinati patti e condizioni che essi stessi chiamano senz'altro leggi. Ma questo assioma è falso, benché accettato dai più; e l'errore proviene da un esame troppo superficiale della natura umana. Infatti, ad osservar più a fondo le cause per cui gli uomini si consociano, e fruiscono di reciproci rapporti sociali, si noterà facilmente che questo conso-

---

[82] *Ibid.*

[83] T. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino* (*De cive)*, a cura di Norberto Bobbio, Tea, Milano 1994, cit., p. 82.

[84] *Montesquieu, Lo spirito delle leggi,* cit., p. 150.

ciarsi non avviene in modo che per natura, non possa accadere altrimenti, ma è determinato da circostanze contingenti. [...] Noi non cerchiamo quindi, per natura, amici, ma ci avviciniamo a persone da cui venga onore e vantaggio. Questo cerchiamo in primo luogo, e quelli solo secondariamente[85].

In questo caso Hobbes disputa contro Grozio e Pufendorf per le note pacifiche con cui avevano composto il patto sociale, e con la dottrina arisotlelico-scolastica che attribuisce alla società un fondamento naturale e non convenzionale in quanto l'uomo viene da esse considerato come un essere naturalmente sociale.

"Ogni patto sociale si contrae o per utilità o per ambizione, cioè per amor proprio e non già per amor dei consoci", prosegue Hobbes, "se è vero poi che le comodità di questa vita possono essere aumentate dal reciproco aiuto, è pur vero che questo si può ottenere molto meglio dominando sugli altri che unendosi a loro su un piano di uguaglianza, onde nessuno potrà dubitare che gli uomini, per loro natura, sarebbero portati, se non vi fosse il timore, piuttosto a dominare che ad associarsi. Bisogna dunque concludere che l'origine delle grandi e durevoli società deve essere stata non già la mutua simpatia degli uomini ma il reciproco timore"[86].

Nella lugubre raffigurazione hobbesiana, "la volontà di nuocere è insita a tutti, nello stato naturale"[87], e "se due uomini desiderano la medesima cosa, di cui tuttavia non possono entrambi fruire, diventano nemici e, nel perseguire il loro scopo (che è principalmente la loro conservazione e talvolta solo il proprio piacere) cercano di distruggersi e di sottomettersi l'un l'altro"[88], e questo comporta la guerra di tutti contro tutti. La via di scampo è investire di autorità un potere comune per istituire la pace, impresa possibile in quanto la ragione, comune a tutti gli uomini, "suggerisce convenienti articoli di pace su cui gli uomini possono essere tratti ad accordarsi. Questi articoli sono quelli che vengono altrimenti chiamati leggi di natura"[89].

La legge di natura è definita come "un precetto o una regola generale scoperta dalla ragione, che proibisce ad un altro uomo di fare ciò che distruggerebbe la sua vita o che gli toglierebbe i mezzi per conservarla, e di non fare ciò che egli considera meglio per conser-

---

[85] T. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino* (*De cive)*, pp. 76-78.

[86] *Ibid.*

[87] Ivi, p. 24.

[88] T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 128.

[89] Ivi, p.134.

varla”[90]. La legge di natura fondamentale “vieta ad un uomo di fare ciò che è lesivo della sua vita o che gli toglie i mezzi per preservarla, e di omettere ciò con cui egli pensa possa essere meglio preservata[91]”. Secondo Hobbes è una regola della ragione “*che ogni uomo debba sforzarsi alla pace, per quanto abbia speranza di ottenerla, e quando non possa ottenerla, cerchi e usi tutti gli aiuti e i vantaggi della guerra*”[92]. La ricerca della pace implica una seconda legge di natura: “che si sia disposti, quando anche altri lo siano, a rinunciare, nella misura in cui lo si ritenga necessario alla pace e alla propria difesa, al diritto su tutto e ci si accontenti di avere tanta libertà nei confronti degli altri quanta se ne concede agli altri nei confronti di se stessi”[93]. E la terza legge naturale stabilisce “che gli uomini adempiano i patti fatti da loro”[94].

Le leggi naturali, però, “non sono che conclusioni o teoremi concernenti ciò che conduce alla conservazione e alla difesa degli uomini, mentre la legge è propriamente la parola di colui che detiene per diritto l'impero sugli altri”[95]. A riguardo, Norberto Bobbio puntualizza che in Hobbes “la legge naturale afferma che per raggiungere il fine prescritto dalla stessa legge naturale l’uomo deve lasciarsi governare dalle leggi positive”[96]. Siccome la terza legge naturale vieta di violare i patti, allora comanda di obbedire alle leggi civili. In questo modo si riveste di legittimità il contenuto dei patti civili, e viene operata una svolta rispetto alla stabile tendenza fra i suoi predecessori di identificare un ordine divino o naturale - ma in ogni caso superiore - che fissava i limiti della giustizia. Effettivamente Hobbes, senza indugiare, sostenne nettamente che “vero e falso sono [...] attributi del discorso e non delle cose. E dove non esiste discorso, non esistono né verità né falsità”[97]. E per giunta, che “nel mondo non esiste nulla di universale ad eccezione dei nomi. Le cose nominate, infatti, sono tutte individuali e singolari”[98], il che sarebbe incompatibile con una nozione universale e costante della giustizia.

---

[90] Ivi, p. 105.

[91] *Ibid.*

[92] Ivi, p. 135. Corsivo presente nel testo.

[93] *Ibid*.

[94] Ivi, p. 29.

[95] Ivi, p. 27.

[96] N. Bobbio, *Thomas Hobbes,* Einaudi, Torino, 2004, p. 119.

[97] T. Hobbes, Leviatano, cit., p 29.

[98] Ivi, p. 27.

Anche se entrambi rivolsero lo sguardo verso l'uomo, Montesquieu e Hobbes sono giunti a destinazioni opposte. Per il primo esistono vere leggi di natura, per il secondo queste sono solo teoremi. Il primo crede nell'esistenza della giustizia come ordine costante ed eterno, mentre il secondo lo nega, approdando a una concezione integramente *convenzionale* della giustizia.

1.2.2. *Legibus solutus: il potere penale in Hobbes*

"Anti-metafisica e nominalismo - ha scritto Giorgio Grimaldi - costituiscono il centro dell'impianto hobbesiano, nel quale la giustizia e l'ingiustizia non vengono concepite in sé come tali, bensì sono possibili ed effettive solo dopo che un potere comune le abbia definite, e ciò come qualcosa di assolutamente *positivo*"[99]. Ma lo stesso Hobbes parrebbe orientarsi verso un concetto di *ragione* - comune a tutti gli uomini e suggeritrice delle leggi di natura - come qualcosa di universale. E inoltre fa ricorso ad alcuni principi della legge di natura come "la giustizia, l'equità, la moderazione, la misericordia"[100] che definisce come "immutabili ed eterne, giacché l'ingiustizia, l'ingratitudine, l'arroganza, la superbia, l'iniquità [...] non possono mai essere rese legittime"[101]. Grimaldi, però, precisa che queste oscillazioni di Hobbes sarebbero soltanto apparenti[102]. A fare chiarezza sarebbe un passo degli *Elements of law*:

Misura comune, alcuni dicono, è la retta ragione, coi quali io consentirei, se fosse dato di trovare a conoscere una cosa del genere *in rerum natura*. Ma solitamente, coloro che invocano la retta ragione per decidere qualche controversia, intendono la propria. Allora è certo che, dal mo-

---

[99] G. Grimaldi, *Leviatano o Behemoth. Totalitarismo e franchismo*, Morlachi editori, Perugia 2009, p 89.

[100] T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p 165.

[101] Ivi, p. 129.

[102] G. Grimaldi, *Leviatano o Behemoth,* cit., p 91.

mento che la retta ragione non esiste, la ragione di un uomo, o di alcuni, ne deve prendere il posto; e quell'uomo, o quegli uomini, sono coloro che detengono il potere sovrano[103].

"Qui sono contenuti sinteticamente alcuni principi sempre centrali del pensiero di Hobbes", sostiene Grimaldi:

«la retta ragione», in sé, non esiste; infatti *dove* sarebbe possibile trovarla? Ogni volta che qualcuno si appella a questa ragione, universale, in realtà spaccia per universale il proprio particolare, e non potrebbe essere altrimenti. «La retta ragione non esiste», a questo punto, perché sia possibile la convivenza, tutti, a eccezione del sovrano, devono riconoscere come ragione la ragione del sovrano [...]. Ma il fondamento del diritto non risiede in qualche luogo che solo il pensiero metafisico crede di scorgere, bensì il fondamento del diritto è il sovrano. La giustizia e l'ingiustizia non esistono in sé (concetti ai quali riferirsi per istituire una legislazione), ma le istituisce il sovrano, che ne è la fonte, tutta positiva[104].

Le osservazioni di Grimaldi trovano pieno riscontro nelle conclusioni di Bobbio, il quale asserì che "con Hobbes il giusnaturalismo sbocca in una concezione monistica del diritto, cioè in una negazione del diritto naturale come sistema di diritto superiore al sistema di diritto positivo"[105]. Per dirla con Hayek "con Thomas Hobbes incomincia il positivismo legale nella storia moderna"[106].

Sta di fatto che profilare l'idea della giustizia nell'orizzonte dell'individuo (di primo acchito meglio delimitato che quello di un Essere supremo), risente parimenti - come quando si cerca di corazzarlo nella giustizia divina - di entrambi i rischi segnalati: da una

---

[103] "In the state of nature, where every man is his own judge, and differeth from other concerning the names and appellations of things, and from those differences arise quarrels, and breach of peace; it was necessary there should be a common measure of all things that might fall in controversy; as for example: of what is to be called right, what good, what virtue, what much, what little, what meum and tuum, what a pound, what a quart, &c. For in these things private judgments may differ, and beget controversy. This common measure, some say, is right reason: with whom I should consent, if there were any such thing to be found or known in rerum natura. But commonly they that call for right reason to decide any controversy, do mean their own. But this is certain, seeing right reason is not existent, the reason of some man, or men, must supply the place thereof; and that man, or men, is he or they, that have the sovereign power, as hath been already proved; and consequently the civil laws are to all subjects the measures of their actions, whereby to determine, whether they be right or wrong, profitable or unprofitable, virtuous or vicious; and by them the use and definition of all names not agreed upon, and tending to controversy, shall be established". Cfr. T. Hobbes, *The elements of law, Natural and Politic* (1640), in *The elements of law, Natural and Politic, and the De Corpore Politico,* a cura di J. C. A. Gaskin, Oxford University Press, Oxford 2008.

[104] G. Grimaldi, *Leviatano o Behemoth*. cit., p 91-92.

[105] N. Bobbio, *Thomas Hobbes,* cit. p. 145.

[106] F.V. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (1973)*,* The University of Chicago press, Chicago 1983, pp. 10-11.

parte dell'abbagliante e (verrebbe da dire) inevitabile riverbero del riflesso dell'interprete, testimoniato dalla inconciliabile idea di giustizia in Montesquieu e in Hobbes. E dall'altra parte si riconferma che, a prescindere dall'idea della giustizia invocata, i teorici riescono a svincolarsi dalle norme che potrebbero fungere da limite all'operato del potere punitivo per declinare la concezione della giustizia secondo una dottrina di comodo.

Ammesse le osservazioni di Grimaldi e di Bobbio, nella dottrina hobbesiana "il diritto non è qualcosa di assolutamente svincolato, esso è vincolante per lo stesso sovrano riguardo al proprio fine, *la pace*, che in realtà è *l'autoconservazione dell'individuo*. Il fine supremo per Hobbes è *la pace*, non *il bene:* ne deriva che il bene e il male, in se stessi, non esistono, ma solo ciò che è utile o meno al perseguimento della pace, che è in ultima analisi autoconservazione"[107].

Anche in questo caso si verifica un tradimento di una norma scolpita nelle Tavole poste - da Hobbes stesso - a fondamento del sistema legale. Secondo Bobbio, il perseguimento della pace nel pensiero hobbesiano "è ricavato dallo studio positivo della natura umana; il quale mostra che l'uomo, dominato dall'istinto di conservazione, considera la *vita* come il valore supremo"[108]. Valore inalienabile che a differenza di tutti gli altri diritti non è trasferito al sovrano. La norma fondamentale iscritta in un'originaria Tavola è il riconoscimento della vita come valore supremo. Per non rinvenire in essa una norma limitativa del potere punitivo basta aggirarla - transitando abilmente su ripidi sentieri già percorsi in passato - proclamando che il sovrano non è entrato nel patto, ma gli uomini sì, e l'hanno fatto autorizzando tutte le azioni dello Stato[109], e "i patti senza la spada sono solo parole e non hanno la forza di assicurare affatto un uomo"[110]. L'allegoria della spada fa la sua comparsa in questa umana teorizzazione secolare della giustizia punitiva: e ancora una volta non ha fodero. Il sovrano, posto fuori dal patto conserverebbe la potestà di "sottomettere qualunque uomo, nuocergli o ucciderlo"[111]. L'autoconservazione si rovescia nel suo oppos-

---

[107] G. Grimaldi, *Leviatano o Behemoth*. cit., p. 92.

[108] N. Bobbio, *Thomas Hobbes,* cit. p.117.

[109] "Io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso a quest'uomo o a questa assemblea di uomini, a questa condizione, che tu gli ceda il tuo diritto, e autorizzi tutte le sue azioni in maniera simile. Fatto ciò, la moltitudine così unita in una persona viene chiamata uno stato, in latino civitas. Questa è la generazione di quel grande Leviatano o piuttosto - per parlare con più riverenza - di quel Dio mortale, al quale noi dobbiamo, sotto il Dio immortale, la nostra pace e la nostra difesa"

[110] T. Hobbes, *Leviatano*, cit, cap XVII, p. 178.

[111] Ivi., cap., XXVIII, pp. 329-333.

to, l'alienazione[112]. Così la tutela della vita stessa è declassata da fine ultimo a valore relativo.

Un noto ammonimento di Gadamer ci fa presente che "sono i pregiudizi di cui non siamo consapevoli quelli che ci rendono sordi alla voce del testo"[113]. Nell'impresa di progettare una teoria della pena, i testi dinnanzi ai quali permane un'ottusa sordità, sono, purtroppo, quelle norme generali e astratte, limitative del potere punitivo. Hobbes e Montesquieu potrebbero rappresentare l'Artide e l'Antartide della concezione antropologica dell'uomo. Fra gli argomenti retrostanti a quelli di Montesquieu, potremmo annoverare quelli di John Locke. Egli, lontano dall'impostazione hobbesiana, dichiara che

> per ben comprendere che cosa sia il potere politico e ricostruirne la genesi, occorre considerare quale sia lo stato in cui tutti gli uomini per natura si trovano: uno stato di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e disporre dei propri beni e persone come meglio credono, entro i limiti della legge naturale, senza chiedere l'altrui benestare o obbedire alla volontà di altri. È questo anche uno stato di eguaglianza, in cui potere e autorità sono reciproci poiché nessuno ne ha più degli altri. Nulla invero è più evidente del fatto che creature della stessa specie e grado, indifferenziatamente nate per godere degli stessi doni della natura e usare le stesse facoltà, debbano essere fra loro eguali, senza alcuna subordinazione o soggezione[114].

Locke, dunque, si schiera contro Hobbes, come faranno dopo di lui la maggior parte dei filosofi e dei teorici dello Stato**.** Gaetano Filangieri, ad esempio, principe degli illuministi meridionali, nella sua *Scienza della legislazione* sostenne una tesi radicalmente antihobbesiana, autoproclamandosi "il primo a credere che la società sia nata coll'uomo"[115]. Filangieri afferma che in questa "primitiva" e "puramente naturale" società "erano ignoti i nomi di nobile e di plebeo, di padrone e di servo, ignoti i magistrati, ignote le leggi, le pene e i pesi civili. Questa era una società nella quale non si conosceva altra disuguaglianza che quella che nasceva dalla forza e dalla robustezza del corpo, altra legge che quella della natura, altro vincolo che quello dell'amicizia, de' bisogni e della parentela"[116].

---

[112] Cfr. M. Horkheimer, T. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo* (1947), Einaudi, Torino 1995, pp. 37-39.

[113] H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), Bompiani, Milano 1995, X e., p. 317.

[114] J. Locke, *Trattato sul governo* (1691)*,* a cura di Lia Formigari, Editori riuniti, Roma 1974, cap. I, p. 5.

[115] G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (1780-1788), Grimaldi & C. Editori, Napoli 2003, libro I, cap. I, p. 11.

[116] *Ibid.*

Filangieri descrive così lo stato di natura:

Qualunque fosse lo stato degli uomini prima della formazione delle società civili, qualunque fosse l'epoca di queste riunioni, qualunque la loro primitiva costituzione, qualunque il piano sul quale esse furono foggiate, non si può dubitare che una fu la causa che le produsse, uno il principio che le fece nascere, l'amore della *conservazione* e della *tranquillità*. Io non sono così strano per supporre uno stato di natura anteriore alle società civili, simile a quello de' selvaggi, come alcuni misantropi sofisti lo pretendono; né così ignorante della natura della mia specie, e de' caratteri che la distinguono dalle altre, per credere che l'uomo sia nato per errare ne' boschi, o che lo stato di società sia uno stato di violenza per lui[117].

Dopo una serie di domande che complessivamente annunziano che "l'anima ha i suoi bisogni come il corpo, e che questi bisogni non si possono da noi soddisfare senza darci in preda alle affezioni sociali", Filangieri riprende il filo della su argomentazione:

Io credo che queste poche riflessioni basteranno per farci vedere sulla terra la società così antica come l'uomo, e per farci vedere nel selvaggio, che erra nei boschi non già l'uomo naturale, ma l'uomo degenerato, l'uomo che vive contro il suo istituto, contro la sua destinazione; in poche parole la rovina e la degradazione della specie umana, piuttosto che il simulacro vivente della sua infanzia[118].

Lo schieramento anti-hobbesiano, destinato ad aumentare le proprie file, è giunto a segnare il titolo di un'opera di Feuerbach: *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*[119]. Hobbes, ancora oggi, rappresenta il polo della dominazione e dell'imperio pressoché assoluto, e le sue idee sul potere hanno influenzato il discorso sulla moderna concezione dell'autorità politica; mentre Montesquieu, col suo elogio della mitezza, si pone agli antipodi di quella e si costituisce capostipite di un filone di pensiero garantista altrettanto incisivo.

---

[117] *Ibid.*

[118] *Ibid.*

[119] Cfr. P.J.A. Feuerbach, *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano* (1797), a cura di M.A. Cattaneo, Giuffrè, Milano 1972.

1.2.3. *Il criterio della proporzionalità e della necessità della pena*

La natura del reato non pone limiti al contenuto delle pene, nel senso che anche le punizioni crudeli ed efferate ne risultano accolte. Il progredire della civiltà esigeva un nuovo approccio al rapporto fra pena e reato chiamato a superare le aporie del taglione. Ricercare la corrispondenza fra sanzioni e reati ha dato origine a pene atipiche che consistono in *afflizioni* non tassativamente predeterminabili dalla legge in quanto "disuguali a seconda della sensibilità di chi li patisce e della ferocia di chi li infligge e non graduabili in base alla gravità del delitto: nessun dolore o supplizio fisico è infatti uguale ad un altro, e di nessuno è possibile prestabilire, misurare e tantomeno delimitare l'afflittività"[120].

La modernità abbandona questa pretesa, dunque, proprio per l'impossibilità di predeterminare legalmente il contenuto delle pene, la loro natura e misura. Per l'incompatibilità, cioè, col nuovo principio su cui si erige il diritto penale a partire dall'Illuminismo: il principio di legalità, che richiede la previsione tassativa della natura e della misura delle pene. Nella definizione del nesso che intercorre fra reato e pena si passa dal principio della corrispondenza isomorfica a quello della proporzionalità formulato da Beccaria[121], dove scompare l'uguaglianza ricercata fino ad allora per approdare a una nozione moderna che avalla dal punto di vista teorico l'asimmetria fra sanzione e reato, rompendo con una tradizione plurisecolare. Nella concezione beccariana la proporzionalità è soltanto uno degli elementi regolativi. Nonostante ciò, la proporzionalità della pena al reato è stata assunta come paradigma autonomo, chiamato a sostituire quello precedente e primitivo, che promuoveva l'omogeneità. Secondo questo moderno criterio la qualità e la quantità delle pene dovranno corrispondere non alla natura delle cose ma a criteri convenzionali. In questo modo si ricava una sfera di autonomia del contenuto della pena rispetto a quello del reato.

Alla domanda "come punire?" la modernità risponde: con una pena proporzionata al reato. Tuttavia, ben presto viene messa in rilievo l'indeterminatezza di questo parametro:

---

[120] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 385.

[121] Beccaria elenca il principio di proporzionalità nel suo noto teorema generale: *"perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi*". C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLVII, p. 104.

Bentham afferma che "adeguato o proporzionale sono parole più oscure che non istruttive", mentre secondo Carrara la "concordia universale" sulla proporzionalità della pena al delitto è una formula nebulosa[122]. Infatti, il parametro di valutazione non è univoco: la gravità del danno, l'entità della colpa, la pericolosità dell'agente. Storicamente si sono verificate delle oscillazioni per spostare la bilancia della proporzione della pena al reato: con Beccaria, verso la prevalenza del danno verificatosi[123], con Carrara, verso la combinazione fra l'elemento oggettivo del danno e quello soggettivo della colpevolezza[124], con la scuola positiva, verso la preminenza dell'astratto concetto di pericolosità[125].

Dal progetto riformista dell'Illuminismo viene fuori un sistema di pene disposte in una scala a seconda principalmente della gravità del danno cagionato dalla condotta delittuosa e tenendo conto, rispetto ad ogni singola pena, di non eccedere nel suo contenuto il grado di afflittività indispensabile per svolgere lo scopo dissuasivo. L'idea della scala delle pene implica la possibilità di far ricorso a una varietà di pene di diversa natura e di collegarle alle diverse tipologie di reato. La teoria della pena non ha davvero accettato questo compito e ha preso un'altra strada: indirizzando gli sforzi teorici - più che nella relazione che dovrebbe intercorre fra una determinata pena per prevenire un determinato reato - alla proporzionalità, nel sistema delle sanzioni, fra le diverse pene per reati diversi: la domanda dunque non era come punire il furto per prevenire il furto, ma come punire il furto in maniera meno grave dell'omicidio ma più grave di altre condotte. La teoria della pena si rivela inadempiente nel dare delle risposte sulla natura e la misura delle sanzioni necessarie a formare la sopraddetta scala: disapplicando la direttrice beccariana di badare a non comminare le sanzioni dei reati più gravi a quelli meno gravi[126], essa si è instradata verso la distinzione delle risposte sanzionatorie sulla base della diversa intensità di un unica pena: la pena detentiva.

---

[122] F. Carrara, *Programma,* cit. § 696, p. 471.

[123] "Le precedenti riflessioni mi danno il diritto di asserire che l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione". C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. VII, p.22.

[124] "Se l'intelletto, o la volontà, od ambedue, mancarono del tutto all'agente, non vi è intenzione, e non vi è per conseguenza imputabilità". F. Carrara, *Programma,* cit. § 65, p. 92.

[125] Cfr. R. Garofalo, *Criminologia*, Bocca, Torino 1885.

[126] "Se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene, che discendesse dalla più forte alla più debole: ma basterà al saggio legislatore di segnarne i punti principali, senza turbare l'ordine, non decretando ai delitti del primo grado le pene dell'ultimo". C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. VI, p. 2.

Anche se a livello normativo il principio di proporzionalità è certamente configurato considerando il nesso fra una determinata pena e un determinato reato[127], tale nesso si è perso di vista comportando, in tempi recenti, deroghe importanti.

La prima è rappresentata dall'aumento di pena che può essere stabilito per i recidivi, aumento che [...] non dipende da una maggiore gravità del reato, ma dalla particolare capacità a delinquere dimostrata dal reo. La seconda deriva dall'art. 133 del codice, il quale fa obbligo al giudice di tenere conto nell'esercizio del suo potere discrezionale per l'applicazione della pena, non solo della gravità del reato, ma anche della criminalità virtuale del soggetto[128].

La teoria moderna della pena, quindi, ha assunto la valutazione del contenuto, cioè, dell'afflittività delle pene in rapporto all'afflittività di altre pene. In questo stadio la pena giusta è quella che rispecchia la proporzione in relazione a un sistema sanzionatorio: "la giustizia, che mai è assoluta, di più di questo non può significare: che in conformità dello sviluppo giuridico dei singoli popoli in un dato momento, per il reato che in quel momento è sentito come più grave deve essere prevista una pena più grave che per un reato sentito come meno grave".

Una paradigmatica raffigurazione della giustizia proporzionale in questo senso è rinvenibile in Von Liszt:

Giustizia significa ben poco. Essa infatti dipende totalmente dal sistema delle pene. Se la pena equa sia l'esecuzione capitale, oppure l'ergastolo, oppure la reclusione per la durata di dieci anni, ci è possibile dire soltanto qualora ci sia noto se il sistema penale abbia previsto la pena di morte e quella di reclusione a vita, e se abbia stabilito a quel tempo il massimo della pena detentiva in dieci, quindici, venti, venticinque o trent'anni di reclusione. Datemi il sistema penale ed io vi darò la Giustizia. Ma donde il sistema delle pene si debba trarre, questa *Giustizia* non è in grado di dirsi[129].

La principale differenza rispetto alle pene prospettate sotto l'influsso del paradigma di uguaglianza fra pena e reato è che le pene moderne sono predeterminabili legalmente e quantificabili. La negazione dell'identità qualitativa fra reato e pena "consente l'affermarsi

---

[127] La Carta di Nizza, per esempio, stabilisce nell'articolo 49 terzo comma che "Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

[128] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* Giuffrè, Milano 2003, XVI ed., p. 704.

[129] V. Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1883), a cura di Alessandro Calvi, Giuffrè, Milano 1962, pp. 42-43.

della pena moderna come pena *astratta* ed *uguale*, come tale quantificabile e misurabile e perciò pre-determinabile legalmente e determinabile giudizialmente sia nella natura che nella misura"[130]. Nonostante l'abbandono dell'omogeneità materiale fra reato e sanzione fosse giustificato proprio per l'impossibilità di prestabilire legalmente il contenuto delle pene, la teoria moderna della pena finisce per spostare il baricentro della riflessione teorica sugli aspetti che riguardano la forma, appunto, graduabile delle pene, tralasciando l'analisi della loro sostanza. La pena moderna si contraddistingue, nella sua forma, in quanto astrattamente uguale e graduabile, e nel suo contenuto perché identifica il bene giuridico di cui priva il condannato. Indicare il bene giuridico limitato si è trasformato in una tesi apodittica per cui parlare di privazione della libertà, per esempio, dovrebbe di per sé dimostrare il contenuto di questo tipo di pena. Ma non è affatto così.

Accettata l'asimmetria fra reato e sanzione il concetto di *bene giuridico* entra a far parte delle nozioni elementari della teoria della pena. Su quali siano i beni che il diritto penale deve tutelare e limitare si sono susseguite risposte diverse nel corso della storia. Sul primo aspetto "se il giusnaturalismo laico del XVII secolo aveva rielaborato il concetto di bene giuridico, lasciando cadere il riferimento agli interessi religiosi tradizionalmente oggetto di protezione penale e circoscrivendo la zona dell'intervento punitivo ai comportamenti anomici rispetto alla sicurezza, all'ordine e agli interessi del sovrano, l'illuminismo penale opera un passaggio non meno radicale funzionalizzando l'ordinamento giuridico delle proibizioni e delle punizioni alla tutela dei diritti individuali"[131]. Ma la questione punitiva è segnata da un paradosso: "la pena è costrizione. Essa si rivolge contro la volontà del reo, ledendo o distruggendo quei beni giudici che allo stesso fanno capo"[132]. La definizione largamente condivisa nella modernità è che la pena consiste nella privazione o diminuzione di un bene individuale[133]. Nella definizione manualistica del contenuto della sanzione si dichiara che "negli stati moderni la pena di regola incide soltanto su tre beni: sulla vita (pena capitale), sulla libertà (pene restrittive della libertà personale) e sul patrimonio (pene pecuniarie)"[134]. In verità, la sanzione moderna incide su tanti altri diritti. E nella prassi del-

---

[130] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 386.

[131] Cfr. D. Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giustopolitico di un illuminista*, Giappichelli, Torino 2008, p. 173.

[132] F. Von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale,* cit., p. 52.

[133] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 676.

[134] Cfr. H.V. Henting, *La pena: origine, scopo, psicologia*, Bocca, Milano 1942, pp. 17 ss.

la pena detentiva, in sostanza, su tutti i diritti. E questo accade senza un supporto legale, proprio perché la riflessione sui limiti e sul contenuto delle pene non è prioritaria.

Il paradigma promosso dalla cultura illuministica, invece, metteva al centro della progettazione di un nuovo sistema penale il contenuto delle pene. Il parametro di giustizia delle pene non era tanto quello della proporzionalità quanto quella della necessità della pena, di cui la proporzione al reato era solo uno dei suoi elementi. Nello sviluppo di un paradigma di maggiore capacita regolativa spicca l'opera di Beccaria.

Seguendo i passi di Montesquieu, Beccaria delinea un progetto di giustizia penale imperniato sul concetto di assoluta necessità. Si tratta di un paradigma originale, pragmatico e conforme al principio posto dai Lumi alla base del sistema punitivo: il principio di legalità formale e sostanziale. Beccaria si domanda quali pene e qual metodo di infliggerle deve esser prescelto. Non solo la natura della pena deve essere prestabilita legalmente in maniera tassativa, ma anche il metodo, cioè, il modo in cui si passerà dalla pena *minacciata* alla pena *reale*. Secondo la riflessione beccariana, "perché una pena sia giusta non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti"[135]. E, serbata la proporzione, bisogna prediligere le pene che fanno "una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo"[136]. Questo nuovo paradigma richiede che il contenuto di ogni singola pena sia prestabilito senza eccedere la soglia necessaria per svolgere lo scopo dissuasivo.

Sull'adeguamento della pena al reato Beccaria sostiene che l'ideale è che sia progettata una scala delle pene nella quale ciascuna abbia quel giusto grado d'intensità per prevenire un determinato reato, e che basta che il saggio legislatore non turbi l'ordine decretando ai delitti del primo grado le pene dell'ultimo[137].

Alla domanda "come punire?" l'Illuminismo penale risponde: infliggendo il male minimo necessario. È allora che nel dibattito sulla questione punitiva si inizia a discutere non *sulle* pene ma *delle* pene, di ogni pena per ogni reato. Di come fissare il loro contenuto afflittivo e come limitarlo. Di come riportare la comminazione legale, l'irrogazione giudiziaria e anche l'esecuzione delle pene al principio di legalità.

---

[135] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XXVIII p. 64.

[136] Ivi,cap. XII, p. 31.

[137] *Ibid*.

1.2.4. *Sub lege: il primato dei diritti individuali*

La fisionomia del potere è stata oggetto di riflessione da parte di molti studiosi, le cui idee riguardo alla pretesa legittimità di esso gravitano intorno alla prevalenza della forza o del consenso. Una linea di riflessione sulla *iustitia hominis* propone di spiegare dal basso la nascita dello Stato come autorità civile, sottolineandone l'aspetto convenzionalistico: mi riferisco al contrattualismo. In prima approssimazione, potremmo essere tentati di allineare i contrattualisti in un coro che all'unisono proclama il consenso come argomento a sostegno della legittimità del potere punitivo.

Jeremy Bentham[138], per esempio, in polemica contro la dottrina contrattualistica, riferisce che "autori rispettabili hanno sostenuto che le pene non potevano essere legittime se non in virtù di un precedente consenso da parte dei singoli [...]. Senza dubbio si può trovare qualche traccia di un patto del genere nelle forme di governo in cui il popolo è partecipe alla funzione legislativa, ma anche nelle democrazie questa idea del consenso il più delle volte altro non sarebbe che una finzione, tanto pericolosa quanto priva di fondamento. Ciò che giustifica la pena è la sua estrema utilità, o, per meglio dire, la sua necessità. I delinquenti sono nemici pubblici, c'è forse bisogno che dei nemici consentano ad essere disarmati e imprigionati?"[139].

Tuttavia, l'aderenza alla visione contrattualistica come paradigma di spiegazione razionale delle origini dell'autorità civile non sempre ha coinciso con la deduzione di una conseguente origine convenzionale del potere punitivo. Fra contrattualismo e fonte ultima di legittimità del potere punitivo nella preminenza del consenso sulla forza, non c'è un nesso univoco. E proprio questi due poli, prevalente forza o prevalente concordia, potrebbero efficacemente guidarci nel tentativo di classificare i contrattualisti che hanno ravvisato il crisma della legittimità del potere di punire nella prevalenza della legge del più forte, oppure nel carattere convenzionalistico delle regole di condotta e delle rispettive sanzioni.

---

[138] Sullo stato di natura, Bentham considera che debba essere riferito non a un periodo superato dell'intera umanità, ma a ogni individuo in particolare, che potrebbe trovarsi in una condizione di obbedienza o di governo e dunque di natura o politica: "the difference between the two states lies, as we have observed, in the habit of obedience. With respect then to a habit of obedience, it can neither be understood as subsisting in any person, nor as not subsisting in any person, but with reference to some other person. For one party to obey, there must be another party that is obeyed". Cfr. J. Bentham, *A fragment of government* (1891), The law book exchange, Union, New jersey 2001, p. 141.

[139] J. Bentham, *Teoria delle pene e delle ricompense* (1811), Rassegna della giustizia militare, Quaderni, Roma 1987, p. 50.

La prima rottura fra contrattualismo e origine convenzionale del potere punitivo lo troviamo proprio in Hobbes, capostipite della *lignée* contrattualistica. Nella sua concezione di Stato, il potere punitivo non ha un'origine convenzionale, bensì integralmente naturale. Il detentore del potere punitivo è il sovrano, ma non perché gli sia stato conferito tramite il patto sociale, ma perché il sovrano non entra a far parte del patto e quindi conserva lo *ius ad omnia*. Nonostante i contraenti del patto sociale abbiano alienato i loro diritti pre-politici, tranne quello alla vita, il sovrano, detentore della pur necessaria spada, potrebbe comminare perfino la morte come pena.

La seconda rottura fra dottrina contrattualistica e genealogia del potere punitivo si scorge nel pensiero di John Locke, che riconosce fra gli uomini il "potere esecutivo della legge naturale"[140]. Un terzo esempio dell'origine naturale del diritto di punire che fa degli uomini vindici dei torti, (evocando la figura primitiva del vindice del sangue), si può reperire in Filangieri:

> Questa era una società, i membri della quale non avevano ancora rinunciato alla loro naturale indipendenza, non avevano ancora depositata la loro forza tra le mani d'uno o più uomini, non avevano ancora affidata a questi la custodia de' loro diritti, non avevano ancora messo sotto la protezione delle leggi la loro vita, la loro roba, il loro onore. Questa era una società, io dico, nella quale ciascheduno era sovrano perché indipendente, magistrato perché custode ed interprete della legge che portava scolpita nel suo cuore, giudice finalmente perché arbitro de' litigi che nascevano tra lui e gli altri soci, e vindice de' torti che gli venivano fatti[141].

Hobbes, Locke e Filangieri, dunque, risalgono a un origine naturale del potere di punire. Per contro, secondo Rousseau e Beccaria il diritto di punire nasce una volta instaurato lo stato sociale.

Nel *Contrat social*[142] la potestà punitiva nasce come un sigillo al già esistente patto sociale, il quale "per non ridursi a un complesso di formule vane, include tacitamente il solo impegno capace di dar forza a tutti gli altri, e cioè che chiunque rifiuterà di obbedire alla

---

[140] J. Locke, *Trattato sul governo,* cit., cap. II, p.12.

[141] G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., p. 12.

[142] Cfr. R. Derathé, R.Ferrara, *Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Il mulino, Bologna 1993.

volontà generale vi sarà costretto dall'intero corpo"[143]. Anche per Beccaria lo stato sociale è nato prima del potere di punire, non il contrario. Di conseguenza, egli affronta prima la genealogia dello stato sociale e immediatamente dopo la genealogia del potere di punire.

Accostare Rousseau e Beccaria nell'elenco di coloro che non risalgono a un origine naturale della questione punitiva, però, non implica affatto istituire una linea di continuità fra il pensiero di entrambi gli autori. Nel *Contrat social* lo Stato è descritto come una "persona morale", le cui membra sono la totalità delle persone fisiche contraenti il patto sociale, la cui volontà generale, che si propone di soddisfare l'interesse comune, è espressa dal potere legislativo nelle leggi. Per Beccaria invece, è riprovevole l'agire di chi "sacrificando la cosa al nome divide il bene pubblico dal bene di tutti i particolari"[144], l'interesse generale, dunque, non esiste di per sé e non esiste nemmeno una volontà generale espressa unitariamente, ma la rappresentazione di essa tramite il potere legislativo.

Dario Ippolito, osserva che

> La differente formulazione di queste categorie è la spia di una profondissima discordanza filosofico-politica. Nel contrapporre la volontà generale alla volontà dei singoli individui, nel sacralizzarla come assiologicamente superiore alla volontà di tutti (in quanto registrata sull'utilità pubblica), nell'ipostatizzarla come volontà di un ente collettivo, personificato come "*io* comune", Rousseau abbandona le premesse individualistiche della dottrina del contratto sociale approdando a una concezione organicistica dello Stato, imperniata sulla metafora, ideologicamente reificata, del "corpo politico". Beccaria, per contro, pensa lo Stato esclusivamente come associazione politica e non riconosce la dignità di persona che agli individui in carne e ossa. La sua versione "secolarizzata" della nozione di volontà generale – del tutto refrattaria alle suggestioni della mistica etico-statalistica di Rousseau –, corrisponde al rifiuto della concezione olistica della società e al riconoscimento della centralità dell'uomo nell'ordine politico[145].

Il netto *clivage* che separa il contrattualismo di Rousseau da quello di Beccaria si manifesta nel riguardo verso il posto onorifico o meno attribuito all'individuo e nella riconosciuta o infirmata immunità dei suoi diritti:

> Dietro la tesi rousseauiana per cui la vita dell'individuo, dopo la formazione del corpo politico, si tramuta in un dono elargito *sub condicione* dalla persona pubblica ai singoli soggetti, c'è il paradigma filosofico di un

---

[143] J.J. Rousseau, *Il contrato sociale* (1762), in Id., *Scritti politici*, Laterza, Roma-Bari 1997, vol. I, cap. VII, p. 96.

[144] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XL, p. 95.

[145] D. Ippolito, *Contratto sociale e pena capitale: Beccaria vs. Rousseau*, in "Riv. int. di fil dir.", 2004, 4, p. 599.

contratto sociale che prescrive «l'alienazione totale di ciascun associato con tutti i suoi diritti alla comunità», che, «come corpo», accoglie «ogni membro come parte indivisibile del tutto». Una clausola fondamentale di tal fatta è quanto di meno accettabile possa essere concepito dal punto di vista dell'individuo beccariano, il quale, nel costituire l'associazione politica, acconsente di rinunciare soltanto a una porzione minima della propria libertà naturale in cambio della garanzia giuridica della massima libertà civile compatibile con la sicurezza collettiva[146].

Potremmo dire che anche Hobbes considera il tutto superiore alle parti, e in virtù di questa convinzione viene delineata un'idea di giustizia fondata sulla premessa che l'interesse generale sia superiore a quello individuale. La principale conseguenza sul sistema delle sanzioni è che fra le pene ritenute in qualche modo *giuste* potrebbe essere annoverata anche la pena di morte. Si può disporre anche della vita di un consociato per assicurare finalità fatte valere come superiori che riguardano la pace e la sicurezza di tutti. Dalla sua prospettiva, la società può avvalersi della forza per espellere o eliminare un individuo.

Fare appello alla dottrina contrattualistica, dunque, per argomentare la legittimità del potere, in genere, e del potere punitivo, in specie, come prodotto di una convenzione umana, non implica affatto la presa di posizione a favore della tutela dei diritti dell'individuo come ragion d'essere dell'autorità civile. La dottrina contrattualistica di per sé non determina una cornice limitativa dell'esercizio del diritto punitivo. Per quanto il contrattualismo sia una posizione a partire dalla quale si sono tratte importanti conclusioni sull'esercizio del potere, esso non definisce univocamente il rapporto autorità/individuo. L'aderenza a un'altra dottrina, invece, sarebbe in grado di farci capire la posizione che occupa l'individuo in relazione al detentore del potere: penso alla concezione organicistica, che ritiene il tutto superiore alle parti, o quella individualistica, che afferma il primato assiologico delle persone. La prima fa prevalere il *bene pubblico* in nome del quale impiegherebbe l'uso della forza contro l'individuo fino a toglierli perfino la vita. La seconda considera prevalente il bene di ciascun individuo, singolarmente considerato, la tutela dei cui diritti, primo fra tutti la vita, consiste al contempo nella ragion d'essere dell'esistenza dell'autorità pubblica e nel netto limite al suo operato.

La preferenza per la prima posizione implica esprimersi a favore di sistemi espansivi di diritto penale massimo nei quali ci sarebbe spazio per la teorizzazione del singolo come nemico contro cui lo Stato potrebbe muovere una guerra *giusta*. Prendere sul serio gli ob-

---

[146] **Ivi, p.** 600.

blighi che impone lo Stato costituzionale di diritto conduce a optare per la seconda opzione e ricavare nella dignità umana e nella tutela dei diritti dell'individuo i limiti invalicabili di un diritto penale minimo, all'interno di uno Stato strumentale alla soddisfazione e tutela dei diritti dei singoli. Fra i primi teorici della pena, saldo in questo secondo fronte, troviamo Cesare Beccaria.

1.3. *La giustizia penale come problema politico*

1.3.1. *Un diritto a misura d'uomo: la legalità penale in Beccaria*

Per Carrara risulta inaccettabile "l'elasticità perpetua del giure penale" e afferma che "cotesta idea è ormai reietta dalla scienza la quale si suiciderebbe accettandola"[147]. Chiama in causa Filangieri, ma prima aveva puntato il mirino contro i criteri di necessità e utilità nella ricerca del fondamento originario del giure penale, per cui al centro della polemica si trovano le idee di Cesare Beccaria, le cui orme avrebbe seguito su tanti altri aspetti, ma i cui passi si distinguono dai suoi soprattuto su questo versante.

Carrara, evidentemente, non accolse l'aperto invito consegnato da Beccaria: "consultiamo il cuore umano e in esso troveremo i principi del vero diritto del sovrano di punire i delitti, poiché non è da sperarsi alcun vantaggio durevole della politica morale se ella non sia fondata su i sentimenti indelebili dell'uomo"[148]. Anche Beccaria, dunque, decise di volgere lo sguardo verso l'uomo, ravvisando la ragion d'essere del potere di punire nell'acquisita consapevolezza della *necessità* di porre ordine agli inevitabili conflitti fra gli individui tramite la stipulazione di norme munite di sanzioni dissuasive:

> Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà, egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto[149].

---

[147] F. Carrara, *Prolegomeni* al *Programma,* cit., p. 49.

[148] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. II, p. 12.

[149] Ivi, p. 13.

Con questo ragionamento, Cesare Beccaria ha spodestato dal trono della legittimità dell'esistenza del diritto penale gli argomenti di origine divina, rappresentandolo come una questione umana. Il nucleo della legittimità, viene disancorato da riferimenti sacri e da criteri oggettivi di giustizia. Il brano citato, in effetti, prosegue così:

E per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl' interessi particolari, che senz' esso si scioglierebbono nell'antico stato d'insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura. Bisogna guardarsi di non attaccare a questa parola giustizia l'idea di qualche cosa di reale, come di una forza fisica, o di un essere esistente; ella è una semplice maniera di concepire degli uomini, maniera che influisce infinitamente sulla felicità di ciascuno; nemmeno intendo quell'altra sorta di giustizia che è emanata da Dio e che ha i suoi immediati rapporti colle pene e ricompense della vita avvenire[150].

Questa svolta è davvero singolare e coraggiosa. Quando scriveva il giovane Beccaria, la giustizia era concepita prevalentemente come un qualcosa di reale, appunto, in accordo con i dogmi della dottrina dominante, il giusnaturalismo. In effetti, l'avvertenza di Beccaria, che ci mette in guardia rispetto all'approccio all'idea della giustizia come qualcosa di reale, si pone in termini opposti a quelli di Montesquieu. Nell'opera di colui che l'aveva tanto ispirato, si ritrova una rappresentazione piuttosto oggettiva della giustizia. In particolare, in quell'opera a Beccaria tanto cara, si legge che "la giustizia è eterna e non dipende dalle convenzioni umane"[151].

1.3.2. *Genesi della potestà punitiva*

Beccaria approda a una concezione tutta umana della giustizia in cui spiega così la genesi della potestà punitiva:

Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità. La somma di tutte queste porzioni di libertà sacrificate al bene di ciascheduno forma la sovranità di una nazione, ed il sovrano è il legittimo depositario ed amministratore di quelle; ma non bastava il formare questo deposito, bisognava difenderlo dalle

---

[150] *Ibid.*

[151] Cfr. Montesquieu, *Lettere persiane*, cit., Lettera LXXXIII p. 175-176.

private usurpazioni di ciascun uomo in particolare, il quale cerca di togliere dal deposito non solo la propria porzione, ma usurparsi ancora quella degli altri. Vi volevano dei motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società. Questi motivi sensibili sono le pene stabilite contro agl' infrattori delle leggi. [….] Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti, sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari[152].

Sono state avanzate diverse ipotesi per chiarire in cosa consiste, nella dottrina beccariana, la porzione di libertà sacrificata dagli uomini. Secondo coloro che sentono nella sua opera il riverbero del pensiero lockiano, quelle porzioni di libertà corrisponderebbero al potere naturale di punire. Secondo Giovanni Francioni, «è evidente lo scopo dell'esordio contrattualistico dei *Delitti*, rimarcare che la libertà degli individui riuniti in società, pur con la limitazione che deriva dalla cessione di quella "minima porzione possibile" che corrisponde al potere individuale di vendicare le offese, resta garantita dalla legge di natura, e che tutti i diritti che naturalmente l'individuo possiede devono essere conservati – con l'eccezione, appunto, del diritto di punire – nello stato sociale»[153].

Ippolito, però, fa notare che "né il nitore concettuale, né l'architettura lineare delle grandi teorizzazioni contrattualistiche della politica moderna si ritrovano in questa pagina dei *Delitti*. A differenza di Hobbes, Locke e Rousseau, Beccaria lascia nell'indeterminatezza il contenuto del patto, i contraenti rinunciano a una parte della loro libertà al fine di assicurarsi la difesa della parte rimanente. Per poter attribuire un significato definito a questa *Grundklausel*, sarebbe necessario capire in cosa consista la parte di libertà ceduta e in cosa consista la parte di libertà che dal contratto esce consolidata. Beccaria, però, non lo chiarisce"[154].

Per colmare questo *deficit* semantico Ippolito segue un altro itinerario. Si appoggia su un'interpretazione dell'opera di Beccaria, che, nella consapevolezza della sua sorprendente unicità, è fedele soprattuto a Beccaria stesso; e giunge a precisare che

---

[152] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* cit., cap. I, p. 11.

[153] G. Francioni, *Beccaria, filosofo utilitarista,* in aa.vv., Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa: Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano, Cariplo-Laterza, Milano-Roma-Bari 1990, p. 75.

[154] D. Ippolito, *Contratto sociale e pena capitale: Beccaria vs. Rousseau*, cit., p. 606.

la parte di libertà ceduta, evidentemente, non consiste nel potere naturale di castigare. Una conferma lampante di questa constatazione si trova nella concezione beccariana del «fondamento» del «diritto del sovrano di punire i delitti». A differenza di quanto accade nella costruzione contrattualistica del *Second Treatise*, esso non è individuato nell'alienazione del «potere individuale di vendicare le offese», bensì nella «necessità», una necessità che nasce con la società politica, la «necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari»[155].

Rispetto al contenuto della porzione di libertà ceduta, si tratterebbe di "una piccolissima parte", "quella polemogena, la cui conservazione impedirebbe l'approdo alla società civile e il raggiungimento della sicurezza individuale. Pertanto essi [gli uomini] acconsentono a stabilire soltanto i divieti finalizzati a rendere la libertà di ciascuno compatibile con quella degli altri, riconoscendo la necessità di garantire l'osservanza di quei divieti attraverso le sanzioni penali[156].

La precisazione era opportuna. Soprattuto tenendo conto del fatto che Beccaria non avrebbe lasciato poi così impregiudicato il confine delle minime porzione di libertà cedute. Nel capitolo 42 di *Dei delitti e delle pene*, intitolato *Delle scienze*, dove Beccaria riprende in mano l'analisi condotta sui prodromi del patto sociale[157], esordisce con la domanda "Volete prevenire i delitti?", alla quale risponde con una professione di fede illuministica: "fate che i lumi accompagnino la libertà". "In faccia ai lumi sparsi con profusione nella nazione - prosegue nel suo inno alla *philosophie* - tace la calunniosa ignoranza e trema l'autorità disarmata di ragioni rimanendo immobile la vigorosa forza delle leggi"[158]. Poi giunge finalmente a determinare la porzione di libertà sacrificata:

---

[155] **Ivi, p.** 607.

[156] "Uscire dalla precarietà dello stato di natura; assicurarsi il godimento della propria libertà fissando i confini oltre i quali non può spingersi l'esercizio delle facoltà di ciascuno; regolare le azioni per impedire le sopraffazioni, è a questo che mirano gli uomini concordando di assoggettarsi all'eteronomia del potere politico. Lo fanno guardando a sé stessi, calcolando il proprio utile, cercando di ottenere il massimo profitto con la minima spesa. Sanno di dover rinunciare a una porzione della loro libertà naturale, ma non sono disposti a sacrificarne che a una piccolissima parte, quella polemogena, la cui conservazione impedirebbe l'approdo alla società civile e il raggiungimento della sicurezza individuale. Pertanto essi acconsentono a stabilire soltanto i divieti finalizzati a rendere la libertà di ciascuno compatibile con quella degli altri, riconoscendo la necessità di garantire l'osservanza di quei divieti attraverso le sanzioni penali". Ivi, p. 615.

[157] "La moltiplicazione dell'uman genere sulla faccia della terra introdusse la guerra, le arti piú rozze, le prime leggi, che erano patti momentanei che nascevano colla necessità e con essa perivano. Questa fu la prima filosofia degli uomini, i di cui pochi elementi erano giusti, perché la loro indolenza e poca sagacità gli preservava dall'errore. Ma i bisogni si moltiplicavano sempre piú col moltiplicarsi degli uomini. Erano dunque necessarie impressioni piú forti e piú durevoli che gli distogliessero dai replicati ritorni nel primo stato d'insociabilità, che si rendeva sempre piú funesto". C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLII, p. 98.

[158] *Ibid.*

Perché non vi é uomo illuminato che non ami i pubblici chiari ed utili patti della comune sicurezza, paragonando il poco di inutile libertà da lui sacrificata alla somma di tutte le libertà sacrificate dagli altri uomini, che senza le leggi potevano divenire cospiranti contro di lui. Chiunque ha un'anima sensibile gettando uno sguardo su di un codice di leggi ben fatte e trovando di non aver perduto che la funesta libertà di far male altrui sarà costretto a benedire il trono e chi lo occupa[159].

L'inutile libertà di far male altrui, dunque, sarebbe la risposta dello stesso Beccaria rispetto a l'entità della porzione di libertà sacrificata. Il ragionamento complessivo di Beccaria contiene le tracce di una tesi garantista posta come limite alla potestà punitiva.

1.3.3. *Limiti della potestà punitiva*

La formula è paragonabile a una celebre massima di John Stuart Mill. Entrambe, infatti, presuppongono la totale autonomia dell'individuo e di conseguenza l'immunità nella sfera privata da interferenze provenienti dalla pubblica autorità, finché la propria condotta non rechi danni a terzi; e al contempo presuppongono che il danno a terzi sia l'unico fattore legittimante dell'intervento del potere pubblico per costringere la volontà del singolo: "L'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi; il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri"[160].

Le domande sorgono spontanee. Sulla frase di Mill verrebbe naturale chiedersi cosa si intende per danno? E su quella di Beccaria, cosa si intende per far male? Ammesso che le formule siano paragonabili, allora anche a Beccaria potrebbe essere rivolta la critica diretta a Mill di aver costruito un ragionamento che si aggira nel vuoto. In verità, sia l'una che l'altra fanno riferimento al danno, o al male, non in senso assoluto, ma circoscritto al danno o al male ingiustificato in quanto di non necessaria commissione, e che esorbita il legit-

---

[159] *Ibid.*

[160] Il discorso di Mill prosegue così: "Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell'opinione altrui, è opportuno perfino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporta diversamente. Perché la costrizione o la punizione siano giustificate, l'azione da cui si desidera distoglierlo deve essere intesa a causar danno a qualcun altro. Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve render conto alla società è quello riguardante gli altri : per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano". J. S. Mill, *Saggio sulla libertà* (1858), Il saggiatore, Milano 2009, p. 28.

timo esercizio della propria libertà per sconfinare nelle terre dell'arbitrio. Continua ad essere insoddisfacente questa delimitazione, ma per fortuna il fulcro del contributo di Beccaria e di Mill è innanzitutto un altro: precludere, cioè, come argomento a favore dell'esercizio coattivo del potere pubblico le motivazioni fondate sulla pretesa di procurare un bene al destinatario dell'intervento. Gli interventi coercitivi si considerano legittimi soltanto se rivolti ad evitare un danno. In effetti l'epilogo del brano di Mill è mirabile: "Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente"[161].

L'autorità pubblica sarebbe legittimata a imporsi coattivamente sugli individui soltanto per evitare danni a terzi[162]. E questo limite alla manifestazione del potere punitivo emerge con nettezza dall'opera di Beccaria. Il padre del diritto penale moderno era consapevole delle impellenti passioni che scaturiscono dal cuore umano, non rasserenate col passaggio allo stato civile; anzi dichiara che "vi è una differenza dallo stato di società allo stato di natura, che l'uomo selvaggio non fa danno altrui che quanto basta per far bene a sé stesso, ma l'uomo sociabile è qualche volta mosso dalle male leggi a offender altri senza fare bene a sé"[163]. Questa ed altre considerazioni sulla capacità dell'uomo di esprimersi in modo violento consentono di parlare di un pessimismo antropologico in Beccaria. A riguardo, uno dei più grandi studiosi della sua opera, Philippe Audegean, sostiene che:

> lungi dal rendere necessario, dunque legittimo, un potere senza limiti, il pessimismo antropologico di Beccaria prescrive una drastica contrazione dei limiti del potere. Infatti, se a condurre al contratto sociale non fu una libera, razionale definizione del bene pubblico, ma una rinuncia coatta ispirata dal timore, una formazione di compromesso per sfuggire alla guerra di tutti contro tutti; se gli uomini hanno acconsentito all'autorità con la morte nel cuore, si deve concludere che essi non abbiano accettato di compiere che il più piccolo sacrificio, concedendo cioè al sovrano il minimo potere possibile: «fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile»[164].

---

[161] *Ibid.*

[162] In modo analogo anche Ferrajoli: "lo Stato [...] non ha il diritto di costringere i cittadini a non essere malvagi ma solo di impedire che essi si nuocciano tra loro". Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 251-263.

[163] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XL, p. 94.

[164] *Ibid.*

L'esempio paradigmatico di potere che si esercita in modo coercitivo è il potere punitivo, la cui esistenza si considera legittima non in quanto *razionale definizione del bene pubblico*, ma in quanto mezzo di fuga dalla violenza sregolata. E fra le sue ragioni non dovrebbe essere invocata quella di fare del bene agli individui, ma contenere la violenza. La pena, in quanto limitativa dei diritti dell'individuo, anche se fosse soltanto per il suo esprimersi in modo coattivo resta un male, e sarebbe ipocrita cercare di abbellire il discorso punitivo giustificandolo come portatore di un bene per il destinatario della pena. Invece, nell'elaborazione concettuale sulla ragion d'essere del sistema punitivo e della pena, sono state avanzate teorie che spacciano le sue acque come salutifere, il suo terreno come fiorito e i suoi frutti come appetibili, in quanto in grado, non di contenere un male, ma di procurare un bene.

Sul perennemente infecondo e vasto terreno della questione punitiva, Beccaria visualizza il minaccioso pericolo della violenza, pronto ad occupare ogni spazio. Nel suo progetto riformista, questo terreno, però, può e deve essere bonificato con gli strumenti della legalità e limitato da confini invalicabili posti dalla tutela dei diritti dell'uomo. La bellezza e originalità del progetto di Beccaria sta anche nel fatto che non c'è nessun tentativo da parte dell'autore di far passare questo terreno come propizio a fiorire, a consegnare alla società qualcosa supponendo che prima non ce l'avesse: un individuo rieducato, reinserito socialmente, migliorato. Non si attribuisce al diritto penale il compito di estirpare i mali della terra per non condurre la scienza penale alla idolatria del terrore, e il popolo alla fede nel carnefice. L'attenzione non si posa su quello che l'individuo è, ma su quello che fa. Il bersaglio non è la malvagità[165] né la devianza, ma la violenza: "Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata ai delitti, dettata dalle leggi"[166].

La parola d'ordine è legalità. Anche Locke ha ravvisato nella legge uno strumento contro la violenza: "là dove non c'è legge non c'è libertà, perché la libertà consiste nell'esser

---

[165] Beccaria precisa che il luogo della pena è l luogo del delitto poiché "uno scellerato, ma che non ha rotto i patti di una società di cui non era membro, può essere temuto […] ma non punito colle formalità delle leggi vindici dei patti non della malizia intrinseca delle azioni. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XXIX, p. 72.

[166] Ivi., cap. XLVII, p. 104.

libero dalla repressione e violenza di altri, il che che non può essere ove non c'è legge"[167]. L'opera garantista viene edificata per sottrarre e conquistare definitivamente gli spazi occupati dalla violenza e stabilire al posto suo la legalità e la tutela dei diritti di tutti. E la violenza che si vuole sconfiggere non si incarna nel delitto. Si tratta della violenza dell'uomo, dell'uomo che delinque, ma anche, e per Beccaria soprattutto dell'uomo che punisce.

Beccaria ridimensiona i contorni della giustizia che interessa a chi si occupa della questione punitiva, aggettivandola con umano e civile appellativo, non delineandola più come ordinamento reale, costante e preesistente agli individui. Gli uomini, stanchi dello stato di incertezza e precarietà in cui vivevano, si impegnarono ad uscirne e videro la nascita della giustizia. In questa cornice con confini chiaramente delimitati, la pena è spogliata dal manto di legittimità tessuto abilmente con i fili del voler di Dio e della continuità con una millenaria tradizione. La giustizia penale è un prodotto umano e, allora, può essere oggetto di riflessione critica: il sistema delle pene può essere ripensato.

Presupposto di questo nuovo modo di affrontare la questione punitiva è la concezione strumentale dello Stato, a cui è precluso invocare la tutela di presunti diritti propri poiché la sua ragion d'essere è la tutela dei diritti individuali, e per limitarli non basterà più invocare un'astratta e assoluta giustizia che prescinde dalla considerazione del destinatario della sanzione. Chi vorrà ancora difendere la legittimità del potere punitivo o di una specifica pena, dovrà farlo riconoscendo che gli uomini hanno diritti individuali che lo Stato è chiamato innanzitutto a tutelare. La limitazione dell'esercizio dei diritti non può essere *ingiusta*, cioè in contrasto con i più alti canoni di legittimità dell'intervento pubblico, né *inutile,* cioè immotivata o irrazionale, ma dovrà essere argomentata la sua assoluta *necessità*, facendo i conti col livello di civiltà raggiunto.

Da questa prospettiva, ipotesi come quella del potere punitivo legittimo a prescindere o del magistrato pronto a sfoderare la spada, o che incarna egli stesso la spada, non hanno nessun spazio. La solita allegoria della spada, che consapevolmente voleva incutere il fondato timore di veder sacrificata la nostra integrità fisica o la nostra vita sull'altare del potere punitivo, scompare nella visione beccariana della questione punitiva. Non si avalla la metonimia sulla spada; anzi, la parola spada è assente in *Dei delitti e delle pene*. E non c'è

---

[167] J. Locke, *Trattato sul governo,* cit., cap. VI, p. 43.

posto nemmeno per una dea della giustizia per cui ogni sforzo di risalire a una pena giusta in sé sarebbe vano. Il grande Massimo Pavarini con grande lucidità fa notare che :

dal momento in cui la pena si è dovuta «emancipare» dal «castigo divino» è stata perennemente minacciata dal rischio di venire «svelata» per quello che contingentemente è dietro la finzione di ciò che vuole far credere di essere. Fino a quando essa ha potuto offrirsi come «pena giusta» ha potuto reggere imperturbata alla *critica dei fini*; ma se essa si offre come «pena utile», se il fine si smaschera come irraggiungibile o come falso o come «inconfessabile», la pena non è più in grado di giustificarsi, deve mostrarsi per quello che effettivamente è, cioè qualche cosa di improponibile, perché privo di ragione[168].

Quello che ha fatto Beccaria è inaugurare un modo di affrontare la questione punitiva in cui sono chiari i suoi limiti perché altrimenti "non v'è più speranza di ragionar bene"[169]; un nuovo approccio in cui, finalmente, non si tratta di indirizzare gli sforzi verso la giustificazione dell'astratta istituzione della pena elaborando un discorso *sulla pena*, ma si tratta di discutere *delle pene*, di ogni pena, e prima ancora dei criteri per cui dovrebbe considerarsi legittimo il potere di infliggere pene. Da allora fu possibile smascherare quello che la pena è, solitamente nascosto dietro un'apposita ma precaria veste di legittimità. Nel modo beccariano di ragionare, ai postulati di giustizia umana sono affiancati parametri in grado di essere più agevolmente verificabili ed eventualmente confutabili. In questa prospettiva c'è campo perfino per la visione abolizionistica del potere punitivo o di una pena in particolare. La questione punitiva, in ultima analisi, è una questione politica:

quando il giurista accetta che il diritto penale è politico, - ha scritto Zaffaroni - non può continuare ad essere l'esegeta o il costruttore di deduzioni razionalizzanti, ma colui che progetta l'esercizio di un potere, un uomo che lotta. Al giurista la scelta di decidere se generare un discorso al servizio del potere [...], razionalizzandolo come discorso funzionale a un supposto "sistema", o se produrre un discorso [...] al servizio della persona umana[170].

---

[168] M. Pavarini, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto. Verso una pena senza scopo,* cit. p. 3.

[169] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., *A chi legge*, p. 6.

[170] E.R. Zaffaroni, *En busqueda de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal,* Ediar, Buenos Aires 1989, p. 215.

Capitolo II. La questione punitiva

2.1. *Finalità e limiti della pena*

2.1.1. *Lo scopo come limite del potere punitivo*

Il rapporto fra diritto e forza è molto complesso, soprattutto in ambito penale. Per secoli l'archetipo della pena giusta era la pena che riusciva a esprimersi con tanta forza quanto quella del delitto. Questo è solo uno dei molteplici criteri storici di giustizia delle pene. Esso, però, riguarda un elemento tipico nella raffigurazione della punizione: la forza. Elemento, questo, che non è escluso dal campo del diritto. Lo si può limitare, controllare attraverso il monopolio statale, ma non eliminare. Beccaria stesso nel capitolo del suo capolavoro dedicato al *Diritto di punire*, dopo aver contrapposto sia abuso e giustizia che fatto e diritto, non contrappone, invece, i concetti di forza e diritto: "osservate che la parola diritto non è contraddittoria alla parola forza, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero"[1].

Jhering, per il quale l'aspetto rilevante della genesi del diritto è "l'autolimitazione della forza", sostiene che

> la forza genera il diritto, qualora essa si accompagni a conoscenza e autocontrollo. Il diritto appare ai miei occhi solo come la forza divenuta consapevole del proprio vantaggio e con ciò della necessità della limitazione, non quindi qualcosa di essenzialmente differente da quest'ultima, bensì solo una manifestazione della medesima: la forza giusta, esatta, in quanto legata a norme, e perciò disciplinata, in contrapposizione alla forza selvaggia, rozza, perché determinata solo dal momentaneo vantaggio[2].

Per alcuni autori la storia del diritto penale è segnata proprio dalla ricerca di quella forza giusta, esatta e disciplinata. Per altri il potere punitivo non è altro che un'espressione della forza selvaggia, rozza e cieca. Per i primi la pena si pone come negazione della vendetta, per i secondi si pone in linea di continuità con essa. Il punto d'accordo fra entrambi i grup-

---

[1] R. V. Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1884), a cura di M.G. Losano, Argano, Torino 1972, p. 232-238.

[2] Ivi, p. 184.

pi di autori è che la punizione si serve dell'uso della forza. Questo aspetto è messo in rilievo dal più grande teorico del primo Novecento, Hans Kelsen, per il quale l'ordinamento giuridico è proprio l'organizzazione della forza: "l'atto stabilito dall'ordinamento come conseguenza di un atto considerato socialmente dannoso deve essere eseguito anche contro la volontà del destinatario e, in caso di resistenza, con l'uso della forza fisica"[3].

I criteri di giustizia cambiano col passare del tempo, e richiedono la diminuzione o l'aumento della forza della punizione, ma la necessità del suo impiego è un elemento piuttosto costante. In questa dinamica tra forza e diritto penale, secondo Von Liszt c'è un'aspetto in grado di tramutare la forza istintiva in reazione giuridica: l'idea dello scopo della pena.

> La pena [...] muta poco a poco il proprio carattere. La sua *obiettivazione*, vale a dire il passaggio della reazione dalle mani di persone direttamente interessate a quelle di persone non interessate, cioè di organi sereni ed imparziali nel loro giudizio, rende possibile l'obiettiva valutazione degli effetti della pena [...] dominata dall'idea dello scopo, la pena si trasforma da forza punitiva in diritto penale[4].

"È la pena, intesa come retribuzione, conseguenza logicamente necessaria del reato, oppure quale manifestazione della tutela accordata a beni giuridici? È essa creazione coscientemente giustificata e funzione consapevolmente finalizzata della società attuale?"[5]. Sono queste alcune delle domante formulate da Von Liszt. Egli riteneva che il tema dello scopo della pena non potesse continuare ad essere trattato nei termini di un confronto fra la Scuola classica e la Scuola positiva, dato che "nella risposta ad ognuno di questi interrogativi vivono i problemi relativi alla delimitazione di quelle azioni cui lo Stato ricollega la minaccia di una pena e il criterio per stabilire contenuto ed estensione della medesima"[6]. In questo modo si stabilisce che il parametro per fissare il contenuto delle pene è proprio lo scopo ad esse attributo.

---

[3] Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di comunità, Milano 1965, pp. 28-29 .

[4] F. Von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale,* cit., p. 10.

[5] Ivi, p. 5.

[6] *Ibid*.

Definita in questo modo l'importanza del tema, l'autore afferma che "si illudevano quindi coloro che […] credettero di poter bandire la discussione di codesti problemi dai manuale di diritto penale. Non si potrà infatti comprendere la storia del diritto penale né apprezzare il diritto positivo, né individuare le linee della sua ulteriore evoluzione, qualora i meccanismi propulsori di ogni sviluppo del diritto penale medesimo abbiano a rimaner nascosti"[7].

Per Von Liszt il motore del diritto penale è lo scopo assegnato alla pena, ed "è propio l'idea dello scopo che distingue l'azione dominata dall'istinto da quella diretta dalla volontà"[8].

Nel suo celebre saggio *L'età dei diritti*, Norberto Bobbio descrive l'uomo come "un animale teleologico, che agisce generalmente in vista di fini proiettati verso il futuro"[9]. "Solo tenendo conto del fine di un'azione se ne può capire il "senso" - scrisse Bobbio - La prospettiva di filosofia della storia rappresenta la trasposizione di questa interpretazione finalistica dall'azione dell'individuo singolo all'umanità nel suo complesso, come se l'umanità fosse un individuo in grande cui attribuiamo le caratteristiche dell'individuo in piccolo"[10]. Bobbio mette in evidenzia che questa lettura degli eventi storici come diretti a un fine, a un *telos*, implica che "gli eventi cessano di essere dati di fatto da descrivere, da raccontare, da allineare nel tempo, eventualmente da spiegare [...], ma diventano *segni* e *indizi* rivelatori di un processo, non necessariamente intenzionale, verso una direzione prestabilita"[11].

Questa trasposizione è stata operata rispetto al divenire storico del diritto penale, dall'antichità all'età moderna. Secondo Von Liszt, ci sono, appunto, *segni* e *indizi* importanti che mostrano che fin dai primi tempi la reazione al delitto era una vicenda sociale:

> la pena primitiva, come estrinsecazione dell'istinto di conservazione della specie, sia pure soltanto indiretto, deve già dall'inizio rivestire carattere sociale, deve cioè presentarsi come reazione della società contro azioni lesive dirette contro la società stessa. Come il *bellum omnium contra omnes*, quale stato originario dell'umanità, è esistito soltanto nell'antistorica speculazione del pas-

---

[7] Ivi, p. 6.

[8] F. Von Liszt, *Op. cit*., p. 29.

[9] N. Bobbio, *L'età dei diritti,* in Id. *Etica e politica*, cit*.,* p. 1170.

[10] I*bid.*

[11] *Ibid*.

sato, così mai si è avuta nella storia dell'umanità una vendetta privata priva di ogni elemento sociale [...] La prima forma delle pene primitive, la vendetta gentilizia, non è vendetta privata, bensì vendetta della famiglia o della stirpe[12].

Nell'analisi di Liszt, è proprio con l'individuazione dello scopo della pena che si ambisce a razionalizzare e giuridicizzare le ragioni del sistema punitivo per abbandonare la passione smisurata della vendetta. Il problema, pero, è che bisogna riconoscere che "la pena non è [...] un ritrovato dell'ingegno umano, quasi il prodotto di un aritmetica di Stato. Essa non è frutto di un'elaborazione concettuale basata sull'idea dello scopo, ma ha fatto il proprio ingresso nella storia dell'umana civiltà indipendentemente da quella, anzi precedendola"[13]. Egli, però, confida nel fatto che, anche se la pena è nata come reazione istintiva di fronte al reato e dunque nelle sue manifestazioni primarie era priva di un *telos*, si possa rompere la catena che originariamente lega la vendetta alla pena. E per farlo occorre che a questa siano attribuite finalità distinte da quella vendicativa. La tematica del fine della pena, però, è lo scenario della questione punitiva nel quale sono state scatenate fantasticherie fondate sui concetti più astrusi. Lo spettacolo dei supplizi invocava sciagurate idee a sostegno. Carrara ne riporta un incredibile esempio quando riferisce che Thomasius propugnava l'infamia irrogata ai morti perché emendatrice dei vivi[14].

Fiumi di inchiostro sono stati versati sulla tematica del fine della pena, solitamente contrapponendo, da un lato, l'invocazione di criteri di giustizia per l'inflizione delle pene, e dall'altro, gli effetti socialmente utili attribuiti alla pena. Tale contrapposizione scolastica è presente in ogni manuale di studio della questione punitiva. In *Diritto e ragione*, Luigi Ferrajoli, sostiene che le dottrine della pena che chiama giustificazionistiche, per contrasto con quelle abolizionistiche, "si possono dividere in due grandi categorie: le teorie cosiddette *assolute* e quelle cosiddette *relative*. Sono teorie «assolute» tutte le dottrine retributive mistiche che concepiscono la pena come *fine* a se stessa [...]. Sono invece teorie «relative»

---

[12] F. Von Liszt, *Op. cit.,* p. 19.

[13] F. Von Liszt, *Op. cit*., p. 15.

[14] "Su questo ultimo proposito osservo Thomasio, che la infamia irrogata ai vivi era da rigettassi, perché ostativa alla emenda: mentre era da accettarsi la infamia irrogata ai morti, perché emendatrice dei vivi". Cfr, F. Carrara, *Programma,* cit. § 686, p. 458.

tutte le dottrine *utilitaristiche* che considerano e giustificano la pena come un *mezzo* per la realizzazione del fine utilitario della prevenzione di futuri delitti"[15].

Autori come Binding affrontano la questione assumendo la prospettiva della scuola alla quale appartengono e screditando lo schieramento opposto:

> Con il dissolversi della concezione giusnaturalistica dello Stato, fu decisa contemporaneamente la vittoria, riconquistata molto di recente, delle teorie assolute sulle relative. E a buon diritto! Poiché, con tutta la stima per l'acume e per i nobili intendimenti che possono contraddistinguere più d'uno tra i seguaci delle diverse teorie, non ci si può certo nascondere l'inconsistenza delle medesime sotto il profilo scientifico. Secondo queste, infatti, il delitto non costituirebbe il fondamento, ma soltanto il necessario presupposto della pena[16].

Binding rinveniva nel delitto il vero fondamento della pena e non riteneva necessario l'approfondimento sulle ragioni dell'atto di punire oltre al dato empirico di essere stato commesso un reato. E sulle teorie relative concludeva che "una teoria di tal fatta non può esigere oltre che un posto le aspetti nella nostra scienza"[17]. Non c'è spazio per tutti nella *scienza del diritto penale.* E ogni schieramento vuole screditare le altrui posizioni sul piano *scientifico*.

Von Liszt, invece, dichiara di non voler difendere a oltranza nessuno dei due schieramenti nei soliti termini in cui era posta la questione e che la sua posizione "assume un atteggiamento critico nei confronti delle teorie relative, in quanto riconosce alla pena l'origine del tutto indipendente dall'idea dello scopo, e perciò assoluta; ma parimenti si pone contro le teorie assolute, indicando l'ulteriore sviluppo attraverso l'*idea dello scopo* come risultato dell'evoluzione a tutt'oggi avvenuta e ponendo tale procedimento quale esigenza del futuro"[18].

Oltre a chiarire l'importanza dell'individuazione dello scopo del punire c'è un aspetto fondamentale nella lettura storica che fa Von Liszt sulla trasformazione della pena da reazione istintiva a reazione giuridica orientata a scopi, cioè che "dal principio metafisico della pena, che tutte le teorie assolute eleggono a loro fondamento, non si può dedurre un va-

---

[15] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit. p. 239. Corsivo presente nel testo.

[16] Cit. in F. Von Liszt, *Op. cit*., p. 7.

[17] *Ibid.*

[18] F. Von Liszt, *Op. cit.,* p. 11.

lido criterio per la misura della pena", il quale dovrà necessariamente essere essere individuato seguendo il metodo positivista, con l'aiuto, cioè, della statistica, dell'antropologia criminale e della sociologia. Lo scopo dunque è un aspetto centrale della teoria della pena destinato, però, a non rimanere cristallizzato in astratto, come aveva sostenuto la scuola classica, ma ad essere diversificato nella sua applicazione a seconda delle esigenze del caso concreto. Esso dovrà variare in base alla tipologia del delinquente: risocializzazione per i "principianti della carriera al delitto", intimidazione per i delinquenti occasionali, neutralizzazione per gli irrecuperabili[19].

Secondo Von Liszt, "è l'idea dello scopo che [...] determina i limiti" della pena. E l'allontanamento dalla cieca passione vendicatrice comporta un progresso che investe "il contenuto ed i limiti della stessa"[20]:

> possiamo così riassumere il risultato della nostra indagine: attraverso un processo di autolimitazione, la forza punitiva è diventata diritto penale (*ius puniendi*), attraverso la ricezione dell'idea dello scopo la cieca e sfrenata reazione si è trasformata in pena giuridica e l'azione dominata dall'istinto è divenuta azione controllata dalla volontà. La potestà dello Stato ha impugnato la spada della Giustizia per tutelare l'ordinamento giuridico contro lo scellerato che vi si ribella[21].

Lo scopo assegnato alla pena, tuttavia, può implicare sia un limite che un allargamento dei confini del diritto penale. Dipende da quale sia la rappresentazione della giustizia e quali le regole d'uso della spada che regge in mano.

Ciò che più preme al criminalista austriaco è screditare le indagini filosofiche rispetto alla finalità delle pene. Rispetto alla domanda "Qual è la causa di questa reazione istintiva, e perciò stesso necessaria, contro il delitto?"[22] afferma: "chi vuol cercare risposta a codesto interrogativo è libero di farlo [...] poiché l'espurgazione del fatto, in qualunque modo si articoli, non intacca l'effettiva esistenza del fatto stesso; e questa è la sola cosa che mi inte-

---

[19] Cfr. N. Finzsch, e R. Jütte, *The History of ideas and its significance for the Prison System*, in, *Institutions of confinement. Hospitals, Asylums, and Prisons in Western Europe and North America, 1500-1959*, Cambridge University Press, Cambridge 1966, pp.183-185.

[20] F. Von Liszt, *Op. cit.,* p.10 - 11.

[21] Ivi, p. 33.

[22] Ivi, pp. 10-11.

ressa. Solo questo però non deve essere dimenticato: la scienza finisce là dove la metafisica inizia"[23].

La conclusione alla quale arriva, declassando come *metafisiche* le indagini sul fondamento del potere punitivo, è che questo tipo di indagine si colloca in un campo diverso da quello che si può ritenere scientifico: "La scienza del diritto penale non assume posizione ostile, e nemmeno in sé negativa, nei confronti della spiegazione metafisica della pena; essa deve però considerare tutti questi tentativi come qualcosa di estraneo alla propria natura, e quindi allontanarli dal proprio terreno"[24].

La riflessione sul fondamento del potere punitivo di matrice illuministica ha svolto il compito fondamentale di sottoporre a disanima gli argomenti patriarcali e di autotutela del principe; di delineare i limiti del potere per confinare il suo esercizio soltanto all'ambito considerato legittimo - l'unico in cui il potere potrebbe vantare un titolo per operare - e di progettare contro-poteri come argine di fronte all'abuso. Nel primo novecento, i giuristi che ambivano a una scienza penale pura si sollevavano contro gli studi sulla giustificazione del potere punitivo inaugurando la stagione del metodo tecnico-giuridico, che volle accantonare le indagini sul fondamento del diritto di punire. Queste furono deprecate da Manzini: declassate a vana retorica posta all'inizio dell'esposizione del pensiero di un autore come inutile antipasto nell'attesa della portata più consistente, cioè i riferimenti alle disposizioni del diritto positivo[25].

Effettuato il divorzio fra la scienza penale e la riflessione sulla sua legittimità, la parola fondamento non trovava posto: suonava propria di una cupa retorica filosofeggiante, non di una disciplina scientifico. Invece si fece posto per il termine scopo, più adatto alle ricerche scientifiche. I livelli del discorso si sono sovrapposti al punto di "respingere ogni tentativo di trovare un «fondamento giuridico» indipendente dallo scopo, in quanto si tratterebbe di una speculazione priva di radici nella realtà"[26]. Nell'età del positivismo quando "s'eliminò

---

[23] *Ibid.*

[24] Ivi, p. 16.

[25] "Appare del tutto superflua, per gli studi nostri, quella parte strettamente filosofica che i criminalisti dei secoli XVIII e XIX solevano premettere alle loro trattazioni. Il ricercare i cosiddetti fondamenti supremi e la nazione del diritto [...] oggi non è più permesso ad una disciplina eminentemente sociale, positiva e di buon senso, quale è la nostra". V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano* (1908), Utet, Torino 1933, vol I, par. 3, p. 6.

[26] Cfr. Al. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 103. Ross richiama in nota questo riferimento che attribuisce a S. Hurwitz in *Den danze kriminalrat,* Almindelig, 1952, p. 61.

l'idea di un diritto meta-positivo, era naturale che dai giuristi si considerasse la questione del fondamento giuridico della pena come un falso problema e ci si occupasse esclusivamente della questione dello scopo della pena stessa"[27].

I positivisti si trincerarono nei paraggi del solo diritto *posto* dall'autorità e si concentrarono sul tema dello scopo della pena. In questo modo si inaugurava una nuova maniera di affrontare la questione punitiva, nella quale la riflessione sulle condizioni di legittimità dell'esercizio del potere punitivo erano sostituite con quelle sullo scopo dei suoi mezzi. Dare continuità alla riflessione illuministica sui limiti del potere, però, implica riconoscere la validità dell'indagine sulla legittimità del sistema delle pene e di ogni singola pena.

I più radicali fra i cultori della dogmatica pura rifiutano l'inquinamento filosofico e difendono agguerriti le mura del diritto positivo. Tuttavia, "il problema della pena è il più filosofico dei problemi giuridici, è il problema più scottante e delicato della conoscenza sociale degli uomini, quello che tocca più da vicino l'uomo nella sua dignità"[28], per cui è improbabile che l'indagine filosofica sulla legittimità dei mezzi punitivi riesca ad essere completamente bandita.

Il punto di partenza nel dibattito sulla finalità delle pene lo troviamo nei classici dell'illuminismo penale. Tuttavia, in queste opere, l'individuazione dello scopo delle pene aveva una chiara portata limitava. Quando Beccaria postula che il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere il reo né disfare un delitto già commesso[29], contesta la finalità di vessare il reo per fare posto a una finalità in grado, appunto, di limitare l'esercizio del potere punitivo: la finalità preventiva. La particolarità della finalità preventiva, così come intesa da Beccaria, è che limita i confini del diritto penale: si tratta di uno scopo razionale, moderato e suscettibile di valutazioni pratiche sulla adeguatezza dei mezzi punitivi per il suo raggiungimento. Ma le finalità attribuite alla pena, prima e dopo Beccaria, essendo spesso svincolate dall'individuazione di limiti al potere punitivo, consistono in un ulteriore espansione dei suoi confini.

Per giunta, i meccanismi propulsori del diritto penale a cui alludeva Von Liszt, a volte non sono quelli dichiarati nei codici e quindi rimangono nascosti. Tuttavia, alcuni autori,

---

[27] *Ibid.*

[28] M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Edizioni di comunità, Milano 1970, p. 277.

[29] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XII, p. 31.

come Paul Wolf, prescindono dalla considerazione delle finalità che il diritto penale dichiara di avere e danno peso alla sua funzione oggettiva e agli effetti che si verificano nella prassi:

> el hecho de que el control jurídico-penal en la realidad empírica no funcione, radica en que la concepción teórica de un derecho penal orientado hacia fines parte de una ilusión, o sea de presupuestos idealistas, y olvida que [...] según la perspectiva pragmática de la praxis del derecho penal, este no es más que un derecho instrumental, aniquilatorio de enemigos sociales (Feindstrafrechtt); que además la lejana ciencia y filosofía del derecho penal sirven exclusivamente para el uso 1egitimatorio; que además las cárceles son en realidad funcionalizadas no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción psico-física y de internamiento[30].

Per Wolf, quindi, la dichiarazione di uno scopo non è nient'altro che un'illusione e un'ipocrisia dietro la quale si nascondono le vere intenzioni dell'autorità punitiva, mentre per altri sarebbe il meccanismo propulsore del sistema punitivo. La riflessione beccariana, però, dimostra che l'individuazione di uno scopo razionale attribuito alle pene ha un senso: limitare le manifestazioni del potere punitivo a un terreno ben recintato. Ma le teorie successive finirono per fare il contrario: dare un titolo a chi esercita il potere punitivo per espandere i suoi confini e agire sul corpo e sull'anima dei condannati.

Per Von Liszt lo scopo della pena è uno strumento trasversale per il funzionamento della macchina punitiva in tutti i suoi livelli, dato che lo scopo è un "criterio di misura necessario al legislatore per progettare la pena edittale per ciascun reato; necessario al giudice per applicare la pena, entro i limiti della stessa, al singolo reato cui afferisce; necessario infine al funzionario della casa di pena, il quale alla sanzione inflitta conferisce nell'esecuzione in concreto contenuto"[31].

A questo punto, però, si verifica uno slittamento nell'individuazione del contenuto delle pene che passa dalle mani del legislatore a quelle dei *funzionari* amministrativi incaricati di intervenire nella fase esecutiva. E sono precisamente manifestazioni di questo tipo quelle che hanno polarizzato il dibattito sullo scopo della pena in due scuole: quella classica che difendeva i principi elaborati dall'Illuminismo penale come la predeterminazione legale, la certezza e il principio di matrice beccariana dell'uguaglianza della pena, e quella positiva

---

[30] Cfr. P. Wolf, *Esplendor y miseria de las teorias preventivas de la pena*, in "Poder y Control", PPU, Barcelona 1986, p. 69.

[31] F. Von Liszt, *Op. cit.,* p. 5.

che si proponeva di rinvigorire lo stagnante arsenale punitivo con pene progettate a seconda dei particolari connotati del condannato.

Uno degli aspetti di disaccordo fra i due schieramenti è quello sui principi che debbono guidare la fase esecutiva delle pene: si confrontano la difesa della stretta legalità dell'esecuzione e quella dell'individualizzazione della pena. Questo grazie alla diffusione internazionale dei postulati della scuola positiva. Nel cosiddetto programma di Marburg, Von Liszt rende conto che nella sua patria "mentre Mittwlstäd auspica l'introduzione di limiti della pena tali da respingere al massimo i poteri discrezionali del giudice, Kräpelin e Willert vedono soltanto nell'eliminazione della pena determinata la migliore soluzione per il futuro"[32].

Questi aspetti furono ampiamente dibattuti nel Congresso penitenziario di Stoccolma del 1878, nel quale il belga Thonissen, assertore del legalismo liberale, ribadì che, se il carattere e la durata della pena non sono attentamente determinati dal legislatore si rischia di "introdurre l'arbitrio e l'ineguaglianza in una sfera dove deve regnare soprattutto l'uguaglianza davanti alla giustizia"[33]. E non rispettare il principio di eguaglianza nell'esecuzione della pena implica: "la negazione manifesta, scandalosa, dei principi fondamentali di diritto pubblico", innanzitutto il primato assoluto della legge. La conclusione di Thonissen è che non si può disgiungere la proclamazione legislativa del principio di uguaglianza dalla difesa dell'uguaglianza di fronte al potere punitivo: "l'uguaglianza davanti alla legge implica fortemente l'uguaglianza davanti alla giustizia repressiva, davanti al codice penale"[34].

In questo contesto in cui alcune delle tesi fondamentali della scuola classica venivano colpite alla base, "se per i più convinti novatori come Ferri o Puglia, le passate concezioni della pena sono un ostacolo da superare in modo definitivo, per riformisti più moderati come Liszt o Saleilles occorre cercare un compromesso tra vecchio e nuovo, mentre per Roscoe Pound le necessarie trasformazioni nell'amministrazione della giustizia non possono porsi fuori o contro la tradizione"[35].

---

[32] Ivi, pp. 9-10.

[33] Cfr. *Le congrès pénitentiaire de Stockholm* 15-26 août 1878, a cura di Louis Guillaume, Nabu press, Charleston 2011, p 120-121.

[34] *Ibid.*

[35] Cfr. M. Pifferi, *L'individuazione della pena*, *Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Giuffrè - Per la storia del pensiero giuridico moderno -, Milano 2013, p. 30.

La domanda "è lecito modificare la pena in sede esecutiva la pena detentiva sulla base della valutazione della condotta del condannato?" fa emergere il rapporto fra scopo della

pena e contenuto di esse. Al quesito si risponderà positivamente se si ritiene che lo scopo principale della pena sia la rieducazione del reo[36]. "Data questa premessa, se un detenuto risulta ravveduto prima della fine o al contrario non è ravveduto al momento della fine dell'esecuzione, egli dovrà essere liberato nel primo caso anticipatamente e nel secondo posticipatamente alla data di scadenza della pena inflittagli"[37]. Protrarre o accorciare la condanna, però, secondo Canonico, implica che "nel primo caso, si violerebbe il diritto dell'individuo, nel secondo, quello della società, e, in entrambi, i diritti della giustizia"[38]. Di fronte a queste problematiche il Congresso di Stoccolma non ha dichiarato vincitrice nessuna delle due scuole. Si è optato per l'accoglienza parziale delle tesi di entrambe: "Senza compromettere l'uniformità del modo di applicazione della pena, l'amministrazione delle prigioni deve godere di un potere discrezionale nei limiti determinati dalla legge, al fine di poter applicare (nei limiti del possibile) lo spirito del regime generale alle condizioni morali di ogni condannato"[39].

Come giustamente puntualizza Pifferi:

La sola idea di superamento della stretta legalità della pena, contenuta entro i limiti di una generale cornice legislativa, desta perplessità, suscita netti rifiuti, contrasta gli incontestabili principi di ragione e di giustizia maturati nella cultura illuministica e liberale perché evoca il ritorno ad un dispotico arbitrio dell'esecutivo contro cui si è costruito il diritto pubblico moderno, con rigide separazioni di competenze, rassicuranti proclami di uguaglianza legislativa, fiducia nel valore simbolico, pedagogico, dell'uniformità della pena[40].

La conclusione del congresso di Stoccolma rimane ben radicata "nel penale liberale europeo", e "l'incidenza del riformismo penitenziario, non supportato dagli argomenti

---

[36] Sullo scopo rieducativo come principio fondamentale del sistema penale come argine di fronte alla "razionalizzazione dell'immobilismo" e alla "pura scelta di conservazione"cfr. E. Dolcini, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà,* in "*Riv. it. dir. proc. pen*." 1979, pp. 469 ss.

[37] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 404.

[38] Cfr. M. Pifferi, *L'individuazione della pena*, cit., p. 123.

[39] Ivi, p. 124.

[40] Ivi, p. 124.

dirompenti delle teorie criminologiche, è ridotta ad un'individualizzazione "nei limiti del possibile"[41].

La realtà dell'esecuzione della pena principale ai nostri giorni[42], la pena detentiva, impone che la stretta legalità dell'esecuzione della pena torni ad essere difesa in modo decisivo di fronte all'arbitrio contro cui sono stati innalzati "i muri maestri dello Stato di diritto"[43]. Impone che il contenuto della pena sia prestabilito legalmente e che la legalità della pena in tutte le sue fasi sia una legalità fino all'ultima frontiera.

La realtà della pena impone anche di considerare che lo scopo del diritto penale, secondo la teoria garantista, è duplice: non solo la prevenzione e la minimizzazione dei reati, ma la minimizzazione delle pene. E la pena è considerata legittima soltanto "se è idonea a garantire una duplice sicurezza: non solo la sicurezza dei cittadini dalla violenza degli altri cittadini, secondo la classica massima *ne cives ad arma veniant*, ma anche la loro sicurezza contro la violenza sregolata - i soprusi, i maltrattamenti, le violenze - degli apparati statali e in particolare polizieschi"[44].

Tuttavia, l'impegno politico per la prevenzione delle offese portato avanti dalla lotta contro il crimine, contro il terrorismo, non è stata accompagnata da una battaglia altrettanto aggressiva per prevenire le ingiuste punizioni.

2.1.2. *La prevenzione della violenza come scopo del sistema penale*

*"*Volete prevenire i delitti?"[45] Era una delle domande formulate ben due volte da Beccaria nel suo aureo *libretto*. La risposta, allora come adesso, non può che essere affermativa. E così lo scopo preventivo dei reati è quello con maggior consenso assegnato al sistema punitivo, in modo primario o, addirittura, come nella dottrina di Antolisei, esclusivo:

---

[41] *Ibid.*

[42] Cfr. E. Dolcini, *La pena in Italia, oggi: tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. Paliero, Giuffrè, Milano 2006, vol. II, pp. 1073 ss.

[43] "Ogni ente o corpo sociale, ossia ogni istituzione, intesa questa parola nel senso tecnico per cui essa è sinonimo di ente o corpo sociale, ha una struttura, un assetto, uno *status*, un ordinamento, più o meno stabile e permanente, che riduce ad unità elementi che lo compongono e gli conferiscono una propria individualità e una propria vita. La parte fondamentale ed essenziale di tale struttura, quella su cui poggiano tutte le altre parti, le quale quindi, la presuppongono, nonché quella che ne rappresenta la prima armatura ed i muri maestri, dicesi 'costituzione'". S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1945, p. 19.

[44] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 238-239.

[45] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLII, p. 98.

se la pena è ciò che distingue e caratterizza le norme penali, quello che veramente sta al centro del nostro ramo del diritto è il reato. Scopo del diritto penale, infatti, è di impedire la commissione di reati: in altri termini, di combattere quel triste fenomeno che è la delinquenza o criminalità. Esclusivamente a questo fine sono dirette le norme penali[46].

La risposta di Beccaria, però, pone in prima linea la politica sociale come mezzo più efficace per raggiungere questo scopo: l'istruzione e la promozione del bene individuale come politica pubblica. Questa caratterizzazione del sistema penale implica il riconoscimento che sul campo della prevenzione dei reati, il sistema punitivo avrebbe un ruolo secondario rispetto ad altre politiche pubbliche, meglio qualificate per incidere sui fattori che potrebbero dar luogo all'illegalità. Il diritto penale di matrice illuminista si contraddistingue in quanto sistema sussidiario che rispetto allo scopo di prevenzione dei reati compie una finzione ausiliare.

Il non protagonismo del sistema punitivo nell'impresa di prevenire i reati è un dato palese, che, per forza di cose, è generalmente riconosciuto. Perfino da coloro che ravvisano nella sola prevenzione dei reati lo scopo del diritto penale. Per Antolisei, in nome della finalità preventiva dei reati, il castigo è considerato "un freno di cui non è assolutamente possibile fare a meno nella vita in comune"[47]. Ma riconosce che il sistema dei delitti e delle pene è chiamato a confluire nella prevenzione dei reati, insieme ad altri mezzi, ben più efficaci:

Con questo non si vuol dire che la pena sia l'unico mezzo che può trattenere gli uomini dal commettere i delitti, perché a tale risultato indubbiamente contribuiscono anche parecchi altri fattori: i sentimenti morali e sociali, il senso del dovere, dell'onore e della dignità personale, la virtù dell'esempio, l'influenza dell'opinione pubblica, le credenze religiose, ecc.[48].

La pena, dunque, è uno dei mezzi di prevenzione dei reati. Ma la tutela dei beni giuridici è esercitata in via primaria dalla politica sociale, visto che "una politica penale di tutela

---

[46] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, cit., p. 4.

[47] Ivi, p. 678.

[48] *Ibid.*

dei beni è giustificata e credibile solo se sussidiaria a una politica non penale di tutela dei medesimi beni"[49].

Affinché la finalità preventiva possa avere un ruolo limitativo del diritto penale occorre, inoltre, tenere conto del fatto che l'esercizio della libertà e della sfera di autonomia del cittadino si pone in linea conflittuale con l'eccessiva persecuzione della finalità di prevenzione dei reati. Nel rispetto della libertà dell'individuo risultano sconvenienti le sanzioni *extra, ante* o *ultra delictum*, quali provvedimenti di ordine pubblico e misure cautelari di polizia[50]. L'intervento del potere penale non deve, per via dello scopo preventivo dei reati, invadere la sfera di autonomia privata. Sulla scia degli insegnamenti di Carrara, sono incriminati gli atti esecutivi, non quelli classificabili come atti preparatori che ancora rientrano nella sfera delle condotte lecite. Il diritto penale, per via di una ragionevole convenzione protesa a tutelare la libertà di ciascuno come valore cardine dell'ordinamento giuridico, è destinato ad arrivare tardi.

Lo scopo di prevenzione dei reati, quindi, è sussidiario e trova limiti nel legittimo esercizio della libertà del cittadino che preclude gli ingiustificati meccanismi di anticipazione della tutela penale. Dato che "non possono impedirsene dalle leggi umane i turbamenti ed il disordine"[51], come scrisse Beccaria, e che il reato è qualcosa che "la società non può distruggere"[52], per dirla con Filangieri, l'obiettivo ragionevole non può essere *impedire* ma *prevenire* i reati, e lo strumento migliore per la prevenzione generale dei reati è ravvisato nella legge in quanto espressione generale ed astratta delle norme di convivenza civile destinate a tutti i consociati.

Nonostante il verbo impedire sia sovente collegato alla missione assegnata al diritto penale, quest'ultimo non è in grado di *impedire* i reati, e, da solo, non è in grado di *prevenire* i reati. Un'efficace politica di prevenzione dei reati richiede la sinergia di una rinforzata politica pubblica in grado di intervenire sugli "antisociali luoghi di nascita del delitto"[53], e di un efficace sistema penale in grado di svolgere indagini per smantellare la criminalità pubblica e privata, armata o dei colletti bianchi. E tuttavia, anche mettendo in conto un

---

[49] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 476.

[50] Ivi, p. 337.

[51] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLI, p. 96.

[52] "La società, privando l'uomo di una parte della sua libertà, non può distruggere in lui il fonte di questa natia passione". G. Filangieri, *La scienza della legislazione,* cit., Parte seconda, cap. XVI, p. 189.

[53] K. Marx, F. Engels, Lenin, *Sulla scienza,* a cura di Giuseppe Barletta, Dedalo libri, Bari 1977 p. 149.

elevato livello di civiltà e di perfezionamento dei mezzi preventivi, sussisterebbe comunque la possibilità di manifestazioni di condotte delittuose. Prevenire i reati, dunque, è uno scopo che inevitabilmente trova difficoltà oggettive nella sua persecuzione, ma certamente questo non può essere un alibi per la mancata efficienza delle politiche preventive.

Grazie al contributo di Ferrajoli la finalità preventiva è stata formulata anche in relazione alla tutela dei condannati. Secondo Ferrajoli il tradizionale scopo di prevenzione dei reati deve essere integrato con un secondo scopo riguardante la prevenzione delle punizioni arbitrarie ed eccessive. Il potere punitivo non è il coautore della finalità preventiva delle ingiuste punizioni ma il legittimo titolare di essa. Non svolge un ruolo sussidiario, ma è chiamato a perseguirlo in prima linea. Mentre gli interventi per prevenire i reati possono entrare in conflitto con l'esercizio della libertà dei cittadini, prevenire le ingiuste punizioni è del tutto equivalente a tutelare la libertà, per cui questo secondo scopo sarebbe perseguibile con molta più fermezza.

> Dei due scopi il secondo, di solito trascurato, è però quello più caratterizzante e che merita di essere maggiormente evidenziato. In primo luogo perché, mentre è dubbia l'idoneità del diritto penale a soddisfare efficacemente il primo [...] invece assai più sicura la sua idoneità a soddisfare il secondo [...]. In secondo luogo perché, mentre la prevenzione dei delitti e le esigenze di sicurezza e difesa sociale sono sempre state in cima ai pensieri dei legislatori e delle altre autorità pubbliche, non altrettanto può dirsi della prevenzione delle pene arbitrarie e delle garanzie dell'accusato. In terzo luogo, e soprattutto, perché solo il secondo scopo e non anche il primo è insieme necessario e sufficiente a fondare un modello di diritto penale minimo e garantista[54].

Questa seconda finalità preventiva dipende meno da circostanze oggettive che la condizionano e più dalla capacità del potere punitivo di autoregolarsi: dalla tassatività e dall'osservanza delle norme limitative del potere punitivo. La prevenzione dei reati ineluttabilmente si rivela impotente di fronte a una serie di fattori che appartengono alla sfera privata che implicano che i reati non si possano *impedire*. La prevenzione delle ingiuste punizioni è una questione pubblica che si può e si deve impedire *nella misura del possibile.*

---

[54] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 328-329.

2.1.3. *La pena come emenda: un'espansione del potere punitivo*

Qualsiasi cosa sia ritenuta essenziale per custodire l'ordine sociale e la sicurezza è legittimo, "whether it be the redemption of the offender, his incapacitation for evil or his extermination"[55]. La dolcezza di cui parlava Beccaria e la mitezza di cui parlava Montesquieu perdono ogni spazio se il punto di vista del destinatario della sanzione penale è semplicemente escluso dal calcolo punitivo; se il condannato diventa il mero oggetto della sanzione penale e non il soggetto di essa; se la pena diventa prevalentemente qualcosa che si fa *sul* condannato, sul suo corpo, sulla sua mente, sulla sua anima.

Nel trinomio redenzione, neutralizzazione e sterminio, le ultime due finalità risultano del tutto incompatibili con un sistema punitivo che ponga al centro la tutela dei diritti fondamentali e tenga conto che nemmeno il delitto più grave fa perdere la dignità di persona e la titolarità di diritti. La prima, invece, è stata difesa come nobile scopo. Ma è stata anche oggetto di critiche in quanto residuo di un diritto penale di autore e non di atto. Luigi Ferrajoli afferma che

> le dottrine correzionalistiche che propugnano l'emenda del condannato attraverso la *poena medicinalis*, la sua rieducazione o addirittura la sua neutralizzazione o eliminazione guardano non tanto ai reati quanto ai rei, non ai fatti ma ai loro autori, differenziati sulla base delle loro caratteristiche personali prima che del loro operato delittuoso. E coltivano un programma comune che variamente si accorda con le loro premesse eticistiche, o deterministiche o pragmatistiche: l'uso del diritto penale al fine non solo di prevenire i delitti, ma anche di trasformare le personalità devianti secondo progetti autoritari di omologazione o, alternativamente, di neutralizzarle mediante tecniche di amputazione e di bonifica sociale[56].

Al fascino dello scopo dell'emenda, che trae origini nella concezione della *poena medicinalis,* hanno ceduto*,* anche se non in modo esclusivo Hobbes, Grozio, Pufendorf, Thomasius, Bentham[57]". Effettivamente Bentham elencava fra le "qualità desiderabili delle pene"

---

[55] Cfr. F.H. Wines, *The new criminology,* Press of the James Prester Kempster Printing, co., New York, 1904 pp. 13-14.

[56] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 252.

[57] Ivi, p. 253.

la tendenza all'emenda morale, specificando che si tratta di "un cambiamento nel carattere e nella moralità" per cui "se il delinquente è trattenuto solo dal timore non è emendato"[58].

In Bentham si trovano tracce di una differenziazione della tipologia, del contenuto e dello scopo della pena, connesse sia alla condotta delittuosa messa in atto che all'atteggiamento tenuto del soggetto agente: "se il suo delitto è tale da far insorgere una grande allarme e da manifestare un'attitudine molto dannosa, bisogna toglierli la possibilità di reiterarlo. Ma se il delitto meno pericoloso, giustifica una pena temporanea e che restituisca il colpevole alla società, bisogna che la pena abbia le qualità per convertirlo o intimorirlo"[59].

"Contrariamente alle teoria contrattualistiche e giusnaturalistiche dell'età dell'Illuminismo, - afferma Ferrajoli - che esprimevano l'istanza liberale e rivoluzionaria della tutela dell'individuo contro il dispotismo del vecchio Stato assoluto, queste dottrine riflettono le vocazioni autoritarie del nuovo e ormai consolidato stato liberale e quelle totalitarie dei regimi che usciranno dalla sua crisi"[60]. L'emenda come finalità della sanzione ha radici che affondano nell'antichità; tuttavia "dottrine e legislazioni penali di tipo propriamente correzionale si sviluppano invece solo nella seconda metà dell'Ottocento, parallelamente al diffondersi di concezioni organicistiche del corpo sociale, sano o malato, sopra il quale sono chiamati ad esercitarsi l'occhio clinico e le sperimentazioni terapeutiche del potere. È allora che il progetto illuministico e puramente umanitario del *punire meno* si converte in quello, disciplinare e tecnologico, del *punire meglio*"[61].

La legislazione di uno Stato che assuma la sicurezza e la tutela di diritti come una questione di politica pubblica dovrà ineluttabilmente prevedere l'elenco dei reati e delle rispettive sanzioni. L'obiettivo ragionevole per quanto riguarda la punzone è punire meno, ed questo era il fulcro delle più radicali istanze di riforma proposte dall'Illuminismo penale: limitare l'autorità punitiva vincolandola al rispetto di principi fondamentali come la dignità del condannato. Riportare il sistema dei delitti e delle pene alla stretta legalità affinché punisca la legge, non l'uomo. Ridurre gli spazi colonizzati arbitrariamente dal potere punitivo, dichiarando che la vita è territorio escluso dalla sua legittima giurisdizione e at-

---

[58] J. Bentham, *Teoria delle pene e delle ricompense,* cit., libro I, cap. VI, p. 38.

[59] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 252.

[60] *Ibid.*

[61] *Ibid.*

tribuendo a chi giustifica l'intervento del diritto penale l'onere della prova della necessità di ogni mezzo punitivo.

Ai lumi di questo progetto riformista "la sanzione penale è quella parte della legge colla quale si offre al cittadino la scelta o dell'adempimento di un sociale dovere, o della perdita di un sociale diritto"[62], un ostacolo politico, un male che riesca ad essere dissuasivo ma al contempo deve essere ridotto al minimo possibile. Non una medicina contro la malvagità. Non un antidoto per far scomparire il delitto come fenomeno in quanto questo non si può distruggere.

Il valore dell'interiorità della morale è un tratto distintivo della modernità che rappresenta un limite all'intervento dello Stato. Secondo Ferrajoli l'immunità riconosciuta a questa sfera interiore ha contribuito alla nascita della figura del cittadino. In effetti, Montesquieu scrisse che "tra le leggi e i costumi vi è questa differenza: le leggi regolano piuttosto le azioni del cittadino, e i costumi regolano piuttosto le azioni dell'uomo. Tra i costumi e le usanze vi è questa differenza: i primi riguardano piuttosto la condotta interiore, mentre le seconde quella esteriore"[63]. La legge, quindi, regola le azioni del cittadino, non la sua condotta interiore. Per Ferrajoli questa garanzia, per ogni cittadino, equivale

> alla tutela della sua libertà interiore quale presupposto non solo della sua vita morale ma anche nella sua libertà esteriore di compiere tutte le azioni non vietate. Riguardato in positivo esso si traduce nel rispetto della persona umana in quanto tale e nella tutela della sua identità pur deviante, messa al riparo da pratiche costrittive, o inquisitorie o correttive dirette a violarla o peggio a trasformarla; ed equivale quindi alla legittimità del dissenso ed anche dell'ostilità verso lo Stato, alla tolleranza per i diversi di cui è parimenti riconosciuta la dignità personale, e perciò all'uguaglianza dei cittadini, differenziabili solo per le azioni e non anche per le idee, o per le le opinioni o per le loro specifiche diversità personali[64].

Questa immunità delle idee di ciascuno, della sua sfera personale che riguarda chi siamo, va rispettata e valorizzata in una società pluralista che non ambisce all'omologazione dei suoi membri. E allora "l'interiorità di uomo - il suo carattere, la sua moralità, i suoi precedenti penali, le sue inclinazioni psico-fisiche - non deve interessare il diritto penale se non per indurne il grado di colpevolezza delle sue azioni criminose. Si

---

[62] G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., libro III, cap. XXVI, p. 190.

[63] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi,* cit.*,* libro XIX, cap. XVI, p. 474.

[64] Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 251-261.

capisce che non trovano spazio, in un sistema garantista così configurato, né la categoria della pericolosità né tutte le altre tipologie soggettive o d'autore elaborate dalla criminologia antropologica"[65].

Nonostante la pluralità che caratterizza le società contemporanee, l'apologia della rieducazione come finalità principale, o esclusiva della pena, comporta alcune contraddizioni, ben elucidate da Massimo Pavarini, che ha distinto i versanti della rieducazione alla moralità, alla legalità e all'autodeterminazione, trovando alla radice di tutte e tre lo stesso vizio di pretendere, attraverso la pena, l'imposizione di *una* determinata morale.

Il primo aspetto ch'egli analizza è quello della rieducazione alla moralità, rilevando che

> se la società si rappresenta come una struttura relativamente omogenea, stabile, ben integrata e il cui funzionamento si fonda sul consenso della maggioranza intorno ad alcuni valori generali, ne discende che la legge penale riflette la volontà collettiva, nel senso che i membri della stessa concordano sulla definizione di ciò che è bene e di ciò che è male. La legge penale finisce per avere quindi un valore in sé; chi viola la legge penale rappresenta pertanto una minoranza che proprio in quanto tale non può che essere definita come «diversa» [...] Prevenzione speciale - all'interno di un'ipotesi di questo tipo - altro non è che operare positivamente, attraverso la pena, su questi fattori, affinché in qualche modo rimossi o ridotta la loro forza determinante, il condannato possa dirsi ri-educato, nel senso preciso di «normalizzato» al rispetto dei valori socialmente dominanti, e quindi non più potenziale violatore della norma penale[66].

Per Pavirini le contraddizioni sono palesi: "non c'è chi non veda l'arretratezza di questa interpretazione, sempre e comunque contestabile in quanto non è in grado di rappresentare una società moderna, pluralista e conflittuale. Ma volendo anche accettare luristicamente questa «visione del mondo» è sempre possibile contestare razionalmente il «bisogno di rieducazione» di una siffatta organizzazione sociale"[67]. Questo bisogno, questa smania implica che la società non si dà pace rispetto a comportamenti che si ritengono più o meno pericolosi, che la tormentano, la disturbano, e non vuole perdere occasione per rasserenarsi agendo sui diversi per far loro introiettare un certo sistema di valori.

---

[65] Ivi, p. 505.

[66] M. Pavarini, *La pena «utile»,* cit. p. 17.

[67] Ivi, p. 18.

La situazione non sarebbe diversa quando non si pretenda la condivisione di una scala di valori ma la rieducazione alla legalità:

ne discende che anche in questa interpretazione la rieducazione finisce per realizzarsi in un'impostazione autoritaria di «una» morale. Così, ciò che si voleva cacciare dalla porta finisce per rientrare dalla finestra: la risocializzazione come adattamento tendenziale ad un'aspettativa di condotta conforme alle regole del gioco finisce per non essere altro che un'aspettativa di condotta secondo i valori e gli interessi del «cittadino-medio», che, per giunta, avendo rinunciato a una incidenza sull'etica dell'individuo si ridurrebbe a una semplice induzione alla simulazione[68].

Vorrebbe essere più rispettoso del pluralismo, invece, il terzo indirizzo a cui fa riferimento Pavarini, richiamando i postulati di Eser e Von Hentig: "rieducare o educare non più verso un sistema di valori, ma verso un metodo attraverso cui il condannato possa conseguire la propria autodeterminazione nei confronti dei valori. In questo senso il condannato verrebbe educato «alla libertà» delle scelte tra varie alternative offertegli dal contesto sociale eterogeneo"[69]. Ma il sistema punitivo, in particolare riguardo alla pena detentiva in carcere, è stato denunciato come infantilizzante[70], dato che gli appellativi e il linguaggio saturo di diminutivi, a cui sono assuefatti i condannati, rimandano a una logica infantile, gerarchizzata e spersonalizzante, agli antipodi del trattamento rispettoso dell'autonomia personale del condannato che occorrerebbe per stimolare la sua autodeterminazione.

Mario Trapani in un saggio in cui si occupa delle dinamiche del diritto penale e del senso della pena, critica il mito della rieducazione e avverte i pericolosi esiti negativi che si possono verificare qualora il sistema punitivo si trasformasse in un "campo di rieducazione" nel quale «si esercita non solo il dominio sul "corpo" ma anche sulla "mente" del condannato»[71]. Egli riafferma la tesi principale con la quale la cultura garantista respinge la finalità rieducativa quando invece di una offerta libera vuole essere imposta al condannato:

pero es además notorio y bastante aceptado que un Estado realmente "democrático" y entonces, por definición, "pluralista" no pueda pretender la adhesión de sus ciudadanos a una determinada Weltanschauung (visión del mundo), y por lo tanto - so pena de convertirse en un Estado "ético" - no pueda imponerles la per-

---

[68] Ivi, p. 19.

[69] *Ibid.*

[70] A. Sofri, *Le prigioni degli altri*, Sellerio, Palermo 1993.

[71] M. Trapani, *La dinamica del derecho penal: el sentido de la pena y la critica del perdón*, in *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*,Grupo editorial Ibañez, Bogotá 2013, p. 828.

secución de "valores" considerados "absolutos" [...] Queriendo "conciliar" el concepto de reeducación con la idea de un sujeto condenado libre en sus elecciones y, en consecuencia, éticamente responsable de sus acciones, dicho concepto de reeducación sería de cualquier manera fruto de una visión "paternalista" de las relaciones Estado-ciudadano, en particular si está detenido, en cuanto tal, una vez más, no respetuosa de la dignidad humana[72].

Ogni politica educativa, poi, comporta che siano offerti servizi di qualità in strutture a ciò adatte, ma difficilmente queste premesse potrebbero concretizzarsi nel sistema punitivo. Così, il programma rieducativo "in quanto troppo costoso viene denunciato come non più utile rispetto al suo grado di funzionalità; in quanto sempre più portato a sopravvivere come semplice apparato di controllo viene annunciato come politicamente inaccettabile. Per quanto attaccato su fronti opposti, la ragione materiale della sua crisi sembra essere la medesima: l'inadeguatezza del mezzo rispetto alle nuove strategie di controllo"[73].

Un sistema punitivo di autore è rinvenibile nella trattazione di Von Liszt. Una volta asserito dal criminalista austriaco che la misura della pena sarà individuata col metodo positivista, lo scopo della pena non sarà qualcosa di prestabilito, come vorrebbe la scuola classica, ma dovrà variare in base alla tipologia del delinquente: risocializzazione per i «principianti della carriera al delitto», intimidazione per i delinquenti occasionali, neutralizzazione per gli irrecuperabili[74].

La scuola positiva fece proprie queste distinzioni, legate a una visione deterministica della realtà, facendo scomparire le premesse teoriche richieste affinché possa operare qualsivoglia programma di risocializzazione o di rieducazione. Ugo Spirito fa notare che, allora,

il delinquente non è più il malfattore che deve rispondere della sua malvagità, ma piuttosto il disgraziato che deve essere curato di un'anormalità di cui non è responsabile [...]. E il delinquente stesso così, vedendosi esaminare come un anormale e vedendo ricercare la ragione del suo delitto nella sua conformazione cranica, nei suoi dati antropologici, fisiologici, ereditari, ecc., finisce in ultimo col persuadersi anche lui di essere un

---

[72] *Ibid.*

[73] M. Pavarini, *La pena «utile»,* cit., p. 20.

[74] The History of ideas and its significance for the Prison System, in N. Finzsch, R. Jütte (eds.), Institutions af confinement. Hospitals, Asylums, and Prisons in Western Europe and North America, 1500-1959, Cambridge University Press, 1966, specie pp.183-185

disgraziato irresponsabile, e smarrisce, nel pregiudizio di un tragico fatalismo, la sua coscienza morale, soffocando ogni rimorso e inibendosi la via della riabilitazione[75].

Già Carrara aveva identificato i problemi dello scopo rieducativo. Dal suo punto di vista la rieducazione è inaccettabile per due ragioni riguardanti i limiti di quello che la pena è e di quello che è la giustizia penale. Notando che "punire vuol dire recare un male", mentre emendarevuol dire "recare un bene grandissimo"[76], Carrara contesta il fatto che "due forze dovrebbero mettersi in moto e agire contemporaneamente. Forze diverse nel punto di loro partenza e nella meta a cui tendono. La prima guarda il delitto, e vi scorge un disordine; e lo vuole punito per ristabilire l'ordine che quel fatto ha turbato. La seconda guarda il delinquente, e vi scorge una creatura di Dio traviata dal buon sentiero e vuole ricondurvela"[77].

La seconda ragione del suo rifiuto riguarda la sopravvalutazione della giustizia umana: "siffatta dottrina non è che la trasformazione del domma religioso" per via del quale gli uomini si "arrogarono l'esercizio della giustizia di Dio e nasce il sistema della espiazione". Ma "Dio discerne con la sua onniveggenza il pentimento sincero dalla ipocrita apparenza: mentre l'uomo confonde spesso un Agostino con un Ciappelletto"[78]. Il mancato discernimento dell'uomo lo rende preda facile della messa in scena dell'atteggiamento che si aspetta nell'attesa di ricevere i vantaggi promessi, ottenendo la semplice induzione alla simulazione di cui parlava Pavarini.

Lasciando da parte le critiche alla difesa dello scopo rieducativo per il suo carattere paternalistico e per gli intoppi pratici che troverebbe la sua messa in atto, bisognerebbe riconoscere che risulta eccessiva la pretesa di ricollegare, con qualche forzatura, l'intero sistema punitivo a un unico scopo, appunto, quello rieducativo. Quest'aspetto è riportato con l'onestà intellettuale che gli è propria da Hart: "molti notando l'inutilità o invero il carattere dannoso di molte pene tradizionali, parlano come se la riabilitazione potesse essere lo scopo generale dell'intera pratica della pena, e l'obiettivo dominante del diritto penale"[79]. I

---

[75] U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano Da Beccaria a* Carrara, C. De Alberti editore, Roma 1925, p. 25.

[76] F. Carrara, *Programma,* cit. § 645, p. 423.

[77] *Ibid.*

[78] Ivi, p. 422.

[79] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit. p. 52.

sostenitori dello scopo rieducativo dovrebbero quanto meno considerarlo come sussidiario allo scopo preventivo:

> invero c'è un paradosso nell'asserzione che la riabilitazione dovrebbe predominare in un sistema di diritto penale, come se lo scopo principale nel prevedere pene per l'omicidio fosse quello di riabilitare l'omicida e non di prevenire l'omicidio; e il paradosso è maggiore quando la trasgressione giuridica non è una seria trasgressione morale; per esempio violare un monopolio statale dei trasporti[80].

Non è un principio di per sé ricollegabile, senza qualche forzatura, all'intero sistema né a tutte le pene. Con Baratta bisogna riconoscere per esempio che la risocializzazione in un istituzione totale, come il carcere, è una "norma impossibile"[81].

Analogamente Mario Trapani, avendo prima asserito che la funzione primaria delle sanzioni punitive è quella di prevenire la commissione di illeciti, ribadisce che

> es evidente entonces cómo la previsión de *ulteriores* finalidades que la pena criminal debería específicamente (y eventualmente) cumplir - retribución, enmienda, reeducación-resocialización, defensa social, etcétera- responda [...] a exigencias políticas contingentes, en cuanto tal de competencia exclusiva de legislador histórico, tratándose de opciones de estricto derecho positivo, tal vez incluso constitucionalizadas, que en consecuencia puede ser - y generalmente lo son - diversas de ordenamiento en ordenamiento, en una perspectiva sea sincrónica que diacrónica[82].

Nel discreditare lo scopo rieducativo come esclusivo o dominante nel sistema penale Hart prende le distanze dal ragionamento carrariano: "l'obiezione ad assegnare alla riabilitazione questo posto nella pena non è meramente quella che la pena implica sofferenza e la riabilitazione no"[83]. Si tratta di una precisazione molto importante dato che, sulle orme di Pavarini, bisogna indirizzare ogni sforzo alla disgiunzione fra pena e sofferenza. Nonostante quest'ultima accompagni la riflessione sulla pena fin dai primi albori delle teorie punitive, lo Stato costituzionale di diritto oggi ci impone il rispetto della dignità e l'integrità di tutti, per cui la punizione dovrebbe consistere nella limitazione temporanea di deter-

---

[80] Ivi, p. 53.

[81] Cfr. A. Baratta, M. Pavarini, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in "Dei delitti e delle pene", 1995, 1, pp. 7-28.

[82] M. Trapani, *La dinamica del derecho penal, el sentido de la pena y la crítica del perdón*, cit., p. 820.

[83] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit. pp. 52-53.

minati diritti, lasciando impregiudicata la tutela di tutti gli altri[84]. Il contenuto afflittivo della pena non dovrebbe essere misurato ricercando la specializzazione nell'inflizione volontaria di sofferenza, ma deve essere prestabilito dal legislatore per dissuadere i consociati dalla commissione di condotte delittuose, e deve essere reso noto nella sua integrità ai consociati.

Si potrebbe comunque continuare a dire che la pena resta un male che implica sofferenza in quanto saranno limitati alcuni diritti, ma quello che cambia col paradigma costituzionale è che l'obiettivo non è far soffrire, ma ridurre il più possibile la componente afflittiva alla limitazione parziale e temporanea di alcuni diritti prestabiliti dalla legge e tutelare tutti glia altri diritti del condannato. Per tagliare questo traguardo risulta urgente la revisione del principio di tassatività della pena.

Senza prendere le mosse dalla contrapposizione fra sofferenza e pena come un male e rieducazione come un bene, dunque, Hart contesta che lo scopo rieducativo possa ritenersi esclusivo o dominante nel sistema penale per un altro motivo. Il suo discorso prosegue affermando che:

> la società in qualunque momento può essere divisa in due gruppi: (i) quanti hanno effettivamente violato una certa norma giuridica e (ii) quanti non l'hanno violata ma potrebbero farlo. Considerare la riabilitazione come l'obiettivo principale, sarebbe rinunciare alla speranza di influenzare la seconda classe, che è – per i reati più seri – molto più numerosa. In tal modo dovremmo subordinare la prevenzione dei reati prima alla prevenzione delle recidive[85].

Nonostante la segnalazione della sopravvalutazione della figura della pena e di un'eccessiva fede nel sistema punitivo e nei suoi mezzi, la rieducazione continua ad essere difesa da buona parte della dottrina, mentre quella rimanente la considera un mito. Qualsiasi teorico vorrebbe Beccaria nella propria squadra, ma in questo caso è palese da che parte sta il capostipite del garantismo.

Beccaria non ha ceduto al fascino dell'emenda già in voga ai suoi tempi. Lo spiega un suo autorevole interprete:

---

[84] Cfr. E. Dolcini, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1999, pp. 10 ss.

[85] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit. p. 53.

se, in altri termini, gli uomini hanno acconsentito solo alle minime rinunce possibili, solo a quelle davvero necessarie, questo significa che hanno acconsentito a essere puniti non per diventare migliori, in vista della perfezione o della redenzione, ma con l'unico, minimo scopo di evitare la violenza. Unico scopo della pena deve dunque essere la prevenzione dei delitti. Nessuna salvezza nel male: non solo i supplizi non purgano dai vizi e dalle passioni, ma la punizione non procura necessariamente l'emenda del reo, la rieducazione del condannato. Ecco perché la sua unica giustificazione razionale sta nella sua capacità deterrente: le pene non devono far soffrire inutilmente per espiazione, vendetta o desiderio di ripristinare un'armonia turbata, ossia per ragioni rivolte al passato, ma devono guardare solo al futuro, perché solo il futuro può essere modificato[86].

Questa modificazione del futuro non si traduce in un intervento sulla sfera interiore del condannato come scopo del sistema punitivo, per purgarlo dalla malvagità che c'è in lui, per sottoporlo a un trattamento che lo faccia degno di essere considerato un membro della società. La modificazione del futuro che si spera con la minaccia e l'esecuzione della pena è che siano commessi meno reati: "la punizione non rende male per male, ma previene i mali futuri"[87].

Rispetto al sistema normativo italiano, la Costituzione fa espresso riferimento alla rieducazione. Tuttavia, Marco Ruotolo ricorda che "occorre guardare, anzitutto, al sistema delineato dall'art. 27 Cost.", che al 3° comma, avendo sancito che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, "si pone in realtà fuori dalla polemica tra pena-retributiva e pena-preventiva e dai relativi presupposti ideologici"[88]. Soprattutto puntualizza che, nonostante l'aspetto della finalità della pena appartenga al campo di scontro fra la Scuola classica e la Scuola positiva:

è interessante notare che, nello spirito della non esclusiva adesione ai postulati di una delle due Scuole, il Comitato di redazione, nei lavori di coordinamento del testo finale, aderì alle indicazioni rivolte a posporre, rispetto all'originaria formulazione, l'ordine dei due concetti, per cui, nel testo vigente, il divieto dei trattamenti inumani precede l'esigenza rieducativa del condannato[89].

---

[86] Philippe Audegean, *"Dei delitti e delle pene": Significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in *La libertà attraverso il diritto*, a cura di Dario Ippolito, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pp. 74-75.

[87] Ivi, p. 75.

[88] M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e costituzione*, Giappichelli, Torino 2002, p. 4.

[89] Ivi, p. 5.

Il divieto di trattamenti inumani e degradanti, infatti, si pone come un divieto assoluto, mentre sulla rieducazioni si usa (forse inconsapevolmente) la terminologia benthamiana: le pene debbono *tendere* alla rieducazione.

Il posto che spetta alla rieducazione in una teoria garantista della pena è quello di un'offerta, una possibilità data al condannato. Queste iniziative non dovrebbero integrare un programma di governo degli istituti penitenziari ispirato alla logica dei premi e dei castighi. Inoltre, bisogna riconoscere l'inidoneità dei mezzi puntini per operare una genuina "risocializzazione". Se di reinserimento nella società si tratta, la politica si deve impegnare affinché questo avvenga soprattutto una volta il condannato torni in libertà. In un importante saggio sulla rieducazione del condannato, pur mettendo in evidenza i pregi dello scopo rieducativo, Dolcini fa notare che "la pena detentiva, anche quando fosse ridotta entro limiti di stretta necessità ed eseguita secondo modalità razionali, rimarrebbe tuttavia strutturalmente inidonea a conseguire un pieno effetto di risocializzazione"[90]. La conclusione di Dolcini è che questo fatto "fare emergere l'esigenza di concentrare gli sforzi su un'azione di reinserimento del soggetto nella società da attuarsi anche dopo l'esecuzione della pena, quando cioè siano venuti meno gli ostacoli derivanti dalla privazione della libertà. L'idea rieducativa, quale principio fondamentale del sistema sanzionatorio penale, impone, in altri termini, che tale sistema «si prolunghi» in un sistema di aiuto sociale"[91]. Questo sistema di aiuto sociale, però, può essere operato con più successo dalla politica sociale invece che dalla politica criminale.

Quando si argomenta a favore della rieducazione, in sostanza, si opta per l'affermazione della capacità della pena, o di un trattamento che ne faccia parte, di incidere sulla condotta presente e futura del condannato per dotarlo di strumenti più solidi per fare scelte più sagge. Usando terminologia montesquieuiana, si tratterebbe di dare al condannato dei costumi attraverso le pene, ma Montesquieu sapeva bene che la pena non era lo strumento adatto a questi fini: "i prìncipi i quali, invece che con i riti, governarono con la forza dei supplizi, vollero far fare ai supplizi quello che non è in loro potere, ossia dare dei costumi [...]. I supplizi arresteranno sì molte conseguenze del male generale, ma non lo correggeranno"[92].

---

[90] E. Dolcini, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà,* cit., p. 520.

[91] *Ibid.*

[92] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., libro XIX, cap. XVII, p. 475.

È quel male generale che innanzitutto va combattuto: la marginalità, l'eccesso di potere, di risorse, di privilegi in capo ad alcuni pochi. La cultura dell'illegalità espressa da alcuni reati, dunque, è una conseguenza di altri fattori e sono questi fattori che rappresentano la fonte del problema a dover essere corretti, perché difficilmente lo saranno volendo agire con la pena sul caso singolo. Rispetto ai luoghi dove nascono e maturano i delitti, che impiantano una cultura alternativa a quella della legalità, occorre mettere in atto politiche in grado di agire sulla fonte del problema.

Non è attraverso la correzione dei condannati che si potranno aggredire alla base le problematiche sociali che danno luogo ai delitti. La celeberrima frase dell'*Espirt des lois* "ogni pena che non derivi dalla necessità è tirannica"[93], che Beccaria poi avrebbe rafforzato indicando che "ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità è tirannica"[94], è inserita proprio nel capitolo in cui Montesquieu si occupa di *Quali sono i mezzi naturali per mutare i costumi e le usanze di una nazione*, e di certo la conclusione è che non sono le pene.

Nell'*Esprit des Lois* Montesquieu richiama alla mente che "spesso un legislatore che vuole correggere un male non si preoccupa che di questa correzione; i suoi occhi sono aperti su questo oggetto, e chiusi sugli inconvenienti"[95]. Invece, la teoria della pena deve essere ben accorta degli inconvenienti della difesa a oltranza della rieducazione. Ed è sempre Montesquieu, a ricordarci, col titolo di uno dei capitoli del suo capolavoro, che *Non si deve correggere tutto*; un capitolo nel quale per ben due volte ripete: "ci si lasci quali siamo"[96].

2.1.4. *I fini non giustificano i mezzi*

Norberto Bobbio ha ribadito che in questioni di politica la direzione "non è quella dell'idoneità dei mezzi, ma quella della legittimità del fine", specificando che "un problema non esclude l'altro, ma si tratta di due problemi diversi e conviene tenerli ben distinti"[97]. La considerazione circa la legittimità del fine riguarda la valutazione di certi principi, men-

---

[93] Ivi, p. 473.

[94] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* cit., cap. II, p. 12.

[95] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., libro VI, cap. XII, p. 234.

[96] Ivi, libro XIX, cap. VI, p. 568.

[97] N. Bobbio, *Etica e politica*, in Id., *Etica e politica*, cit., p. 609.

tre “il problema dell’idoneità dei mezzi si pone quando si vuole dare un giudizio sull’efficienza”[98].

Il primo principio che deve essere considerato rispetto alla legittimità della finalità delle pene è il ruolo sussidiario del diritto penale. Il sistema penale è solo una parte dell’ordinamento giuridico e l’identificazione del suo scopo non può prescindere dalla considerazione dei limiti che tale ordinamento impone. Un’esagerata attenzione particolaristica al diritto di punire potrebbe oscurare i confini del suo carattere di mezzo, portare a derive autoritarie e a deliri di onnipotenza del sovrano.

Trapani ci ricorda l’importanza di non perdere di vista il carattere sussidiario del diritto penale: «hablar de legitimación y de límites del derecho penal como rama del derecho objetivo de una sociedad organizada significa, en primer lugar, hacer referencia al ordenamiento penal como ordenamiento jurídico “parcial” (“sectorial”), o, siguiendo la teoría de los sistemas, como “subsistema”, es decir, que hace parte de un ordenamiento jurídico, más amplio califica hable como “general”»[99].

Ugo Spirito sostiene che “le infinite soluzioni che si sono tentate del problema del diritto penale son partite per lo più dal falso presupposto di un diritto considerato come categoria a sé, e, a seconda del significato dato a questa categoria, si è attribuito al diritto penale una correlativa finalità particolare”[100].

I codici non fanno riferimento alla finalità del diritto penale ma a quella della pena, individuata come fulcro della questione. Alla base dell’impostazione del problema c’è una concezione unitaria riguardo alla finalità di entrambi; ma, partendo dalla finalità della parte invece che del tutto, si percorre a ritroso la strada. Occorre considerare prima l’ordinamento nel quale il sistema penale si inserisce e che limita il suo operato; individuare, poi, lo scopo del diritto penale e, infine, quello della pena.

Configurare il diritto penale con più modestia implica riconoscere che le sue norme non pretendono d’imporre coattivamente modelli comportamentali. Sulle orme di Filangieri, Hart ha scritto pagine illuminati a riguardo: “dobbiamo smettere di considerare il diritto solamente come un sistema di stimoli che inducono al conformismo le persone con minac-

---

[98] *Ibid*.

[99] M. Trapani, *Consideraciones sobre la legitimación y los limites del derecho penal*, in *Estudios de derecho penal. Homenaje a Juan Fernandez Carrasquilla,* Universidad de Medellin, Medellin 2012, p 755.

[100] U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Beccaria a Carrara*, cit., p. 27.

ce. Invece propongo una analogia commerciale. Si consideri il diritto non come un sistema di stimoli, ma come qualcosa che potrebbe esser chiamato un sistema per *scegliere*, con cui le persone possano vedere per lo meno in termini generali, i costi che dovranno pagare qualora agiscano in certi modi"[101].

A questa visione del diritto penale potrebbe essere mossa la critica di dichiarare che "la pena sarebbe come un biglietto d'ingresso: venite, assassinate pure, basta che paghiate!"[102]:

> non voglio suggerire che sia indifferente - prosegue Hart - la pena è diversa da una tassa. Voglio dire che concepire il diritto come qualcosa che semplicemente induce le persone al corso d'azione desiderato è inadeguato e ingannevole; ciò che fa un ordinamento giuridico, che renda la responsabilità generalmente dipendente da condizioni scusanti, è guidare le scelte di comportamento degli individui offrendo loro delle ragioni per esercitare la scelta nella direzione dell'obbedienza, ma lasciandoli liberi di scegliere[103].

È proprio questa libertà di scelta che viene incrinata dal modo in cui la rieducazione è concepita oggi. La raffigurazione del soggetto agente, nella teoria del reato, come individuo in grado di scegliere, che rappresenta il presupposto della responsabilità penale, scompare in sede di teoria della pena dove il condannato non è posto in grado di scegliere, ma soltanto di eseguire, di ubbidire, di subire, di accettare.

Rispetto all'esecuzione della pena, dall'opera di Beccaria emerge che la finalità, al pari di quella del dritto penale, è negativa: rivolta, cioè, a prevenire la violenza. Le ragioni del diritto penale non si erigono sulla pretesa positiva di compiere un bene, ma su quella negativa di evitare danni a terzi. Nel caso della minaccia della pena si pretende di evitare gli ingiusti danni provocati dai delitti, e nel caso della commisurazione e dell'esecuzione di essa si cambia completamente prospettiva e lo scopo, sempre in negativo, passa ad essere quello di evitare le ingiuste punizioni, limitando l'arbitrio punitivo: "Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uo-

---

[101] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit. p. 71.

[102] A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p 81.

[103] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 71.

mini, e la meno tormentosa sul corpo del reo"[104]. Questo postulato dimostra che l'utilitarismo in Beccaria non è dimezzato e che tiene conto del punto di vista del condannato come soggetto della punizione, non come oggetto di qualunque punizione l'autorità o la società pretenda imporgli.

La pretesa rieducativa sembra in apprensione rispetto al fatto che il condannato tornerà a riprendere il suo rapporto con la società, per cui lo vorrebbe rieducato alla legalità e alla pacifica convivenza sociale. Anche se all'istituzione della pena è riconosciuto un compito sia sulla società che sul condannato, e nonostante l'esecuzione di ogni pena sia l'affermazione della serietà con cui lo Stato mette in atto la tutela dei diritti di tutti, occorre riconoscere che l'esecuzione della pena dovrebbe essere guidata soprattutto da finalità negative rispetto al condannato, anziché da qualsivoglia pretesa positiva della società: innanzitutto non limitare altri diritti che quelli indicati nella sentenza di condanna e non punirlo con una sanzione segregativa, pervertrice o desocializzante.

Rispetto alla valutazione di alcune scelte di politica criminale che danno preminenza alle domande di punibilità della società rispetto alla considerazione del soggetto che sarà punito in concreto, Hart osserva: "certo, tutto ciò è piuttosto paradossale. Sembra distruggere completamente l'idea che nel punire dobbiamo esser giusti verso il particolare reo che abbiamo di fronte e che lo scopo delle condizioni scusanti sia di proteggerlo dalle pretese della società"[105]. Anche Carrara aveva optato per una finalità in negativo, dichiarando che basta che la pena non divenga pervertrice del reo[106]. La finalità in negativo è stata difesa soprattutto dai sociologi, che, analogamente, puntualizzano che la pena non deve essere desocializzante[107].

Nella riflessione di Beccaria, individuare la finalità delle pene era strumentale al calcolo rispetto alla validità dei mezzi punitivi. A tale riguardo la valutazione di Beccaria del sistema punitivo di allora è disastrosa: "i mezzi impiegati finora sono perlopiù falsi ed opposti al fine proposto"[108]. Alf Ross ha scritto che, tra una teoria preventiva speciale e l'idea di

---

[104] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XII, p. 31.

[105] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit. p. 69.

[106] F. Carrara, *Programma,* cit. § 645, p. 420.

[107] Cfr. M. Pavarini, *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in "Dei delitti e delle pene", Bologna, 1986, 2, Vol. II.

[108] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLI, p. 96.

eliminare del tutto la pena a favore del trattamento, il passo è breve[109]. Ma i pericoli di un fine perseguito a ogni costo vale per la rieducazione come per la prevenzione.

Per qualsivoglia finalità vale il consapevole monito di Hart: "per qualunque istituzione sociale, dopo che si è accertato quale scopo o valore generale è soddisfatto dalla sua conservazione, si deve indagare se ci sono dei principi, e quali, che limitino il perseguimento incondizionato di quel fine o valore"[110]. Il raggiungimento della finalità delle pene deve, dunque, essere limitato dai principi fondamentali del diritto penale. Per tornare a dare al dibattito sullo scopo il ruolo limitativo che dovrebbe contraddistinguere ogni aspetto della teoria della pena, che lungi dal pretendere l'ulteriore estensione del potere punitivo si erige per limitarlo e contenerlo, bisognerebbe ricordare innanzitutto che non può essere stridente con gli obblighi dello stato costituzionale di diritto, presi sul serio. E che una volta individuato lo scopo, o gli scopi della pena, occorrerà prospettare le garanzie affinché non sia perseguito a ogni costo e anche il fine prescelto sia ricondotto al principio di legalità per escludere le pene arbitrarie e bandire le pene in bianco.

Nell'opera di Beccaria *migliorare* non può che essere una decisione personale, un potere che ciascuno, anche il condannato, può decidere se esercitare o meno: "rimane al reo il potere di divenir migliore". Lo scopo rieducativo come funzione principale del sistema punitivo, dunque, non valorizza alcuni contributi importanti alla teoria della pena.

2.2. *Due vizi metodologici nella riflessione sulla questione punitiva*

2.2.1. *Riduzione della questione punitiva allo scopo delle pene*

Inflizione volontaria di sofferenza. È questa la spoglia definizione di cos'è la pena. Proclamata senza remore, come se questo fosse il suo dover essere, dai vecchi e nuovi vindici del sangue, sempre impegnati a sconfiggere il nemico di turno; negata da chi vorrebbe abbellire il discorso punitivo e si accontenta di renderlo un sepolcro imbiancato; e infine colta con lucido pragmatismo da coloro che apprendono il sistema delle pene non da quello che raccontano i libri, ma da come si manifesta nella vita degli individui, e sferzano gli spetta-

[109] A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p 87.

[110] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit. p. 39.

tori a non rimanerne indifferenti. A riguardo, Alf Ross, ricorda che, riconoscere la sofferenza come un male ed il divieto di danneggiare ingiustamente altrui come una fondamentale norma morale comporta porsi "il problema del diritto con cui lo Stato, mediante la pena, possa infliggere una sofferenza all'individuo, una sofferenza che spesso consisterà di interventi nei beni più alti, come quello della libertà e addirittura quello della vita"[111].

Dopo aver passato in rassegna le principali teorie che a tale problema hanno cercato di dare una risposta teorica, egli arriva alla conclusione che "le teorie sulla pena, fin dai tempi antichi, sono state teorie filosofico-morali intorno al diritto (morale) o il dovere (morale) dello Stato di punire"[112]. La conclusione di Ross è che le due teorie, o tipi di teorie, le cosiddette teorie assolute e quelle relative - più che mettere il punto nella tematica dello scopo della pena, come in genere vengono intese - rappresentano due soluzioni diverse di un unico problema: "la questione filosofico-morale circa la posizione etica della pena come diritto o come dovere dello Stato"[113].

Effettivamente sono questi i due orizzonti entro i quali tradizionalmente sono state poste le pretese di legittimità del sistema punitivo, rispondendo da due punti di vista alla stessa domanda sul suo fondamento originario: "uno deduce il diritto dello Stato da un principio etico, il principio della giustizia, che permette - o perfino richiede - che si renda male per male. Lo Stato è perciò legittimato (eventualmente perfino obbligato) a punire chi, in modo colpevole, si sia macchiato di un delitto. L'altro deduce il diritto di punire dagli effetti socialmente utili della pena"[114].

Il punto di partenza della riflessione di Ross è l'indagine sulla legittimità dell'atto statuale di infliggere una sofferenza. Si tratta di un tema che richiederebbe l'analisi del concetto di potere coattivo: delle sue ragioni e dei suoi limiti. Ross chiarisce subito qual è la domanda che si pone: perché lo Stato *mediante la pena* può infliggere una grande sofferenza all'individuo. Questa impostazione del problema instrada l'autore verso l'analisi delle diverse teorie della pena e delle finalità che ad essa sono collegate. Questo itinerario è rivelatore di un accavallamento continuo di problemi teorici autonomi. Quando ci si propone di intraprendere un'indagine per individuare il fondamento originario della potestà punitiva,

---

[111] A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 102.

[112] *Ibd.*

[113] *Ibid.*

[114] *Ibd.*

la prima domanda da porsi sarebbe: è legittima la coazione? In altre parole, si tratterebbe della domanda pregiudiziale a tutte le altre riferita alla questione "se punire"; ma, essendo la pena il fulcro dell'intera questione punitiva, dato che implica interventi addirittura *nei beni più alti* dell'individuo, questa domanda sovente è trovato risposta a partire dai contorni del concetto di pena. Il problema del potere di punire diventa il problema della pena e il fulcro del problema della pena è ravvisato nel suo scopo. La problematica della ragion d'essere del diritto penale è stata avvolta in quello dei connotati della pena. E dalla sorgente in cui si cercava la legittimità dell'atto di punire ha preso corpo un'impetuosa corrente sfociata in una sterminata produzione intellettuale sullo scopo della pena.

In effetti, Ross continua in questi termini la sua analisi: "Il reo deve sopportare la pena, giacché questa è il mezzo necessario per mantenere la vita sociale in accordo con certi valori. La giustificazione della pena, si può dire, dipende dallo scopo della pena stessa"[115]. Il filo di questo discorso è che la giustificazione del potere di punire dipende dalla giustificazione della pena, e la giustificazione della pena, a sua volta, dipende dal suo scopo. In fin dei conti, per proprietà transitiva, si conclude che la giustificazione del potere di punire dipende dallo scopo della pena. È quest'ultimo ad essere innalzato a questione centrale del diritto penale. Il punto di partenza era il problema del fondamento per cui lo Stato potrebbe legittimamente infliggere una sofferenza a un cittadino, ma lo si affronta discutendo sulla pena e specificamente sullo scopo di essa.

Proprio per la sua ferrea volontà di erigere una teoria all'interno della cornice positiva, Spirito indica Carrara come modello degno di essere imitato; visto che, anche se annoverato tra i giusnaturalisti, avrebbe dispiegato la sua anima giuspositivista nella definizione del concetto di delitto e nella demistificazione della deturpata tematica dello scopo della pena. Spirito prodiga elogi al maestro toscano, del quale apprezza la solidità, in quanto "Carrara ha compreso chiaramente che il fine del diritto penale deve essere immanente al concetto stesso di diritto positivo, nel quale deve trovare la sua ragione e i suoi limiti"[116].

L'analisi condotta da Spirito è interessante perché si può percepire come l'àncora con la quale si vuole salvare la teoria dai venti che la spingerebbero verso la mistificazione - in questo caso per rimanere dentro i confini del diritto, vincolando la finalità della pena a

---

[115] A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*. cit., p. 103.

[116] U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Beccaria a Carrara*, cit., p.16.

quella del diritto stesso - si affievolisce sempre di più, fino a sostenere che "il fine della pena non potrà essere che un fine educativo. Difendere il diritto non può significare che difenderlo là ove esso solo può realizzarsi e cioè nella coscienza umana. Punire significa instaurare nella coscienza del reo un livello spirituale superiore, renderlo consapevole del suo errore, fargli riconoscere la superiorità del diritto da lui violato. Punire significa redimere"[117].

L'infondatezza di alcune teorie della pena è dovuta innanzitutto a una ragione pregiudiziale a tutte le altre: la mancata distinzione delle diverse domande alle quali la questione punitiva intende rispondere, avviluppando dietro la riflessione sullo scopo questioni a quella precedenti e superiori. Questo aspetto è stato evidenziato da autori come Hart e Ross. Ross riconosce che "la questione della giustificazione dei limiti del diritto morale dello stato di punire è senz'altro uno dei punti più cruciali della problematica che generalmente viene trattata sotto il nome di questione dello scopo della pena. Ma l'impostazione tradizionale del problema è così confusa che, probabilmente, non sarà possibile chiarire davvero cosa prevedono le varie teorie"[118] .

Quello che si è perso col tempo è precisamente vincolare il dibattito sullo scopo della pena ai limiti del potere statale di punire, e lo si è fatto diventare un ulteriore campo di espansione di questo potere. Ma la riflessione sul fine della pena non solo è stata asportata dalla cornice limitativa in qui l'aveva inserita Beccaria, è stata anche frammischiata con altri discorsi, resa confusa, arida. Ross, lamenta che "non ci si è resi conto di cosa sia quel che si discute, quali siano le domande che ci si pongono quali si cerca di rispondere sotto la rubrica «lo scopo della pena». Non s'è capito che, insistendo in questa impostazione del problema, la quale presuppone che il compito consista nel trovare qualcosa che si chiama «lo scopo» e qualcosa che si chiama «la pena», s'è già cacciata la discussione in una camicia di forza che fa pensare si tratti di un solo interrogativo e di una sola risposta. Ma non è affatto così"[119]. Anche Hart si stupisce di questa "eccessiva semplificazione" del discorso punitivo[120].

---

[117] Ivi, p. 25.

[118] A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena,* cit. p. 88.

[119] Ivi, p. 70.

[120] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit. p. 60.

Si tratta di un vizio metodologico che riduce l'intera questione punitiva al problema della pena, che anche se è il fulcro della questione non è di certo l'unica: occorre analizzare prima ancora della figura della pena, le ragioni del potere punitivo, i principi fondamentali che ne guideranno l'operato, il tipo di condotte che saranno qualificate come reati, il tipo di processo con cui le ipotesi di reato saranno verificati, le autorità chiamate ad intervenire in ciascuna delle rispettive fasi, i loro compiti e i loro limiti, e tanti altri aspetti ancora che non si possono affrontare unicamente attraverso le lenti della pena. Sebbene essa sia la regina della scacchiera, ci sono tante altri pezzi.

Di fronte alla cecità che conduce a ridurre la questione punitiva a una sola domanda e aspettarsi solo una risposta, l'antidoto consiste nel schiarire l'obnubilata vista e intraprendere un'accurata lettura che consenta di scorgere tutte le tematiche intricate sotto l'unitaria questione dello scopo:

> Un'occhiata alla letteratura convincerà presto che ciò che viene discusso, sono nientedimeno che i princìpi fondamentali regolatori di tutto il sistema penale. In primo luogo i principi della legislazione penale. Quali sono gli atti che devono essere incriminati? A quale pena, qualitativamente e quantitativamente, devono essere collegati gli atti incriminati? In quali circostanze deve potersi applicare la pena nei confronti di una determinata persona e in quali altre sono indicate altre misure? Ma anche i princìpi dell'amministrazione e della legislazione penale, i principi che regolano il processo e la condanna penali e l'esecuzione della pena: quali sono le massime che devono regolare quella libertà di scelta entro i limiti della legge, che il legislatore dà alle autorità amministrative, giudiziarie ed esecutive?[121].

Per fin troppo tempo, dunque, il dibattito pubblico si dilungava in allocuzioni sullo scopo della pena, giungendo a conclusioni e a direttive varie che andavano a incidere sul diritto vivente, senza aver prima distinto i livelli del discorso.

Al suddetto vizio metodologico di ridurre la questione punitiva alla questione della pena si potrebbe aggiungere quello di ridurre la questione della pena al suo scopo. Che a sua volta è un aspetto centrale, ma non l'unico da considerare. L'eccessiva concentrazione sullo scopo della pena porta a subordinare ad esso principi ben più cardinali e vincolanti come lo stesso principio di stretta legalità della pena che implica come principale corollario quello della tassatività di essa, secondo cui il contenuto afflittivo delle pene dovrebbe essere stabilito dalla legge generale ed astratta *a seconda del delitto*. L'insistenza sullo scopo

[121] A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 70.

come aspetto focale del sistema penale comporta, invece, la predilezione per una pena incorniciata in una legge di contenuto duttile che possa essere maneggiata all'evenienza dall'é*quipe* della fase esecutiva *a seconda del condannato* che vi capiterà.

In una teoria garantista della pena il discorso dello scopo è restituito al suo posto, un posto d'onore sicuramente, ma preceduto di gran lunga dal principio di stretta legalità, di tassatività, di umanizzazione delle pene e di rispetto alla dignità del condannato, ai quali dovrà conformarsi.

2.2.2. *Confusione delle domande "se, perché, quando punire?"*

Una volta intrapresa la via della chiarezza nella questione punitiva, Hart avverte il bisogno di tornare indietro per porre delle questioni preliminari riguardo al presupposto della pena: "perché certi tipi di azioni sono vietati dal diritto penale?"[122]. Perché proprio quelle condotte e non altre?

Hart puntualizza che una cosa è «usare la parola retribuzione per indicare lo scopo generale giustificante del sistema, e cosa completamente diversa è usarlo per assicurarsi che la domanda "a chi si può infliggere la pena?" (questione di distribuzione) riceva la risposta solo al trasgressore per una trasgressione [...]»[123]. Alf Ross è riconoscente verso chi prima di lui ha dissipato la nebbia che avvolgeva la quesitone, come Hart, appunto, e ribadisce che "è soprattuto chiaro che le teorie della retribuzione non hanno niente a che fare con lo scopo"[124].

Contro chi gioca la partita riconducendo allo scopo della pena ogni riferimento alla retribuzione, Ross risponde con uno scacco matto che mette in discussione la qualità delle letture del giocatore sull'argomento: "ciò è chiarissimo per scrittori moderni che, come per esempio Hart, accettano il requisito della colpa (*mens rea*) come principio limitativo anziché considerazioni sullo scopo. Ma vale anche per teorici della scuola classica, Kant, Stahl, Hegel, Binding, ecc. Che questo non si sia già riconosciuto, è probabilmente da imputarsi

---

[122] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit. pp. 32-34.

[123] Ivi, p. 35.

[124] A. Ross, *Colpa responsabilità e pena,* cit. p. 103.

innanzitutto al semplice fatto che questi scrittori non ci si vanno più a leggere"[125]. L'elenco per fortuna non si è fermato lì.

Un autore che ha fornito un prezioso contributo per fare chiarezza nella questione punitiva è Luigi Ferrajoli. Egli non solo ha approfondito ulteriormente i significati del termine scopo - tra l'altro distinguendolo dall'effetto che Ross usava come sinonimo -, ma ha anche ripreso ed approfondito la distinzione delle domande a cui cerca di rispondere la questione punitiva.

Per Hart, per Ross, per Ferrajoli, la questione punitiva è fondamentalmente una questione posta male. Il quesito "perché punire?" è stato oscurato da altre domande sentite come più impellenti. "Perché punire?", invece, è una delle prime domande da porsi, e a sua volta, è una domanda complessa della quale, senza ulteriori precisazioni, non sarebbe intuitivo capire con esattezza che tipo di informazione si vuole ottenere. Domandarsi perché si fa qualcosa, quindi, soprattutto se si tratta di un'azione che non si esaurisce in un unico atto, racchiude almeno tre quesiti autonomi: 1) "per quale ragione", 2) "con quale scopo"; e 3) "con quale motivazione". Punire è un atto complesso e entrambi gli autori hanno saputo dirigere la domanda sul perché a ognuna delle manifestazioni del potere punitivo. Sostiene Ross: "la molteplicità di interventi di natura diversa, di atti decisionali del potere legislativo, che prestabilisce gli atti da incriminare e le pene ad esso collegati, gli atti amministrativi e giudiziari che danno attuazione alle premesse legislative e l'applicazione della sanzione a un determinato condannato, implica che almeno questi tre momenti possono costituire oggetto della domanda «perché»"[126]. In modo analogo, Ferrajoli costruisce la teoria del garantismo penale domandandosi, fra le altre domande, perché proibire, perché giudicare e perché punire[127].

Invece c'è un punto clamoroso su cui gli autori prendono strade diverse. Tornando sul polisemantico vocabolo *scopo*, afferma Ross che "la considerazione dello scopo si limita ad essere considerazione determinata da interessi dal punto di vista dell'agente, che motivano il suo atto, se l'agente è «la società» [...] lo scopo della pena è indicato dagli interessi generali della società, contrapposti agli interessi dell'individuo come tale, che sono alla

---

[125] *Ibid.*

[126] A. Ross*, Colpa, responsabilità e pena*, cit., p 77.

[127] *Ibid.*

base dell'istituzione penale"[128]. Ferrajoli, invece, riformula la questione dello scopo della pena, criticando l'utilitarismo dimezzato di altri autori, e rimettendo al centro l'interesse del condannato, come indicavano Beccaria e Bentham, che di utilitarismo dimezzato non potrebbero essere accusati: lo scopo del diritto penale è la prevenzione delle ingiuste offese e delle ingiuste punizioni.

La parola "scopo" è utilizzata da Ferrajoli per designare "le finalità che *devono* essere perseguite dalla pena affinché il diritto penale sia giustificato". A differenza della maggior parte della dottrina egli stipula una chiara distinzione rispetto all'impiego del termine "funzione" che invece designa "le finalità che di fatto *sono* perseguite dalle pene e gli effetti da esse concretamente conseguiti"[129]. A partire dalla precisa definizione dei concetti della teoria. Ferrajoli giunge a chiarire molti equivoci. In particolare, quelli "che affliggono le discussioni teoriche e filosofiche intorno alla domanda «perché punire?»". Questi equivoci, secondo Ferrajoli, dipendono "dalla frequente confusione tra i diversi significati ad essa espressi e tra i diversi livelli e universi del discorso cui appartengono le risposte da essa ammessi"[130].

L'Autore assume come compito preliminare quello di fare chiarezza, sul piano metateorico, sui livelli in cui si collocano le possibile risposte. Ed allora emerge l'importanza di tenere distinti tre livelli del discorso e di associare a ciascuno di essi un termine esplicativo diverso: "la parola *funzione* per indicarne gli usi descrittivi di tipo storico o sociologico, la parola *motivazione* per indicarne gli usi descrittivi di tipo giuridico e la parola *scopo* per indicarne gli usi normativi di tipo assiologico"[131]. Ferrajoli puntualizza che "il vizio metodologico riscontrabile in molte delle risposte [...] alla domanda «perché punire?» consiste nella confusione da esse operata della funzione o della motivazione con lo scopo, ovvero dell'essere (di fatto o diritto) con il dover essere (assiologico) della pena, e nella conseguente assunzione delle spiegazioni come giustificazioni o viceversa»". In questo modo egli opera un'altra distinzione: sono *teorie* o *spiegazioni* "le risposte alle questioni sulle motivazioni giuridiche delle pene e a quelle sulle funzioni da questa di fatto svolte" e sono invece *dottrine assiologiche* o *di giustificazione*, definite come modelli normativi di valu-

---

[128] Ivi, p. 78.

[129] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 198.

[130] *Ibid.*

[131] Ivi, pp. 322-325.

tazione, "le risposte alle questioni etico-filosofiche sullo scopo (oggi gli scopi) che il diritto penale e le pene, devono o dovrebbero perseguire"[132].

Accogliendo l'eredità di Beccaria, Ferrajoli raffigura la teoria del garantismo penale come la legge del più debole, che nel momento del reato è la vittima, nel momento del processo il condannato e nel momento dell'esecuzione della pena il condannato, che rimane pur cittadino titolare di diritti. Lo scopo della pena, quindi, non può tener conto soltanto degli interessi generali della società. Le garanzie hanno una valenza contro-maggioritaria perché il Novecento ha dimostrato la necessità di patti sociali che siano rispettati a prescindere dalla volontà della maggioranza, volontà che non potrà più essere spacciata per volontà generale di un inesistente io comune.

L'odierna teoria della pena dovrebbe riconoscere come agente titolare del potere punitivo lo Stato costituzionale di diritto, che non proclama la difesa di diritti autonomi ma il cui interesse principale è la tutela dei diritti dell'individuo, lo scopo di una delle sue branche, il sistema penale è da un lato concorrere alla prevenzione delle ingiuste offese e dall'altro essere protagonista della prevenzione delle ingiuste punizioni, i mezzi saranno le pene di cui si possa individuare il contenuto afflittivo in modo da poter tracciare una linea di demarcazione fra punizione legittima ed arbitrio punitivo. E la riflessione sullo scopo della pena è rivolta a limitare le possibili manifestazioni del sistema penale, optando per quelle più razionali.

2.3. *Distinzioni fondamentali nella teoria della pena*

2.3.1. *La pena minacciata*

"Nessuno si aspetta che giudici o statisti, impegnati nel compito di mandare gente al patibolo o in prigione, o nel fare (e disfare) leggi che permettano di fare tali cose, abbiano molto tempo per la discussione filosofica dei principi che rendono moralmente accettabile fare tutto ciò"[133]. Sono parole eloquenti di uno dei filosofi che ha fornito un'importante contribuito per portare chiarezza nell'intricata questione punitiva: H.L.A. Hart. Malgrado il

---

[132] *Ibid.*

[133] H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena*, cit., p. 28.

possibile disimpegno dei giuristi la questione punitiva implica domande inesorabili, tra cui una che Hart considera preliminare e riguarda la domanda relativa al perché certi tipi di azioni sono vietati dal diritto penale?[134]. La risposta di Hart è netta

> per rendere noto alla società che queste azioni non debbono essere compiute e in tal modo assicurarsi che ne vengano compiute di meno. Se non si ci riferisce alla semplice idea che il diritto penale stabilisce con le sue norme modelli di comportamento per incoraggiare certi tipi di comportamenti e scoraggiarne altri non possiamo distinguere una pena sotto forma di multa da una tassa imposta a un certo comportamento[135].

In questo modo Hart si proponeva di riconoscere la connessione fra legge ed effetto dissuasivo delle proibizioni penali. Di conseguenza i consociati vengono riconosciuti come destinatari delle norme penali, in generale, non solo delle norme considerate primarie. Hart, quindi, ribadisce il nesso stabilito fra norma ed effetto dissuasivo anche rispetto alle norme secondarie, che secondo la dottrina kelseniana, invece, sarebbero destinate al ristretto gruppo delle autorità chiamate ad applicarle. Rispetto alla "distinzione tra norme primarie che fissano criteri di condotta e norme secondarie che specificano cosa devono o possono fare i funzionari quando esse sono violate"[136], Hart specifica che "tutte le norme giuridiche in realtà sono direttive a funzionari [...]. Tuttavia solo mantenendo la distinzione tra l'obiettivo primario del diritto di incoraggiare o scoraggiare certi tipi di comportamento, e le sue tecniche meramente ausiliarie o riparatrici, possiamo dare un senso alla nozione di reato o trasgressione"[137].

Ai nostri giorni è ormai pressoché indiscusso che l'obiettivo primario del diritto penale sia prevenire la commissione di certe condotte per via dello scoraggiamento che dovrebbe produrre considerarle come reati ed associare loro una sanzione proporzionata alla gravità della condotta, nella natura e nella misura. Ma l'odierna concordanza sullo scopo preventivo è il prodotto di un percorso di razionalizzazione e giuridicizzazione del fine della pena.

La compiuta elaborazione teorica dello scopo general-preventivo è merito di Feuerbach, che avrebbe messo a fuoco un patrimonio di illuminante saggezza elaborato dalle dottrine

---

[134] Ivi, p. 32.

[135] *Ibid.*

[136] Ivi, pp. 33-34.

[137] *Ibid.*

del giusnaturalismo e dell'illuminismo, e rivolto essenzialmente in tre direzioni: "il distacco del diritto naturale (e quindi anche del diritto penale, visto essenzialmente come espressione del diritto di difesa dell'individuo e della comunità) dalla teologia della morale; l'attribuzione alla pena di una funzione meramente preventiva; l'umanizzazione delle pene"[138].

Si tratta di un contributo prezioso nella storia delle dottrine penalistiche portatore di un programma concreto e razionale irreprensibile dal punto di vista scientifico al quale hanno collaborato gli autori considerati pre-illuministi e i pensatori riconosciuti come rappresentanti del movimento illuministico[139]. Secondo Mario Cattaneo, Feuerbach è l'erede consapevole di tale corrente di pensiero e "se Beccaria può essere considerato il fondatore, animato soprattutto da intenti di riforma filosofica del diritto penale, Feuerbach può essere indicato come colui il quale ha sviluppato tale linea di pensiero completandola e arricchendola dal punto di vista scientifico e tecnico-dogmatico"[140].

> Se dunque il diritto e la libertà devono essere assicurati perfettamente - scrisse Feuerbach - allora deve esservi un mezzo di sicurezza che ci garantisca non solo da un'offensore indeterminato, ma dalle offese in generale [...]. Fra tutte le immaginabili misure di sicurezza delle offese in generale, nessuna è così generalmente efficace come la minaccia di mali fisici, con i quali l'azione offensiva viene condizionata. Essa agisce direttamente in modo contrario al fondamento ultimo dei desideri anti-giuridici ed elimina, causando la paura, il principio interno stesso da cui quelli provengono[141].

Uno dei grandi meriti di Feuerbach è la pregnanza riconosciuta al principio di legalità[142], non solo dei reati, che lo portò l'Autore a riformulare la massima risalente ad

---

[138] M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach*, *filosofo e giurista liberale,* cit., p. 278.

[139] *Ibid*. "a questo complesso programma hanno collaborato in una prima fase autori come Grozio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius (i fondatori, cioè, del giusnaturalismo moderno, alcuni dei quali vengono spesso consderati pre-illumunisti); e in una seconda fase autori come Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Verri, Filangieri, Hommel, Bentham (cioè pensatori che sono rappresentati riconosciuti del movimento illuministico in campo giuridico).

[140] *Ibid.*

[141] P.J.A. Feuerbach, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano* (1798)*,* Giuffrè, Milano 1972, pp. 108-113.

[142] Cattaneo rileva che "a giudizio di molti interpreti, la caratteristica principale della dottrina penalistica di Feuerbach non è costituita dalla teoria della coazione psicologica, dalla teoria che attribuisce alla minaccia della pena uno scopo di prevenzione generale, bensì dalla sua concezione della legge penale sul principio di legalità - Il von Bar afferma che la dottrina di Feuerbach viene generalmente definita come teoria della coazione psicologica, questo è un nome legittimo, tuttavia meglio le si additerebbe la qualifica di teoria della legge positiva". M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach*, *filosofo e giurista liberale,* cit., p. 280. Cfr. G. Guarnieri, *Le concezioni penalistiche di G.D. Romagnosi e P.A. Feuerbach*, in "Giustizia penale", 1942, I, p. 78.

Ulpiano, *nullum crimen sine lege* in termini inderogabili anche per le pene: *nullum crimen nulla poena sine proevia lege poenali*. Altro merito è il modo garantista con cui egli limita le frontiere del diritto penale alla prevenzione dei reati: nella sua dottrina si minacciano le pene per prevenire le offese in generale, e anche l'esecuzione della minaccia resta agganciata all'originaria finalità preventiva senza aprire la porta a finalità autonome: "Ma come la minaccia del male penale ha uno scopo, così anche l'inflizione dello stesso dopo il fatto compiuto ne ha uno [...]. Esso non consiste se non nel rendere efficace la minaccia stessa"[143].

Su quale sia lo scopo della minaccia della pena, oramai la dottrina si esprime in modo pressoché unanime: la prevenzione generale negativa dei reati. Antolisei, nel suo *Manuale*, sostiene che "dubitare di ciò, a nostro avviso, sarebbe quasi come mettere in dubbio l'esistenza del sole"[144]. La pena minacciata poi va eseguita poiché altrimenti la comminatoria legislativa perderebbe ogni efficacia: sarebbe un *telum imbelle sine ictu*. "Lo stato - prosegue Antolsei - una volta che abbia minacciato una pena, *non può esimersi*, per lo meno di regola, *dall'applicarla*"[145].

Il fulcro della questione sta, appunto, non nel carattere imperativo e inesorabile dell'esecuzione della pena, ma nel fatto che, *di regola*, una volta concluso il rispettivo processo nel rispetto delle dovute garanzie predisposte dall'ordinamento giuridico, la pena sia applicata. E ciascun ordinamento dovrà prevedere le causali di non punibilità, di non necessarietà della sua applicazione e di estinzione della pena. La precedente minaccia della pena non è una camicia di forza che comporta ineluttabilmente la sua esecuzione: le garanzie penali sono prospettate, anche, affinché l'esecuzione della pena avvenga solo nei casi in cui ciò è necessario. Basterebbe, per un fatto di coerenza, non tanto che la pena sia *di regola* applicata, ma che i cittadini possano confidare nel fatto che la pena sarà eseguita soltanto nel rigoroso rispetto *delle regole*.

Avendo risposto alla domanda sullo scopo della minaccia delle pene, Antolisei passa a formulare un altro quesito: "Si chiede ora quale sia la funzione della pena nel momento in

---

[143] P.J.A. Feuerbach, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, cit., p. 113.

[144] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 692.

[145] *Ibid*.

cui questa viene applicata, e cioè erogata dal giudice e, quindi, eseguita"[146]. E lì svanisce la concordia fra i teorici.

2.3.2. *La pena reale*

"La parola pena", sostiene Jeremy Bentham, "è di quelle che a prima vista non è necessario definire. Non si può, così sembra, darne una nozione più chiara di quella che è già nello spirito di tutti"[147]. L'appello allo spirito di tutti non è casuale. La pena è un'istituzione antica quanto i primi conflitti sulla terra. La parola pena può evocare vendetta in causa propria o altrui, sofferenza sentita vicina o lontana, mezzo di difesa utile o inutile e tanti altri pensieri ancora, ma di certo suona familiare. Tuttavia, non è altrettanto antico l'interesse teorico verso di essa per precisare di cosa si parla quando ci si riferisce alla pena. In uno dei suoi libri più noti, che, come pochi, dichiara dal titolo il proposito di presentare una *teoria delle pene*, Bentham indica un tratto distintivo nella definizione della pena, ripreso fino ai nostri giorni nella manualistica penale: "s*ulla base del principio di utilità, le pene legali sono dei mali inflitti, secondo forme giuridiche, a individui colpevoli di un'azione dannosa, vietata dalla legge, e con lo scopo di prevenire azione simili*"[148]. In sostanza, la pena sarebbe dunque un male. Bentham affronta anche il tema di quelle conseguenze opposte alle pene, *le ricompense*[149] precisando che "mezzi di natura così contraria debbono essere applicati a servizi differenti. La pena per la sua forza, è particolarmente adatta a prevenire le azione dannose e la sola adatta a prevenire le azione straordinariamente dannose". Alla pena, poi, considerata come "l'unica difesa della società"[150], viene attribuita la facoltà di intimidire gli uomini pericolosi, e rassicurare gli innocenti.

Le pene legali, dunque, sono mali, di comminazione necessaria per la prevenzione di azioni gravemente dannose in quanto unico strumento adatto a raggiungere il prefigurato scopo preventivo. Nella sua teoria Bentham introduce una dovuta distinzione, utile a fare chiarezza rispetto a cosa si allude quando si parla di un termine non univoco come quello

---

[146] *Ibid.*

[147] J. Bentham, *Teorie delle pene e delle ricompense,* cit., tomo I, lib. I, cap. I, p. 19.

[148] Ivi, p. 22. Corsivo presene nel testo.

[149] "Non bisogna servirsi della ricompensa quando lo stesso effetto può essere prodotto dalla pena". Ivi, p. 25.

[150] *Ibid.*

di pena: "nelle pene c'è un valore apparente e uno reale. Per valore reale intendo l'intero male della pena, quello effettivamente provato a seguito della sua inflizione. Per valore apparente intendo il probabile male che si presenta all'immaginazione dell'uomo medio, a seguito della semplice descrizione della pena, o della vista della sua esecuzione"[151].

Disgiungere la pena descritta dalla pena reale è una distinzione importante. In effetti, prima che la pena sia inflitta nella fase esecutiva, questa non esiste nella realtà, nelle fasi precedenti esiste soltanto la minaccia di essa, cioè la legge che la commina. La differenziazione fondamentale, però, non è quella fra la percezione soggettiva dell'uomo medio e la pena subita, ma quella fra la definizione oggettiva di cosa debba essere la pena secondo le norme del diritto positivo, in contrapposizione a cosa è la pena nella prassi. I canoni della pena in astratto vanno definiti legalmente. Si tratta di un dato di diritto positivo, di dover essere. La pena in concreto può solo essere raccontata dai condannati, è un dato di fatto. Il fisiologico divario fra dover essere ed essere comporta che la realtà della pena si troverà sempre qualche gradino al di sotto della legalità dettata con tante buone intenzioni dalle norme. Proprio per questo motivo occorrerebbe che coloro che in nome di tutti formulano le leggi sentissero la necessità impellente di formulare le norme sulle conseguenze penali nel rispetto del principio di stretta legalità e di tassativa (il suo corollario principale), e del principio della pari dignità di *tutti*, con la premura di offrire alla prassi una vincolante e coerente cornice legale. Il nesso chiamato a intercorrere tra il dover essere e l'essere impone che sia fornita una definizione ben precisa del contenuto delle pene, in grado di consentire la valutazione diretta a rilevarne le divaricazioni. Quanto meno precise e cogente siano le norme sulla penalità, maggiore sarà lo spazio lasciato all'arbitrio e maggiore la breccia fra la pena comminata e la pena inflitta, fra la pena descritta dalle norme e la pena reale.

Una completa teoria della pena si trova nell'opera del grande maestro della scuola classica italiana, Francesco Carrara, il quale, nel suo celebre *Programma del corso di diritto criminale*, ha riformulato la distinzione benthamiana rilevando due forze "inerenti alla pena", del tutto analoghe a quelle riscontrate nella sua trattazione del reato: la forza morale e la forza fisica; ciascuna delle quali si suddivide in oggettiva e soggettiva. La forza fisica soggettiva comprende "gli atti materiali con cui si irroga al reo il male che costituisce la

[151] J. Bentham, *Teoria delle pene e delle ricompense,* cit., tomo I, lib. I, cap. IV, pp. 26-28.

punizione", quella oggettiva "il bene tolto al delinquente"[152]. La forza fisica oggettiva è meglio esplicitata da Carrara come l'effettivo patimento, inflitto dalla pena. Come il risultato dannoso che questo patimento cagiona all'offeso e che è calcolabile "in ragione composta della sua *durata* e della sua i*ntensità*". La forza morale soggettiva, invece, è quella che riveste di legittimità l'atto di punire e consente di distinguerlo dal "male violento che non ha caratteri giuridici": il criterio formale, cioè, che sia stata proferita una sentenza giudiziaria[153]. Mentre la forza morale oggettiva è definita come "il risultato del male che il supplizio eccita negli animi dei cittadini, o buoni col farli tranquilli, o malvagi col frenarli"[154].

Carrara ricorda che è tale l'importanza attribuita da alcuni teorici alla forza fisica oggettiva, ovvero, al patimento del reo, "che alcuni criminalisti [...] vollero in questa sola, considerata nei suoi effetti sull'animo del colpevole, ravvisare la *vera pena.* Il carcere, l'ammenda, la stessa morte non sono, secondo questa dottrina, veramente la *pena;* ma sono i *mezzi* per cagionare la *pena:* e quelli sono unicamente legittimi per codesta loro *azione sull'animo"*[155].

Effettivamente, una nozione simile a quella di *vera pena* è riscontrabile in Bentham, il quale considera la pena come una spesa che lo Stato fa producendo un male al condannato per ottenere il profitto della prevenzione dei reati. Tuttavia, l'idea della pena, la pena *apparente* ha un ruolo fondamentale: "Da che cosa è costituita la spesa? Dalla pena reale. Qual è quella che influisce sulla condotta degli uomini? La pena apparente. La pena reale è la perdita, mentre quella apparente dà il profitto. Il profitto delle pene sta in relazione con gli interessi di due parti: il pubblico e l'offeso. La spesa della pena aggiunge a questi due un terzo interesse, quello del delinquente"[156]. In questo lessico, la pena sarebbe economica quando produce l'effetto desiderato con il minor impiego possibile di sofferenze; e troppo dispendiosa quando produce un male superiore al bene, o quando lo stesso bene si potrebbe ottenere anche con una pena inferiore.

---

[152] Cfr. F. Carrara, *Programma,* cit. § 627 - § 6 37, pp. 413 - 416.

[153] *Ibid.* Questo requisito "procede dalla volontà razionale del giudice competente, che interpreta ed applica la volontà della legge" .

[154] *Ibid.*

[155] *Ibid*. Come esempio riporta il caso di Nicolini, che avrebbe sostenuto queste idee in un trattato sul diritto di punire scritto nel 1845 ma rimasto inedito.

[156] J. Bentham, *Teoria delle pene e delle ricompense,* cit., tomo I, lib. I, cap. IV, pp. 26-28.

Si sentono le note della mitezza di Montesquieu e Beccaria in questo brano, ma Bentham, pur dimostrando di condividere la tesi di fondo, ricusa come inappropriato l'uso del termine in quanto contraddittorio con la definizione di pena come male: "Si parla generalmente di mitezza o di rigore delle pene. Questi due termini implicano un pregiudizio favorevole o sfavorevole, che può nuocere all'imparzialità dell'indagine. Dire una pena mite è associare delle idee contraddittorie; dire una pena economica è mutare il linguaggio del calcolo e della ragione"[157].

L'utilitarismo radicale di Bentham che in altri passaggi lo fa sembrare così lontano da quello di Beccaria, così incurante verso la dignità umana, svanisce nei passi in cui anch'egli elogia la mitezza della pena. Se non fosse chiaro ancora che l'utilitarismo di Bentham sulla *spesa* della pena non è dimezzato, le seguenti parole dell'autore dissiperanno ogni dubbio: "Non bisogna dimenticare, sebbene troppo speso lo si dimentichi, che il delinquente è membro della comunità, come ogni altro individuo, come la stessa parte lesa; e c'è la stessa ragione per tener conto del suo interesse, come di quello di ogni altro. Può essere necessario che l'interesse del delinquente sia in parte sacrificato all'interesse comune, ma non che non si abbia alcun riguardo per lui. Bisogna dunque che il male reale sia molto piccolo ed il male apparente il più grande possibile"[158]. Il brano merita una lettura capace di riconoscere il tenore del discorso, che non punti i riflettori sulla parola sacrificio né sulla grandezza richiesta al male apparente, ma sul contesto limitativo in cui sono inserite e sull'aspetto, da non tralasciare, che la privazione dell'interesse del condannato dovrebbe essere solo parziale ed inoltre deve molto piccola.

Un altro prezioso contributo benthamiano alla teoria della pena, circa il quale stupisce il disimpegno fra i giuristi, è quello che riguarda la totale trasparenza sul contenuto del precetto legale che prestabilisce la pena: "l'idea della pena - postula Bentham - deve essere esatta, o come dicono i logici *adeguata.* Con ciò intendo come auspicabile che essa rappresenti allo spirito non solo parte delle sofferenze che comprende, bensì la loro totalità. [...] Deve dunque rappresentare tutti gli aspetti di cui è composta: ciò che non è conosciuto non potrebbe operare come motivo". È eccezionale il ragionamento di Bentham. Da queste asseverazioni possiamo trarre almeno tre implicazioni fondamentali: 1). È l'enunciato legale

---

[157] Ivi, p. 26.

[158] Ivi, p. 27.

quello chiamato a stabilirne il contenuto. 2). Il contenuto della pena è strumentale a fornire i *motivi* chiamati ad *operare* nei suoi destinatari per dissuaderli a partire dall'*idea* fattasi della pena. 3). È fondamentale che il contenuto della pena sia reso noto nella sua totalità, in quanto vincolato allo scopo dissuasivo assegnato al precetto legale.

Se prendessimo i codici penali e andassimo a controllare lo statuto teorico delle pene, potremmo verificare che l'enunciato della legge, principalmente rispetto alla pena che occupa un ruolo centrale nella modernità, la pena detentiva, non adempie il suo ruolo di informare i cittadini sulla totalità degli aspetti di cui è composta la pena, e questa mancanza è grave. Deve essere la legge a punire, non l'uomo. Tuttavia, la fase esecutiva della pena detentiva è il regno del governo degli uomini.

Oltre a ribadire la totale conoscenza del contenuto della pena minacciata in accordo con una pena reale molto piccola, Bentham riconosce l'importanza che l'effettiva esecuzione delle minacce sia un dato di pubblica conoscenza, visto che "se i delinquenti fossero di regola puniti per i loro delitti senza che alcuno ne avesse conoscenza [...] la pena reale avrebbe tutta la sua forza; la pena apparente sarebbe inesistente. La punizione cadrebbe su ogni individuo come un male imprevisto; non sarebbe affatto presente nel suo spirito per dissuaderlo dall'azione delittuosa"[159]. In effetti, l'Autore aveva in precedenza descritto la pena apparente come la rappresentazione media dell'idea di essa "a seguito della semplice descrizione della pena, o della vista della sua esecuzione" e quindi anche l'esecuzione della sanzione è collegata all'effetto dissuasivo della pena sui consociati.

In queste pagine Bentham valorizza l'effetto dell'esecuzione della pena sulla società. In modo analogo lo farà Carrara, esaltando la *forza morale della pena*, come quella in cui sta "la grande efficacia politica" della pena, giacché "dalla forza morale del delitto nasce la *offesa sociale*, dalla forza morale della pena nasce la *riparazione sociale*"[160].

Parte della forza morale della pena *risiede nel far tranquilli i buoni*, cioè, negli effetti sulla società. Dunque, sia dall'opera di Bentham che in quella di Carrara, che hanno formulato le più compiute teorie della pena del XIX secolo emerge non solo la non univocità del termine pena, ma un'ambivalenza propria di essa: la pretesa che non solo la legge penale, ma anche l'esecuzione della pena produca effetti sia verso la società che verso il con-

---

[159] J. Bentham, *Teoria delle pene e delle ricompense,* cit., tomo I, libro I, cap. IV, p. 28.

[160] F. Carrara, *Programma,* cit., § 627 - § 6 37, pp. 413 - 416.

dannato. Pretesa, questa, che ha comportato una sovrapposizione degli interessi in gioco percepibile nella discrasia del sistema punitivo.

Si capisce che alla minaccia della pena sia ascritto uno scopo chiamato a operare in generale sulla società, cioè su ciascun potenziale violatore di una norma, in quanto nella fase di minaccia tutti siamo destinatari delle norme penali. Per quanto riguarda la fase esecutiva, invece, il destinatario della sanzione penale è già stato individuato nella fase processuale, ed è un singolo individuo. L'atto mediante il quale si infligge la punizione non è destinato alla generalità dei consociati. Quindi nemmeno lo scopo dell'atto dovrebbe riguardare una pluralità di destinatari.

Tuttavia la capacità associata all'esecuzione della pena di incidere sia sul condannato che sulla società è un'ambivalenza ad essa propria, e una dimostrazione del fatto che la pena è sopravvalutata: all'inflizione della pena viene chiesto troppo. Per alcuni teorici deve far soffrire il condannato, per altri lo deve rieducare; ma spesso il punto d'accordo è che eseguire le pene ha un effetto rassicurante sulla società. Antolisei, fermo assertore dello scopo generale preventivo, dà ragione

> a quella larga corrente dottrinaria, la quale ritiene che la vera funzione della pena non è la retribuzione, ma il mantenimento dell'ordine giuridico: in altri termini, la protezione della società contro le azioni degli individui che ne mettono in pericolo l'esistenza o lo sviluppo e - in tale senso - la *difesa sociale*. Tale difesa, attuata per il tramite della prevenzione generale, e precisamente per mezzo dell'efficacia dissuasiva inerente alla minaccia e conseguente applicazione della pena, costituisce lo scopo essenziale di questa sanzione[161].

A prescindere dallo scopo riconosciuto verso il condannato, alla pena viene assegnato lo scopo di difesa sociale. L'attribuzione alla fase esecutiva di uno scopo che tiene conto *anche* di interessi diversi da quello del destinatario della sanzione sarà pur un'ambivalenza propria delle pene, ma non bisogna dimenticare che il rispetto della dignità del condannato richiede che si tenga conto *soprattutto* della sua persona, e che, sulle orme di Montesquieu, di Beccaria e di Bentham, la pena reale sia la meno afflittiva che si possa. E questo scopo non potrebbe mai essere raggiunto qualora si tenga conto a dismisura della pretesa di difesa sociale.

---

[161] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale,* cit., p. 693.

2.3.3. *La pena come extrema ratio*

"L'impiego della pena è una necessità, quello della ricompensa è un lusso. Opprimete il primo di questi mezzi, la società non può sopravvivere, eliminate il secondo, essa sussiste ancora con meno piacere e meno eleganza"[162]. Come qualcosa di insopprimibile, dunque, viene rappresentata la pena da Jeremy Bentham nella sua nota *teoria delle pene e delle ricompense.* La pena, afferma Bentham, "infligge una sofferenza ad un individuo che vi ha dato volontariamente causa e nei suoi effetti secondari, essa si tramuta tutta in bene, intimidendo gli uomini pericolosi, e rassicurando gli innocenti: è l'unica difesa della società"[163]. Non sfugge a Bentham la componente di sofferenza che essa comporta. Tuttavia "la pena, mezzo vile in sé stesso che ripugna ad ogni sentimento di generosità, si eleva al primo tra i servizi pubblici quando la si intende [...] come un sacrificio indispensabile per la salvezza di tutti"[164]. Le sanzioni punitive sono rappresentate come la colonna portante che sostiene l'altrimenti precaria civiltà. E Bentham, di certo, non è stato l'unico a tenersi stretta la figura della pena come qualcosa di cui non si potrebbe fare a meno.

Von Liszt abbraccia indirettamente questa posizione indiscussa della figura della pena quando si domanda "qual è la causa di questa reazione istintiva, e perciò stesso necessaria, contro il delitto?"[165]. In questo caso la necessità è derivata dall'intrinseco rapporto azione-reazione che intercorre fra il reato e la pena, per Liszt analogo a quello che intercorreva primitivamente fra offesa e vendetta. Riferendosi alla pena, il criminologo austriaco sostiene che "l'espurgazione del fatto, in qualunque modo si articoli, non intacca l'effettiva esistenza del fatto stesso"[166]. Nonostante le plurime riflessioni di cui è oggetto la pena, dunque, il dato di fatto è che essa esiste e trova la sua origine in una reazione istintiva: dunque è necessaria. La sua conclusione sembra viziata dalla fallacia realistica.

La necessità del sistema penale e la perturbante visione apocalittica qualora esso venisse a mancare sono state ribadite anche da Alf Ross, secondo il quale "la giustificazione della pena nei suoi effetti sociali sono parole vuote. La ragione giuridica è che senza di essa la

---

[162] J. Bentham, *Teoria delle pene e delle ricompense,* cit., tomo II, lib. I, cap. VII, p. 84.

[163] Ivi,tomo I, lib. I, cap. II p. 23.

[164] *Ibid.*

[165] V. Liszt, *Op. cit.,* p. 16.

[166] *Ibid.*

società non potrebbe esistere"[167]. Da questa radicale prospettiva, che lega l'impiego della pena alla sopravvivenza della società, c'è posto perfino per l'apprezzamento dei servizi del boia, agente di legame dell'associazione umana: "togliete dal mondo questo agente incomprensibile e, nel medesimo istante, l'ordine farà posto al caos, i troni s'inabisseranno, la società sparirà"[168].

La necessità di un sistema punitivo è stata asserita dalla maggioranza degli studiosi che si affacciano alla questione punitiva. Sarà pur terribile, questo potere, ma è necessario. *Perché punire è necessario*. È questo il titolo di un libro di Winfried Hassemer, il cui sottotitolo si esprime a favore della *difesa del diritto penale*[169]. Il testo che si propone di confutare la visione dell'abolizionismo, quella voce minoritaria e fuori dal coro, ma che porta con sé il merito di aver contribuito a rivelare come il diritto penale si sia ammantato di una presunta legittimità che mai deve darsi per scontata[170]. Vincenzo Ruggiero ricorda che l'abolizionismo è stato paragonato a un vascello carico di esplosivi che naviga nei mari della giustizia penale[171]. Il carico esplosivo trasportato dagli abolizionisti dipende dal bersaglio prefissato. Per alcuni la conflagrazione dovrebbe portare via con sé l'intero sistema punitivo per impiantare *altro* al suo posto, qualcosa di *meglio*; per altri basterebbe colpire le pene più crudeli: la pena di morte, l'ergastolo, la pena detentiva in carcere. I primi sono certamente i più temuti.

Ruggiero, invece, riscatta l'abolizionismo come un valido approccio, una prospettiva, una metodologia; un modo diverso, insomma, di guardare al crimine, alla legge e alla punizione[172]. La scia che inevitabilmente ha lasciato questo diverso approccio e la sua critica demolitrice nei mari nella questione punitiva, è stata valorizzata anche da Luigi Ferrajoli, dato che effettivamente la legittimità del potere di punire e di ognuno dei suoi mezzi

---

[167] A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 90.

[168] "Da quella formidabile prerogativa [...] risulta l'esistenza necessaria di un tal uomo che s'abbia l'incarico di infliggere ai misfatti i castighi decretati dalla umana giustizia [...]. Egli è formato come noi sta realmente, egli nasce come noi: ma egli è un essere straordinario, ed acciocché esista nell'umana famiglia, fa mestieri di un particolare decreto,di un FIAT della potenza creatrice". J. De Maistre, *Le serate di Pietroburgo*, cit., pp. 41-45.

[169] W. Hassemer, *Perché punire è necessario*. *Difesa del diritto penale*, a cura di Domenico Siciliano, Il mulino, Bologna 2012.

[170] Cfr. M. Pavarini, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in "Dei delitti e delle pene"*,* 1985, III.

[171] V. Ruggiero, *Il delitto, la legge, la pena. La contro-idea abolizionista*, Edizioni Gruppo Abele, Torino 2011.

[172] *Ibid*. Cfr. anche V. Ruggiero, *Penal abolitionism,* Oxford University Press, Oxford 2010.

non deve darsi per scontata, ma deve essere sottoposta ad analisi critico e vagliata attraverso i più alti principi di civiltà[173]. E l'onere della prova grava su chi propugna una teoria giustificazionista del diritto penale.

L'approccio critico nei confronti del sistema punitivo porta come conseguenza inevitabile la relativizzazione della sua conclamata necessità. Uno sforzo per non generalizzare la necessità del potere penale lo si ritrova in Lundstedt, che in termini molto razionali sostenne che "saranno poche le norme senza le quali la società non potrebbe esistere: omicidio, truffa [...]"; in ogni caso, in assenza di norme penali "la convivenza sociale sarebbe senz'altro sgradevole e i cittadini sarebbero costretti a prendere delle misure di sicurezza per proprio conto, ma non vedo perché dovrebbe cessare qualunque convivenza. Queste e altre norme penali non sono condizioni necessarie della esistenza della società, ma dell'esistenza di essa in un modo che si conformi a certi valori e a certe esigenze"[174].

All'apparato penale si farebbe ricorso soltanto in quanto *extrema ratio*. Quando sia assolutamente necessario il suo intervento. In effetti, stabilire tramite la legge l'elenco dei delitti a cui siano collegati le rispettive pene, dunque, non sarebbe necessario per la sopravvivenza della società, ma, più modestamente, una scelta razionale per rafforzare la garanzia di certe esigenze ritenute di massima importanza come la prevenzione delle ingiuste offese e delle ingiuste punizioni. A questa scelta giustificazionista, però, potrebbe essere mosso il rimprovero di non poter provare la propria validità, in quanto nessuna indagine potrebbe mai provare il numero dei reati che non sono stati commessi poiché il potenziale autore è stato frenato nel suo impulso dal timore della pena.

"En opinión doctrinal unánime, compartida incluso por los adalides del neo- retribucionismo, el sistema penal debe orientarse hoy hacia la prevención y la disuasión. Sin embargo, datos abrumadores, fruto de la investigación empírica, impiden el optimismo respecto a la eficacia preventiva"[175]. L'efficacia preventiva delle norme penali è messa in discussione soprattutto da chi spiega il reato come necessario epilogo dell'interferenza di cause esterne, per una sorte di determinismo. Di fronte a questo appunto sulla mancanza di un banco di

---

[173] "Il punto di vista abolizionista [...] ha dunque avuto il merito di favorire l'autonomia della criminologia critica, di sollecitarne le ricerche sulle origini culturali e sociali della devianza e sulla relatività storica e politica degli interessi penalmente protetti". L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 238:

[174] Cfr. A. Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 90.

[175] J. Terradillos, *Función simbolica y objeto de protección del derecho penal*, in *Pena y Estado*, a cura di Juan Bustos Ramírez, ConoSur, Santiago 1995, p. 9.

prova a sostegno della sua portata dissuasiva, Hart non ha indugiato a ribadire la necessità del sistema penale: "naturalmente dobbiamo prendere le mosse dal bisogno che c'è del diritto penale e delle sue sanzioni come freno, perlomeno in qualche misura, di comportamenti che minacciano la società. Ciò implica l'opinione che le minacce del diritto penale realmente diminuiscano la frequenza del comportamento antisociale, e senza dubbio si potrebbe sostenere che questa opinione sia fondata su prove insufficienti. Tuttavia dobbiamo evidentemente prendere questa tesi come punto di partenza: se essa è errata lo è per mancanza di prove empiriche non perché contraddice una qualunque forma di determinismo"[176].

Un fianco debole dove colpire le ragioni del diritto penale lo si ritrova sempre, ed è giusto denunciare gli aspetti deboli della teoria della pena. Per esempio, si potrebbe voler colpire la pretesa di presentare la pena come unica difesa della società di fronte al delitto, come hanno affermato Bentham e tanti altri, facendo notare l'efficacia dissuasiva di altri sistemi come l'istruzione, e ribadire che coloro che non si lasciano trascinare dai talvolta suggestivi lacci del reato probabilmente si comportano in quel modo non per causa dell'esistenza delle norme che li puniscono, ma della loro educazione e della loro etica. Di fronte a questa critica il filosofo Paolo Rossi assume il ruolo difensivo della necessità del sistema penale: "in effetti date certe condizioni obiettive e subbiettive il delitto esplode inevitabilmente. Ma ciò non vuol dire che il codice penale sia inutile. Una delle condizioni obiettive e negative da superare è appunto l'esistenza delle sanzioni penali". Hart giunge a una conclusione simile espressa in altri termini: "solo perché poche persone prendano in considerazione la domanda: devo obbedire o pagare? non significa che non sia importante la permanente possibilità di porsela"[177].

Mancano le prove, quindi, e questo fattore è molto diverso dall'affermare che è provato che la sua esistenza sia inutile. In questo ordine di idee, la sola mancanza delle prove della sua efficacia dissuasiva non basterebbe per archiviare come inutile l'intero sistema punitivo. In ogni caso, la difesa dell'esistenza di un sistema legale dei delitti e delle pene non implica la difesa di qualunque sistema punitivo. Convenuto che il nostro sistema penale è un prodotto umano, esso si può ripensare, riformare o addirittura potremmo farne a

---

[176] H.L.A. Hart, *Colpa, responsabilità e pena,* cit., pp. 50 ss.

[177] *Ibid.*

meno[178], come propone l'abolizionismo. Un motivo valido, però, per difendere non il diritto penale esistente ma il carattere formale della pena, ossia l'esistenza di un potere pubblico sorretto dal principio di stretta legalità in tutte le sue fasi: quella legislativa, quella giudiziaria e quella esecutiva, che abbia il compito di verificare le ipotesi accusatorie, proferire una sentenza nel rispetto delle garanzie del corretto processo e garantire durante la fase esecutiva i diritti non compromessi dalla sentenza - unico titolo in uno stato di diritto per la limitazioni di diritti dell'individuo - è innanzitutto essere consapevoli del fatto che un giorno potremmo pure abolire il diritto penale, ma non le forme di controllo sociale, ed è quello il principale messaggio di Hassemer nel suo libro.

Dovremmo prendere atto dello spettro che si aggira nelle veci di apologia alle dottrine securitarie che, come in una porta scorrevole, fanno rientrare nel loro odioso cospetto nemici fungibili che hanno in comune essere percepiti come diversi; dovremmo accorgerci di come aumenta la domanda di punibilità, alimentata da queste dottrine. Un giorno, e questa volta e Ferrajoli a rammentarlo, potremmo pure abolire il sistema penale, ma non la commissione di reati e allora tantomeno le reazioni dinanzi alla commissione di reati, che diventerebbero diffuse, informali e di conseguenza assenti di garanzie.

Chi proclama la visione abolizionistica respinge al mittente - solitamente giustificazionista - la responsabilità di dover progettare altri possibili sistemi punitivi oppure altre pene, al posto di quelle che conosciamo: "è chi crede in una soluzione penale alla questione criminale che ha l'obbligo di giustificarla. Non certo chi la critica, perché altrimenti si determina un'inaccettabile inversione dell'onere della prova"[179], ricordando ai giustificazionisti che sono loro quelli che hanno l'onere della prova. E anche se l'impresa non è mondata da intralci, difendere la forma legale della sanzione esercitata tramite un'autorità pubblica e circondata dal sistema di garanzie frutto dell'elaborazione teorica dei padri costituenti e dei capostipiti del garantismo, continua ad essere una ragione per progettare come ideale, non l'abolizione di un sistema formalizzato, ma il suo constante progresso, non l'abolizione di un'autorità rivestita del compito di svolgere indagini sulla commissione di reati e

---

[178] M. Pavarini, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in "Dei delitti e delle pene", 1985, III.

[179] Così risponde Pavarini, richiamando Ferrajoli, alle sollecitazioni rispetto alla progettazioni di altri mezzi penali al posto della pena carceraria. Cfr. M. Pavarini, *Perfezione* a L. Ferrari, *No prison*, Rubbetino, Catanzaro 2015, p. 10.

un'altra chiamata a proferire le rispettive sentenze, ma la limitazione continua di questo potere e l'abolizione progressiva delle pene al vertice della scala punitiva.

Effettivamente, la sfida andrebbe accettata. Chi sia persuaso dalla necessità di difendere la forma legale della pena non può fermarsi lì, non può trincerarci dietro questa constatazione teorica, che non lo esonera di guardare alla prassi del sistema punitivo né tantomeno dell'onere di progettare l'abolizione o l'urgente riforma di alcuni mezzi punitivi esistenti, oppure l'inclusione di nuovi mezzi giuridici, se è vero che in essi si crede ancora.

Non si può, dunque, sostenere che sia necessario *il diritto penale*, qualunque diritto penale, ma un diritto penale minimo e garantista, nel quale non sono necessari tutti i reati né tutte le sanzioni oggi esistenti. Non si tratta nemmeno di una riduzione solo quantitativa di essi, ma innanzitutto qualitativa, per cui oltre alla depenalizzazione di alcune figure di reato, si esige la tipizzazione di altre condotte, come la tortura nel caso italiano. Sarebbero chiamati a farne parte solo i reati che rappresentano un'ingiusta offesa di beni ritenuti di particolare importanza per l'individuo e solo le pene rispettose della dignità del condannato, in quanto il suo nucleo afflittivo è stabilito dalla legge, consentendo nella pratica la differenziazione della legittima esecuzione della pena dall'arbitrio punitivo. All'interno del paradigma garantista la pena è un mezzo, l'attribuzione di un fine ha un proposito limitativo, in modo da scartare le pene non adatte al fine prospettato, e questi fini non sono fatti dipendere dalla fantasia del teorico, ma debbono essere compatibili con gli obblighi imposti dallo Stato costituzionale di diritto.

L'edificio garantista innalzato dai padri del costituzionalismo a partire dai contributi del progetto illuministico di riforma del diritto penale come mezzo per minimizzare la quantità e la qualità della violenza nella società, andrebbe valorizzato, ristrutturato e fortificato. In questa prospettiva, la giustificazione razionale della pena risiede nella sua capacità di "essere strumento di difesa e garanzia di tutti, della maggioranza non deviante ma anche della minoranza deviante". Dal nesso teorico stabilito fra il garantismo e la giustificazione del diritto penale "l'alternativa abolizionista del diritto equivale a utopia regressiva"[180].

In definitiva, come perentoriamente ci ha insegnato John Stuart Mill: "L'intera storia del progresso umano è stata una serie di transizioni attraverso cui un costume o un'istituzione dopo l'altra sono passate dall'essere presunte necessarie all'esistenza sociale, nel rango di

---

[180] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., pp. 232-239.

ingiustizie universalmente condannate"[181]. Tutte le forme di soggezione dell'altro sono un esempio paradigmatico di questo a volte impercettibile ma decisivo passaggio da difenderle come necessarie, poi ritenerle accettabili e infine farle oggetto di ripulsa. Non si tratta, dunque, di difendere come necessario l'attuale sistema punitivo e le sue pene, chiamate ad essere considerate ingiuste un giorno, ma difendere la forma legale della pena e circondarla sempre di garanzie più cogenti per contenere la violenza della punizione e riportare la minaccia e l'esecuzione della pena alla stretta legalità, limite primario dei fini e dei mezzi punitivi.

L'autorità punitiva è una nave tenuta salda nella tempesta da due ancore: la consapevolezza di non poter abolire i sistemi di controllo sociale e l'utopia concreta di impiantare il progetto garantistico del diritto penale minimo.

[181] J.S. Mill, *L'utilitarismo* (1861), in *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, a cura di Enrico Mistretta, Bur, 2013. p. 64.

Capitolo III. Teoria garantista della pena

3.1. *Il paradigma garantista*

3.1.1. *La stretta legalità e la stretta giurisdizionalità*

"Può accadere che la costituzione sia libera, e il cittadino non lo sia affatto, oppure che il cittadino possa essere libero, e la costituzione non esserlo. In questi casi, la costituzione sarà libera di diritto, ma non di fatto; il cittadino sarà libero di fatto, ma non di diritto"[1].

Montesquieu è stato uno dei primi autori ad accorgersi del fatto che la libertà del cittadino non fosse immediatamente deducibile dalle proclamazione dei diritti. Egli, inoltre, individuò una tipologia specifica della libertà: la libertà politica concepita come libertà dell'individuo in relazione allo stato e di fronte allo Stato, che non si soddisfa con le sole norme giuridiche che la riconosco. Il diritto contemporaneo si contraddistingue dalle molteplici dichiarazioni di diritti e dalla "crescente importanza data nei dibattiti internazionali, tra uomini di cultura e politici, in convegni di studio e in conferenze di governi, al problema del riconoscimento dei diritti dell'uomo"[2]. Ma all'*Età dei diritti* non ha susseguito ancora una altrettanto significativa età del garantismo. Per usare il suo linguaggio di Montesquieu, è possibile che un cittadino sia libero di diritto ma non di fatto: libero secondo quello che proclamano le norme, ma schiavo della prassi dispotica del diritto. In particolare del diritto penale: blindato nel suo dover essere dall'arbitrio e dall'errore attraverso norme che proclamano diritti individuali e vietano le condotte lesive di essi da parte di sfere sia pubbliche che private, ma scoperto nella prassi rispetto a ogni abuso di potere. Il teorico del diritto che più si è impegnato per sviluppare tecniche protese a ridurre il pur fisiologico divario fra dover essere ed essere è Luigi Ferrajoli.

"La lezione della storia giuridica post-illuministica - spiega Mario Jori - ci mostra, nelle pagine di Ferrajoli, l'insufficienza della mera tesi illuministica per cui il dominio del diritto e la libertà sono sufficientemente garantiti dalla presenza di una legge chiara e semplice e da un giudice-automa che la applichi fedelmente. Questo semplice ideale rimane pur sempre alla base della teoria del garantismo, ma per implementarlo occorrono, quantomeno, le

[1] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., lib. XII, cap. I, p. 341.
[2] N. Bobbio, *L'età dei diritti,* in *Etica e politica*, cit., p. 1168.

precauzioni tecnico-giuridiche illustrate nella parte centrale del libro di Ferrajoli [...]"[3]. Queste precauzioni volte a difendere i diritti di tutti e a limitare l'esercizio di tutti i poteri sono le garanzie dei diritti. Per la centralità della figura delle garanzie nella sua opera Ferrajoli è, giustamente, riconosciuto come il padre dell'odierno indirizzo garantista.

"Garantire - spiega Marina Gascón Abellán - significa rinforzare, assicurare, proteggere, difendere, tutelare qualcosa, e quando nella cultura giuridica si parla di garantismo quel «qualcosa» che si tutela sono i diritti o beni individuali"[4]. In una definizione prettamente ferrajoliana del diritto di stampo garantista, Gascón sostiene che tale nobile aggettivo può essere associato all'ordinamento che "stabilisce strumenti per la difesa dei diritti degli individui rispetto ad eventuali aggressioni ad essi da parte di altri individui e (soprattutto) da parte del potere statale; il che ha luogo mediante la previsione di limiti e vincoli al potere ai fini di massimizzare la realizzazione di questi diritti e di minimizzare le minacce contro di essi indirizzate"[5]. Parlare di garantismo ai nostri giorni, precisa, "rimanda necessariamente all'opera di L. Ferrajoli *Diritto e ragione*"[6]. Un libro che Pietro Costa ha definito "esigente nei riguardi del lettore":

> non è un saggio agile e leggero: già solo il numero delle pagine (1003 per l'esattezza), la complessità e la puntigliosità delle definizioni e delle distinzioni, l'analicità delle trattazioni dei problemi non servono certo a captare la benevolenza di chi si limiti a sfogliare direttamente il libro. Chi prenda invece coraggiosamente a leggerlo, si accorge ben presto che il discorso dell'autore si snoda con esemplare chiarezza: la fitta trama delle definizioni e delle classificazioni non è una zavorra inutilmente pesante, ma sostiene l'attenzione del lettore rendendo trasparente l'intera struttura dell'argomentazione[7].

In *Diritto e ragione* Luigi Ferrajoli espone magistralmente la sua *teoria del garantismo penale*. In realtà il sottotitolo dell'opera è riduttivo. Considerando l'ampio respiro del par-

---

[3] M. Jori, *La cicala e la formica*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Giappichelli, Torino 1993, p. 71.

[4] M. Gascón, *La teoria general del garantismo. Rasgos principales*, in *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, a cura di M. Carbonell, P. Salazar, Trotta - IIJ UNAM, Madrid 2005, p. 21. (Traduzione mia).

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*

[7] P. Costa, *Un modello per un'analisi: la teoria del "garantismo" e la comprensione storico-teorica della "modernità" penalistica*, in *Le ragioni del garantismo*, cit., p. 11.

adigma garantista[8], il lettore deve essere pronto ad "affrontare uno spettro tematico più ampio e inconsueto di quello che potrebbe attendersi"[9]. Esso non riguarda soltanto il potere penale: è un paradigma generale rivolto alla tutela di tutti i diritti fondamentali e alla limitazione di tutti i poteri. Il suo autore lo descrive come l'altra faccia della medaglia del costituzionalismo, e gli studiosi della sua opera concordano sul fatto che il costituzionalismo è l'unico marco istituzionale nel quale può prosperare l'ambizioso programma garantista. "Un programma - spiega Luis Pietro Sanchiz - il cui elemento midollare consiste in una concezione strumentale delle istituzioni al servizio dei diritti che può essere raggiunta soltanto a partire dallo stato costituzionale; soltanto questo modello politico incorpora un rigoroso «principio di stretta legalità», che suppone che il potere sia sottoposto non unicamente ai limiti formali, ma anche ai limiti sostanziali imposti dai principi e dai diritti fondamentali"[10]. Pietro mette in evidenza il valore del garantismo e del suo principale esponente in questo modo:

> il garantismo rappresenta una delle più stimolanti versioni del costituzionalismo. Come filosofia politica recupera e porta fino alle ultime conseguenze quel che di meglio e di più ambizioso c'è nel programma illuministico e contrattualista che fa delle istituzioni un artificio strumentale al servizio dei diritti. Nessuno come Ferrajoli ha presentato un modello così esigente, minuzioso e ampio dei diritti e nessuno ha scavato con tale ricchezza nei dettagli e tale profondità in tutte le sue implicazioni, come altrettanti requisiti affinché il potere e la sua forza, irrimediabilmente cattivi e privi di legittimazione, presentino un volto più tollerabile e meno tenebroso[11].

Il principale promotore del pensiero di Ferrajoi in lingua spagnola, Perfecto Andrés Ibañez, osserva che anche se il garantismo nasce in relazione al potere punitivo "è interessante segnalare che tale modo di intendere il garantismo, radicato esclusivamente in ambito penale, tardo poco in dar passo a una concezione più complessa e progettata su altri campi dell'esperienza giuridico-politica. Così, si parlerà di «garantismo dinamico», che è quello che trascende il marco del processo penale e di mera garanzia individuale di carattere reattivo per ampliarsi verso la tutela di altri diritti così come dei rispettivi spazi necessari per il

---

[8] Cfr. L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di Dario Ippolito e Simone Spina, Editoriale sceintifica, Napoli 2014.
[9] P. Costa, *Op. cit.,* p. 11.
[10] L. Prieto Sanchiz, *Constitucionalismo y garantismo*, in *Garantismo,* cit., p. 41. Analogamente M. Gascón, *Op. cit.* p. 36.
[11] Ivi, p. 53.

loro esercizio"[12]. Certamente il progetto riformatore al quale alludeva Pietro, che si pone in linea di continuità con le istanze di tutela dei diritti individuali proprie dell'illuminismo, riguarda in particolare la limitazione del potere punitivo. Un potere terribile perché segnato dal paradosso di tutelare i diritti limitando i diritti. Ma che si giustifica se, e solo se, improntato a prevenire le ingiuste offese e a ricondurre alla legalità le risposte sanzionatorie dell'ordinamento per prevenire anche le ingiuste punizioni.

Intorno a *Diritto e ragione* e alla teoria del garantismo in esso elaborata si sono succedute molteplici discussioni e commenti nei quali vengono manifestati diversi gradi di aderenza al discorso ferrajoliano. In ogni caso, è pressoché unanimemente riconosciuto, per dirla con Mario Jori, che questo capolavoro "rappresenta un momento importante nella discussione etico-politica e non potrà mancare di condizionare profondamente la discussione futura del problema della pena"[13].

Diritto e ragione è un classico della letteratura penalistica nel quale Ferrajoli, militante della filosofia analitica, ci ha insegnato come ragionare intorno alla questione penale. Le critiche rivolte da Hart e Ross alla dottrina penale per aver oscurato le domande a cui cerca di rispondere non possono certo essere mosse a Ferrajoli. Anzi, egli ha approfondito ulteriormente la dovuta distinzione dei sotto-problemi penali ponendosi 12 domande fondamentali: "se, perché, quando e come punire, proibire e giudicare?".

Il frutto della riflessione ferrajoliana è un modello garantista i cui elementi costitutivi sono due: "l'uno relativo alla *definizione legislativa*, l'altro all'*accertamento giurisdizionale* della devianza punibile. E corrispondono ad altrettanti insiemi di garanzie - le garanzie *penali* e le garanzie *processuali* - del sistema punitivo da essi fondato"[14]. In effetti, predisporre legislativamente le dovute garanzie dei diritti fondamentali implicate logicamente - prima ancora che giuridicamente - dalle norme superiori che li attribuiscono è una delle principali istanze della riflessione di Ferrajoli[15]. Nella sua epistemologia garantista di Ferrajoli vengono rinvigoriti i principi garantistici che sono il principale portato della tradizione giuridica illuministica e liberale, giunti a maturazione nel secolo XVIII. Quelli relativi ai reati sono la stretta legalità, la materialità, e l'offensività.

---

[12] Ivi, p. 60.
[13] M. Jori, *La cicala e la formica*, cit., p. 76.
[14] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 6.
[15] Cfr. L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie,* Il mulino, Bologna 2013.

Il primo elemento che contraddistingue la teoria del garantismo, dunque, è il convenzionalismo penale, che risale alla massima *nulla poena et nullum crimen sine legge*, che, nel rispetto del principio di stretta legalità implica la determinazione in astratto di ciò che è punibile. "Questo principio richiede due condizioni: il carattere *formale o legale* della definizione della devianza e il carattere *empirico o fattuale* delle ipotesi di devianza legalmente definite"[16]. Il convenzionalismo, rispetto alle ipotesi di reato, comporta un secondo aspetto che rappresenta una condizione contro il diritto penale d'autore imperniato sull'astratto concetto della pericolosità: "la definizione della devianza deve avvenire con riferimento non già a figure soggettive di status o d'autore, ma solo a figure empiriche e oggettive di comportamento secondo l'altra classica massima *nulla poena sine crimine et sine culpa"*[17].

Questo primo elemento è rivolto a precludere le figure di reato non riferite a fatti ma a caratteristiche di eventuali classi di soggetti. Applicando la massima *Auctoritas, non veritas facit legem* non è una particolare morale o una specifica visione del mondo quella in grado di stabilire le condotte di cui si deve interessare il diritto penale, ma la soltanto la legge può qualificare come penalmente rilevante un fenomeno. La devianza punibile, dunque, "non è quella che per caratteristiche intrinseche o ontologiche sia volta a volta riconosciuta come immorale, o naturalmente abnorme, o socialmente dannosa o simili. Essa è bensì quella formalmente indicata dalla legge come presupposto necessario dell'applicazione di una pena"[18].

Il secondo elemento del modello garantista, che l'Autore considera di solito trascurato, è "il cognitivismo processuale nella determinazione in concreto della devianza punibile". Cioè la stretta giurisdizionalità, che riguarda le motivazioni delle pronunce giurisdizionali. A sua volta richiede due condizioni: "la *verificabilità* o *falsificabilità* delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verificazione che la confutazione"[19]. L'osservanza di questo principio promuove un modello teorico e normativo di processo penale cognitivo e di accerta-

[16] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 6.
[17] *Ibid.*
[18] Ivi, p. 7.
[19] Ivi, p. 8.

mento che assume la prospettiva di Francesco Bacone sulla giuris-dizione, nel senso che essa "è- o al meno aspira ad essere - ius dicere e non ius dare"[20].

Il sistema di garanzie penali e processuali è integrato dai principi meta-legislativi di retributività, legalità, necessità, offensività, materialità, colpevolezza; e dai principi meta-giudiziari di giurisdizionalità, separazione tra giudice e accusa, dell'onere della prova e del contraddittorio. A questo decalogo di limiti e vincoli, si aggiungono infine le garanzie ordinamentali della terzietà, dell'indipendenza, della precostituzione e della ricusabilità dei giudici. Tutte insieme, siffatte garanzie compongono un paradigma normativo tendente alla minimizzazione dell'arbitrio punitivo.

In questi 10 assiomi si racchiude il sistema garantista. Essi furono elaborati soprattutto dal pensiero di matrice illuministica "che li concepì come principi politici, o morali o naturali di limitazione del potere penale altrimenti «assoluto». E sono stati successivamente incorporati, più o meno integralmente e rigorosamente, nelle costituzioni e nelle codificazioni degli ordinamenti evoluti, tramutandosi così in principi giuridici del moderno *stato di diritto*"[21]. E all'interno della teoria del diritto penale minimo nel loro insieme "definiscono il modello garantista di diritto o di responsabilità penale, ovvero le regole del gioco fondamentali del diritto penale"[22].

Da questi assiomi Ferrajoli deriva 45 teoremi per un totale di 55 tesi che complessivamente raffigurano il modello penale garantista. Ora, quasi tutti questi principi (e i teoremi) riguardano la configurazione dei reati e le tecniche per la verificabilità delle ipotesi di reato durante il processo, non delle pene: stabiliscono i canoni di legittimità delle proibizioni penali, e del loro accertamento durante il processo, non delle punizioni. In effetti, il modello garantista viene descritto come "uno schema *epistemologico* di identificazione della devianza penale diretto ad assicurare, rispetto ad altri modelli storicamente concepiti e realizzati, il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l'arbitrio"[23]. l'Autore, in effetti, torna spesso sulla definizione di queste garanzie come le condizioni necessarie per l'irrogazione

[20] Ivi, p. 9.
[21] Ivi., p. 69.
[22] *Ibid.*
[23] *Ibid.*

della pena: "vale a dire, i canoni di legittimità della responsabilità penale secondo i quali si può assoggettare un cittadino a una pena"[24].

Ferrajoli, dunque, costruisce il paradigma garantista per precludere innanzitutto due pericolosi i rischi della questione punitiva che minacciano permanentemente le libertà dei cittadini: la vaghezza delle ipotesi di reato e il carattere inquisitorio e decisionistico del processo penale. Di conseguenza, riserva speciale attenzione alla rigorosa formulazione legislativa dei reati e alle premesse che consentono il carattere accusatorio e cognitivo del giudizio penale. Questo aspetto è illustrato da Norberto Bobbio nella prefazione a *Diritto e ragione*, il quale, in riferimento alla prima parte, in cui si spiega il modello garantista, commenta che è

> tutta incentrata sulla netta contrapposizione tra il momento della legislazione e quello della giurisdizione, il primo che trova il suo elemento costitutivo nel convenzionalismo, ovvero nella teoria secondo cui è reato ciò che la legge stabilisce come tale in contrasto con le dottrine oggettivistiche del reato per cui vi sono azioni cattive in se stesse, il secondo col suo elemento costitutivo nella dottrina contraria del cognitivismo, secondo cui al giudice spetta verificare o falsificare l'ipotesi accusatoria attraverso procedure che rendano possibile la conoscenza dei fatti[25].

Sulle orme di Montesquieu assume la prospettiva del processo penale per affrontare la questione punitiva[26]. Effettivamente, il processo penale è il momento nel quale si vede sotto attacco la libertà del cittadino e può venir meno una fondamentale garanzie di libertà: la presunzione d'innocenza che allora deve essere presidiata.

Perfecto Andrés Ibañez, in un saggio in cui illustra la sua lettura del garantismo come *teoria critica della giurisdizione*[27]*,* risale alle radici del garantismo documentando quella che probabilmente si conta fra le prime occorrenze del neologismo in lingua italiana: si tratta del "così detto *garantismo*" di cui parla Guido de Ruggiero nella sua *Storia del liberalismo europeo* pubblicata nel 1925. Questo modo di alludere al garantismo certamente "obbliga a pensare che era già stato cognato e che era oggetto di qualche uso"[28]. In quelle

---

[24] "Ne deriva che il sistema garantista SG può risultare indebolito, per sottrazione, dalla mancanza o dalla lesione di talune delle condizioni e garanzie indicate come necessarie per l'irrogazione della pena". Ivi., p. 462.
[25] N. Bobbio, *Prefazione* a *Diritto e ragione*, cit., p. X.
[26] Cfr. D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo*. *Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, Roma 2016.
[27] P. Andrés Ibañez, *Garantismo: una teoría de la jurisdicción*, in *Garantismo*, cit., p. 59.
[28] *Ibid*.

pagine «garantismo» è inteso come "la concezione delle garanzie della libertà, in luogo dei formali e di solito inefficaci enunciati della sua ideologica essenza"[29]. Ruggiero ricollega tale configurazione della libertà a Montesquieu, che a differenza di tanti suoi predecessori ha colto la pregnanza di questo diritto e del suo rapporto con i tipi di ordinamento giuridico, invece di fermarsi sulla soglia della contemplazione della libertà come diritto innato dell'uomo quando essa "si rivela, invece, all'osservazione sagace come dipendente da molte circostanze", tra cui "una costituzione che stabilisce limiti precisi invalicabili all'attuazione dello Stato". Ma Montesquieu nell'*Esprit des lois* aveva avvertito che era possibile che la costituzione fosse libera ma il cittadino no, dunque, inoltre, si richiedono "buoni leggi generali e un potere autonomo nella loro applicazione"[30].

Da queste considerazioni Perfecto Andrés rinviene il nesso che fin dall'inizio ha legato garantismo e giurisdizione, e rileva che nella accezione di «garantismo» presente nelle pagine di de Ruggiero è palese che "vuole denotarsi un regime di garanzia dei diritti (di prima generazione) *con vocazione di effettività*, fondato sull'idea della separazione dei poteri" separazione che "si erige sull'esistenza di un potere in specifico, quello giudiziario, incaricato di assicurarla muovendo dalla sua indipendenza"[31]. Asserita la indiscutibile "radice penale del garantismo", Andrés Ibañez rammenta che il garantismo è un nuovo paradigma generale della teoria del diritto; tuttavia puntualizza che "in ogni caso indipendentemente da questo ampliamento del concetto, invero il garantismo penale, che è penale-processuale, non ha perso autonomia concettuale, nella misura in cui ha a che fare con problemi specifici di un qualificato settore dell'ordinamento e delle prassi istituzionali".

Il garantismo penale *stricto sensu*, dunque, è penale-processuale. Questa prospettiva è giustificata considerando la criticità del processo penale. Su questo versante, ricorda Andrés Ibañez

> Ferrajoli, in *Diritto è ragione*, amplifica un'accreditata esperienza storica sull'irrefrenabile tendenza del potere all'abuso, specialmente latente nelle vicissitudini del processo penale: quella sorte dei galleria di errori ed orrori alla quale plasticamente si riferisce. Quello che di esso si sa rappresenta una ragione sufficiente per averlo preso come il più accreditato *laboratorio* sperimentale dal

[29] *Ibid.*
[30] *Ibid.*
[31] Ivi, p. 59.

vivo rispetto ai tormentosi rapporti fra potere e diritti. E i risultati di questa osservazione e riflessione fondano una conclusione di gran lunga pessimista[32].

"Il garantismo (penale) dunque - osserva Mario Jori - non può esaurirsi con la mera riserva di legge (condizione necessaria ma non sufficiente), e richiede una rete completa di garanzie istituzionali e epistemologiche, prima di tutto nella formulazione delle leggi, ma poi anche nella giurisdizione o conduzione del processo penale, col principio di *stretta giurisdizionalità*, il quale a sua volta comporta quantomeno la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie e la loro provabilità empirica[33].

Jori, come Andrés Ibañez, ricorda gli errori ed orrori che hanno animato l'analisi ferrajoliana: da quelli "del nazismo e del socialismo reale (nonché innumerevoli altri minori tradimenti negli stati liberali) che hanno reso oggi necessaria la esplicazione, compiuta da Ferrajoli in *Diritto ragione*, della complessa rete di precauzioni giuridiche senza le quali il legalismo penale può finire col convivere con la mancanza di garanzie"[34].

Entrambi gli autori alludono a un'icastica massima di Ferrajoli: "se la storia delle pene è una storia di orrori, la storia dei giudizi è una storia di errori"[35].

Ai fini di precludere entrambi questi pericolosi rischi è stato elaborato il paradigma garantista. Nella piena consapevolezza che il processo penale non è soltanto la sede degli errori del giudizio ma anche lo strumento dal quale dipende che un cittadino subisca l'orrore della pena, la fase che può fare la differenza fra libertà e costrizione. Per tutelare le libertà individuale sono state costruite le garanzie sostanziali e processuali affinché ogni cittadino possa difendersi dalle eventuali accuse rivoltegli. Il sistema delle garanzie racchiude le condizioni minime che occorrono affinché ciascuno possa difendere la sua innocenza e la sua libertà, insomma la sua verità.

---

[32] Ivi, p. 61.
[33] Ivi, p. 70.
[34] Ivi, p. 71.
[35] Ivi, p. 619.

3.1.2. *Le garanzie della verità penale*

Nella sua teoria del garantismo penale, c'è un proposito che anima la riflessione ferrajoliana, dichiarata più volte dall'Autore in diversi luoghi di *Diritto e ragione*: riabilitare il concetto del vero nel penale[36]. Ferrajoli dichiara che "la definizione della nozione di verità «formale», o «processuale» e l'analisi delle condizioni in cui una tesi giurisdizionale è (o non è) «verificabile» e «verificata», formano dunque il primo capitolo di una teoria analitica del diritto e del processo penale, e insieme i principali parametri di un sistema penale garantista"[37]. In effetti, il punto di partenza di *Diritto e ragione,* cioè la Genesi del garantismo penale, che ricostruisce il caos del prima e l'ordine del dopo, è propio la distinzione fra decisionismo e cognitivismo, tematica che si colloca nell'ambito della teoria generale del processo penale. Fra le diverse definizioni di ordinamento giuridico Ferrajoli aderisce a quella che lo considera innanzitutto "un universo linguistico artificiale". Nel lessico ferrajoliano la legge è una questione di lingua e la giurisdizione una questione di linguaggio:

> Con una formula sintetica si può dire che la giurisdizione consiste nell'uso dei concetti di cui la legislazione stipula le regole d'uso [...]. È chiaro che il linguaggio, Cioè l'uso della lingua, è vincolato tanto quanto è vincolante la lingua, cioè le regole del linguaggio. Sicché, quanto più precise, in conformità al principio di stretta legalità, sono le definizioni delle fattispecie astratte dettate dalle leggi, tanto più determinate saranno le fattispecie concrete cui esse si riferiscono e in esse sussumibili in proposizioni vere o false e prima ancora verificabili e falsificabili[38].

Il lessico giuridico consente grazie alla stipulazione e all'osservanza di tecniche appropriate di formulazione e di applicazione delle leggi ai fatti giudicati, la fondazione dei giudizi su decisioni sulla verità, in quanto tale convalidabili o invalidabili mediante controlli logici ed empirici e quindi sottratte il più possibile all'errore e all'arbitrio. Ferrajoli, consapevole del rischio per la libertà che rappresentano le ipotesi accusatorie vaghe e indeterminate, dichiara qual è il compito delle garanzie: "si richiede solamente che il linguaggio giudiziario sia tendenzialmente privo di termini vaghi o valutativi e di interne antino-

[36] Ivi, p. 20.
[37] Ivi, p. 19.
[38] *Ibid.*

mie semantiche: e questo è esattamente ciò che il sistema delle garanzie di stretta legalità e di stretta giurisdizionalità é diretto ad assicurare"[39].

L'attendibilità delle decisioni penali è dunque molto più determinante nel sistema garantista di quanto si possa pensare di primo acchito. Ferrajoli attribuisce ai diversi principi che compongono il modello garantista del diritto penale un'unitarietà sul piano epistemologico - al di là dei loro eterogenei presupposti filosofici-, e precisa che "questa unitarietà è stata da ultimo identificata essenzialmente, nella decidibilità da essi assicurata della verità processuale delle ipotesi di reato formulate quali presupposti di pena". Il paradigma garantista, allora, si espone non solo come modello di responsabilità penale ma anche come modello epistemologico di *razionalità* del giudizio[40].

Partendo dal postulato illuminista sulla terzietà del giudice, fra cui il postulato col quale Beccaria proclama che è necessario che un terzo giudichi la verità del fatto, il modello teorico e normativo del processo penale viene descritto come un processo di cognizione o di accertamento che consente la verificabilità o la confutazione delle ipotesi accusatorie. E le garanzie penali e processuali oltre che come garanzie di libertà sono raffigurate come "garanzie di verità"[41]. Le regole d'uso della verità fattuale e giuridica in ambito processuale, però, sono ben chiare. Si tratta di una verità approssimativa, vincolata dalla corrispondenza fra la valutazione delle ipotesi fattuali con quello che stabilisce la fattispecie normativa. L'uso del concetto verità all'interno di un processo riguarda ciò che sia stato provato e accertato dal giudice: "il giudice accerta o prova come vero (che è stato commesso un reato) solo (se il fatto accertato o provato corrisponde a) ciò che è tassativamente denotato dalla legge come reato"[42]. Riguardo alla verità fattuale, dunque, nonostante le garanzie prospettate dall'ordinamento, l'obiettivo della giurisdizione non può essere il raggiungimento di una verità storica o assoluta, ma una verità probabilistica e relativa.

La stretta giurisdizionalità poi è intimamente legata alla stretta legalità in quanto in ambito processuale non si potrà mai parlare di verità, nemmeno di una verità approssimativa, qualora il legislatore non tenga conto della stretta legalità nella formulazione delle fattispecie penali, e tendenzialmente usi termini imprecisi e oscuri, il che inevitabilmente

[39] Ivi, p. 23.
[40] Ivi, p. 67.
[41] Ivi, p. 19.
[42] Ivi, p. 551-556.

comporta l'attribuzione di un ampio potere interpretativo al giudice, che a sua volta tendenzialmente si esprimerà in termini valutativi. Tutto ciò intacca la stretta giurisdizionalità.

Il ruolo che occupa il concetto di verità, se pur probabilistica e approssimativa, è tale da essere elevato come parametro per distinguere i livelli di garantismo dei diversi sistemi punitivi: "si dovrà dunque parlare, anziché di alternativa tra garantismo ed autoritarismo come per semplicità si è fatto finora, di grado di garantismo dei concreti sistemi penali a seconda del grado di procedibilità della verità processuale che essi consentono normativamente e soddisfano effettivamente"[43].

Dalla riflessione ferrajoliana emerge chiaramente il nesso stabilito fra tutela della libertà del cittadino, rigorosa formulazione legale delle ipotesi accusatorie e vincolato accertamento giurisdizionale delle ipotesi di reato. Alla stretta legalità è assegnato il compito di garantire "la verificabilità e la falsificabilità delle fattispecie penali astratte assicurando, tramite le garanzie penali, la denotazione tassativa dell'azione, del danno e della colpevolezza che di esse formano gli elementi costitutivi"; mentre la stretta giurisdizione "garantisce la verificazione e la falsificazione delle fattispecie penali concrete assicurando, tramite le garanzie processuali i presupposti empirici all'onere della prova a carico dell'accusa e del diritto alla confutazione da parte della difesa".

Anche se l'esecuzione della pena si pone fuori dalla logica della verificabilità e la falsificabilità di ipotesi fattuali, tenendo conto del fatto che il garantismo si propone di precludere tanto gli errori giudiziari quanto gli orrori delle pene, *la stretta legalità dell'esecuzione* è un tassello da incorporare nella composizione del paradigma garantista.

3.2. *Le garanzie relative alle pene*

3.2.1. *Come punire: natura e misura delle pene*

Rispetto alle 12 domande fondamentali affrontate in *Diritto e ragione*, quella su cui il paradigma garantista potrebbe espandersi ulteriormente (e su cui la ricerca resterà sempre aperta) è sicuramente quella relativa a "come punire?", ovvero alle garanzie che riguardano in modo diretto la pena, i suoi limiti e i suoi modi di esecuzione. "Quali pene?" sarà la do-

[43] *Ibid.*

manda che accompagnerà la riflessione sulla questione punitiva. L'indagine su questo versante è giustificata non tanto dalla ricerca di soluzioni definitive o originali - considerando che, come ricorda Massimo Pavarini "rivendicare primati di originalità nella riflessione penal-criminologica è sempre un peccato di presunzione ... e di cattive letture!!"[44]-, quanto dall'importanza di adeguare progressivamente il dispositivo delle pene al livello di civiltà raggiunto.

Le considerazioni di Ferrajoli su "Come punire?" si apre con un brano sferzante che ci ricorda che gli aggettivi associati al potere punitivo, quello di "odioso" dato da Condorcet, e poi quello icastico di "terribile" con cui lo qualificò Montesquieu, sono stati meritati:

"la storia delle pene è sicuramente più orrenda ed infamante per l'umanità di quanto non sia la stessa storia dei delitti: perché più spietate e forse più numerose rispetto a quelle prodotte dai delitti sono state le violenze prodotte dalle pene; e perché, mentre il delitto e di solito una violenza occasionale e talora impulsiva e necessitata, la violenza inflitta con la pena è sempre programmata, consapevole, realizzata da molti contro uno. Contrariamente alla favoleggiata funzione di difesa sociale, non è azzardato affermare che l'insieme delle pene comminate nella storia ha prodotto per il genere umano un costo di sangue, di vite e di mortificazioni incomparabilmente superiore a quello prodotto dalla somma di tutti e delitti"[45].

Nel 1945 il filosofo Del Vecchio aveva già richiamato l'attenzione su questo vergognoso aspetto della storia delle pene: "Chiunque consideri senza preconcetti, nella tragica realtà, la serie di aberrazioni succedutesi [...] durante i secoli, deve confessare che la storia delle pene, in molte sue pagine, non è meno disonorevole per l'umanità di quella dei delitti"[46].

Sia nelle parole di Ferrajoli che in quelle di Del Vecchio riecheggiano quelle di colui che per primo ha denunciato il pacifico spettacolo dell'efferatezza punitiva, Cesare Beccaria:

Chi nel leggere le storie non si raccapriccia d'orrore pe' barbari ed inutili tormenti che da uomini, che si chiamavano savi, furono con freddo animo inventati ed eseguiti? Chi può non sentirsi fremere tutta la parte la più sensibile nel vedere migliaia d'infelici che la miseria, o voluta o tollera-

---

[44] M. Pavarini, *La pena «utile»,* cit. p. 13.
[45] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 382.
[46] G. Del Vecchio, *Sul fondamento della giustizia penale*, in «Archivio penale» 1945, I, p 11.

ta dalle leggi [...] trasse ad un disperato rintrono nel primo stato di natura, o accusati di delitti impossibili e fabbricati dalla timida ignoranza, o rei non d'altro che di esser fedeli ai propri principi, da uomini dotati dei medesimi sensi, e per conseguenza delle medesime passioni, con meditate formalità e con lente torture lacerati, giocondo spettacolo di una fanatica moltitudine?[47].

Tutti e tre gli autori fanno riferimento alla storia delle pene. Scritte in momenti diversi e distanti la constatazione resta sempre attuale. La crudeltà del sistema punitivo non è mai solo la storia di ieri ma la realtà di oggi. Il lustro della modernità penale è stato aver abolito i supplizi. Non c'è nessun altra rivoluzione paragonabile in ambito punitivo. Per il resto, gli inutili tormenti di cui parlava Beccaria, le aberrazioni di cui parlava Del Vecchio e la violenza programmata e consapevole riferita da Ferrajoli segna anche l'odierno sistema punitivo. E rimane una costante anche quella saggezza che chi prospetta le pene si attribuisce.

Leggere l'elenco delle pene dell'arsenale punitivo dei romani è davvero raccapricciante: gladius, securis, crux, furca, culleum (cum cane et gallo et simia), saxum tarpeium, crematio, bestiis obiectio, fames, decollatio, fustuarium[48]. Così come i medioevali roghi contro gli eretici e le streghe, i supplizi prodigati in Europa fino al secolo XVIII. "Sembra che la fantasia umana non abbia avuto né limiti né freni nell'escogitare le forme più feroci della pena di morte e nell'applicarle anche alle infrazioni più lievi"[49]: in questo modo Ferrajoli raffigura questo macabro panorama, riecheggiando le parole del suo maestro a riguardo[50]. E su quanto sia stato, e per alcuni versi sia ancora, perverso e abietto il sistema punitivo, la storia del pensiero giuridico porta le sue colpe "per omissione, non avendo mai fino al secolo dei Lumi, levato seriamente la sua voce contro la disumanità delle pene; e per commissione, avendo espresso quasi sempre adesione e sostegno alla pena di morte. Al di là delle diverse dottrine sostenute intorno allo scopo della pena, questo pensiero pattinare unisce tra loro filosofi antichi come Platone, Aristotele e Seneca, pensatori cristiani, cattolici e protestanti, da Sant'Agostino, San Tommaso e Bellarmino a Lutero e Calvino, pensatori moderni, utopisti, idealisti e filosofi e giuristi liberali, giuristi moralisti e giuristi laici e positivisti. L'aspetto cruciale, allora, non è l'individuazione di un determinato scopo delle

---

[47] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* cit., cap. XXVII, p. 61.
[48] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 382.
[49] *Ibid.*
[50] "nell'invenzione di tale misure la fantasia umana non ha avuto limiti, e quindi sarebbe ozioso cercare di farne una enumerazione". Cfr. N. Bobbio, *Sanzione*, in Novissimo digesto italiano, XVI, Torino 1969, p. 534.

pene. Il fulcro della questione sono i limiti al potere punitivo nella composizione del sistema penale.

Una volta ammesso che i reati sono condotte dannose che devono quindi essere scoraggiate, e che un mezzo per farlo sono le pene, ad esse viene attribuita una finalità deterrente che, fino a un certo punto, condiziona il contenuto delle pene, nel senso che "devono consistere in eventi spiacevoli, o comunque in «mali» idonei a scoraggiare la commissione di altri delitti è ad evitare la ragion fattasi [...] la spiacevolezza è un connotato insopprimibile e non mistificabile della qualità della pena, se non altro perché questa è imposta coattivamente contro la volontà del condannato"[51]. La definizione della pena come un *male* è una versione più moderna di quella che la descrive come sofferenza o «malum passionis» o «positio mali seu dolor» che risale ad Aristotele e accomuna la letteratura illuministica che non recepisce l'idea platonica della pena come un «bene». In cosa debbano consistere questi mali è articolato in due sottoproblemi: quello della qualità e quello della quantità della pena, ciascuno dei quali riguarda sia le pene legalmente ammissibili "qualunque sia la gravità del reato" che le pene "ammissibili per questo o quel reato"[52].

La prima dottrina sulla qualità e l'intensità della pena è rinvenuta nel taglione, all'interno di una concezione strettamente retributivistica della pena, d'origine religiosa ma resistente nella cultura penale che rappresenta la pena come corrispettivo o come contrappasso e che perdura "fino a Kant e a Hegel, i quali identificano espressamente nel taglione il modello ideale normativo della pena". Hegel, sostiene che "l'annientamento del delitto è *taglione* in quanto, secondo il concetto, è lesione della lesione, e, secondo l'esistenza, il delitto ha un'estensione determinata qualitativa e quantitativa; quindi, anche la negazione di esso, in quanto esistenza, né a una altrettale"[53]. La negazione dell'*estensione* del delitto come parametro dell'*estensione* della pena "consente l'affermarsi della pena moderna come pena astratta ed uguale, come tale quantificabile e misurabile e perciò pre-determinabile legalmente e determinabile giudizialmente stia nella natura che nella misura"[54]. Un passo decisivo della modernità penale promosso, come tanti altri grandi progressi

[51] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 384.
[52] *Ibid.*
[53] *Ibid.*
[54] *Ibid.*

giuridici, dalla cultura illuministica è "la configurazione delle pene non più come *afflizioni* ma solo come privazioni"[55].

Ferrajoli puntualizza che la pena moderna ricade sulla privazione "precisamente dei tre specifici diritti a tutela dei quali, come scrisse Locke, si costituisce e si giustifica lo stato moderno: la vita, la libertà e la proprietà"[56], dando origine a tre tipi di pene: la pena di morte, le pene detentive e le pene patrimoniali. Su queste pene, definite dall'odierna teoria della pena come pene principali, l'Autore afferma che sono un portato della rivoluzione politica borghese, che segna la nascita della figura del cittadino e del connesso principio di astratta uguaglianza davanti alla legge, e che "sono tutte configurabili, infatti, come *formalmente uguali*, colpendo in ugual misura e con lo stesso tipo di sofferenza, a prescindere dalle condizioni personali del reo e sulla base soltanto del tipo di reato"[57].

Nell'acuta analisi ferrajoliana si mette a fuoco il fatto che su tutte e tre le pene principali della modernità si tende ad accentuare i caratteri formali dell'uguaglianza e dell'astrattezza. Perfino sulla pena di morte che "tende a perdere i caratteri afflittivi legati agli antichi supplizi per divenire, grazie all'uso di tecniche di esecuzione il più possibile indolori (esemplare la ghigliottina), una pena «uguale» e soltanto «privativa»"[58]. Rispetto alla pena detentiva e a quella patrimoniale, inoltre, si mette in rilievo la loro capacità di essere quantificabili e misurabili e di essere fondate sulla valorizzazione qualitativa e quantitativa dei beni su cui agiscono: "della libertà, astrattizzata come «tempo di libertà» e privata dalle pene detentive; della proprietà, astrattizzata come «denaro» È privata dalle pene pecuniarie; *della potestà di scambio*, astrattizzata come capacità d'agire o diritto di cittadinanza e privata dalle pene interdittive "[59].

L'elemento che contraddistingue le pene moderne dunque e che sono rappresentate come astratte, uguali e "legalmente predeterminabili sia nella natura che nella misura come privazione di un *quantum* (da un minimo o massimo) di valore: un determinato tempo di libertà nelle pene detentive, una determinata somma di denaro nelle pene pecuniarie, un determinato tempo di capacità d'agire nelle pene interdittive"[60]. l'insieme di caratteristiche

---

[55] Ivi., p. 386.
[56] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 386.
[57] Ivi, pp. 386-387.
[58]Ivi. p. 387.
[59] Ivi, p. 388.
[60] Ivi, p. 389.

consente la realizzazione del calcolo punitivo che a sua volta consente la proporzionalità delle pene alla gravità dei reati, cioè la "commisurazione proporzionale della gravità dei reati alle misure di pena stabilita dal legislatore in base alla gerarchia dei beni e degli interessi da lui prescelti come meritevoli di tutela".

Ferraioli giunge a distinguere tre frasi nello sviluppo storico delle pene: quella delle pene informali, contrassegnata dal carattere spontaneo, sregolato e soprattutto privativa dell'intervento punitivo, quella delle pene naturali, caratterizzate dall'illusoria idea di un messo sostanziale tra la qualità della pena e quella del reato, e quelle convenzionali, basata sul riconoscimento del carattere esclusivamente giuridico del rapporto fra reati e pene. La transizione di una fase all'altra implica l'affermazione di principi penali garantisti volti a limitare l'arbitrio punitivo: lo schema delle pene naturali presuppone l'accettazione del principio di retributività espresso dall'assioma *nulla poena sine crimine*, la cui soddisfazione, primitivamente, si cercava attraverso il taglione; mentre con le pene convenzionali si afferma il principio di legalità delle pene *nulla poena sine lege.* La formalizzazione legale della pena, infine, "forma un presupposto essenziale anche per la sua minimizzazione in base al criterio, utilitaristico ed umanitario [...] *nulla poena sine necessitate*"[61]. Con i primi due principi Ferrajoli risponde alla domanda "quando punire?", mentre con il terzo, cioè il principe necessità, si risponde alla domanda "come punire?".

Questa affermazione "rivoluzionaria, anche se all'apparenza banale" rappresenta, insieme al principio della dignità delle persona - lo strumento per "un nuovo programma di minimizzazione delle pene"[62], che vale ad escludere la pena di morte, le pene corporali, le pene infamanti, l'ergastolo e le pene detentive eccessivamente lunghe. Ma anche le pene pecuniarie. In generali vengono escluse le pene considerate sproporzionate per eccessi o per difetto. "Soprattutto, puoi, i due criteri valgono a vincolare la qualità della pena ai tre connotati moderni sopra indicati: quello dell'uguaglianza, quello della legalità e quella del carattere solo privativo della pena".

Il principio del rispetto a alla dignità dell'individuo è innalzato ad argomento decisivo contro la disumanità delle pene, dato che a prescindere dalle valutazioni utilitaristiche, "il valore della persona umana impone una limitazione fondamentale alla qualità ed alla quantità della pena". Ferrajoli accusa larga parte dei sostenitori delle dottrine utilitaristiche di

[61] Ivi, p. 391.
[62] Ivi, p. 393.

aver progettato un utilitarismo dimezzato in quanto prescindeva dalla considerazione dei diritti del destinatario della sanzione. Nella sua teoria garantista lo scopo delle pene viene integrato per provvedere a questa ingiustificata tutela della "maggioranza non deviata" che attribuisce al diritto penale in modo prevalente o esclusivo la prevenzione dei reati e la difesa sociale, ma non si impegna altrettanto nella tutela dei diritti della "minoranza deviata": "contrariamente al semplice parametro utilitario della prevenzione generale dei delitti, che non consente di escludere che in qualche caso la soppressione di un delinquente possa essere utile alle esigenze della difesa sociale, L'ulteriore finalità utilitaria della prevenzione delle pene extra-legali ed eccessive, essendo riferita all'utilità della persona del reo, impone di riguardare anche quest'ultima, conformemente al secondo principio kantiano della morale, non come un mezzo ma come un fine"[63].

Dal combinato disposto dei principi di necessità e di rispetto della dignità della persona vien ricavata l'legittimità "di qualunque forma di differenziazione nell'esecuzione penale, in secondo nuovo l'inammissibilità di qualunque forma di flessibilità o d'incertezza nella durata della pena; in terzo luogo l'intollerabilità, nell'espiazione della pena, di qualunque attività pedagogica o correttiva"[64].

La riflessione ferrajoliana sul problema della misura delle pene in concreto, prende le mosse dall'analisi del principio di proporzionalità, corollario del principio di legalità e di retributività affermato "nell'età dell'Illuminismo, allorché vennero a maturazione tutti gli altri presupposti del diritto penale moderno: la legalità, la certezza, l'uguaglianza, e soprattutto la misurabilità e la calcolabilità delle pene"[65]. esso, però, "non offre, di per sé alcun criterio oggettivo di commisurazione delle pene". "Ne consegue che il problema della giustificazione del tipo e della misura della pena volta a volta applicabili [...] è un problema morale e politico". Nella riflessone ferrajoliana questo problema è affrontato a patire dalle implicazioni del principio di necessità e da quello di dignità della persona.

[63] Ivi, p. 393.
[64] Ivi, p. 394.
[65] Ivi, p. 395.

3.2.2. *Il principio di necessità e il rispetto della dignità umana*

Le linee guida di Ferrajoli sulla sanzione elucidate nel suo progetto di minimizzazione del diritto penale sono davvero notevoli. Per quanto riguarda la progettazione delle garanzie che consentano l'implementazione progressiva del modello garantista, quelle che riguardano i reati e il processo penale si rivelano più efficaci.

Le garanzie che rivolte a limitare la sfera del proibibile, e quindi a tutelare i cittadini contro l'arbitrio che rappresentato le proibizioni esorbitanti, valgono, al meno sul piano teorico, a escludere: la punizione delle idee (principio di materialità), degli atti indifferenti per i terzi (principiò di offensività) e della responsabilità oggettiva (principiò di colpevolezza). Le garanzie che riguardano la pena, invece, non risultano altrettanto vincolanti.

Se torniamo a considerare il decalogo garantista di Ferrajoli ci accorgiamo che soltanto il principio di retributività - *nulla peona sine crimine* - concerne specificamente la sanzione penale. Altro non prescrive, tuttavia, che il divieto di infliggere castighi in assenza di delitti. Detta una risposta precisa alla domanda "quando punire?", ma esaurisce in ciò la sua portata normativa. Il principio di legalità penale aggiunge qualcosa di importante, imponendo al giudice di irrogare la pena prevista dalla legge quale conseguenza giuridica di un'azione qualificata come reato. Al legislatore, però, esso lascia la pienezza del potere di statuire sanzioni di qualsiasi tipo e di qualsiasi entità. Si tratta di una *plenitudo potestatis* pericolosissima per i destinatari della minaccia penale. Resta, infine, il principio di necessità, che è rivolto a disciplinare gli atti di esercizio del potere legislativo, tanto in materia di proibizioni quanto di punizioni. Rapportato a queste ultime, tale principio stabilisce che l'afflittività della pena comminata non debba eccedere il livello sufficiente a dissuadere dal compiere l'azione criminale a cui essa è associata. Si tratta, dunque, di un principio che prescrive la massima riduzione possibile della severità dei castighi legali, fornendo così una risposta alla domanda "come punire". Ma, a ben vedere, tale risposta si rivela largamente indeterminata: tanto esigente in astratto quanto poco cogente in concreto.

Il principio di necessità costituisce la principale risposta del pensiero illuminista alla domanda "come punire?": la pena deve essere essere necessaria e la minima delle possibili rispetto allo scopo della prevenzione dei delitti. Si tratta della risposta che hanno dato principalmente Montesquieu e Beccaria, che la rafforza la sua formulazione sostenendo che

"ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità è tirannica"[66]. Tale principio è stato recepito perfino dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: "la legge non deve stabilire che pene strettamente ed evidentemente necessarie". Purtroppo pero non è così evidente quand'è che una pena è necessaria né quali sono le pene necessarie. Lo stesso Ferrajoli ammette che il principio di necessità è elementare e forse un po' sommario[67]. Possono essere argomentati criteri di necessità per ogni tipo di pena e di intervento penale, perfino per la tortura e per la pena di morte. La domanda è: all'interno del paradigma garantista basta solo questo limite in relazione alla tipologia delle pene? E la risposta non può che essere negativa.

Dato che anche le pene più crudeli possono essere ritenute necessarie per la loro efficacia deterrente e in generale per essere considerate un mezzo adeguato per raggiungere altri scopi, il principio di necessità è accompagnato da un altro, che non compone il paradigma garantista ma costituisce una premessa fondamentale di esso: il principio del rispetto della dignità umana. Questo principio richiede che i criteri utilitaristici siano ad esso secondari e che nel calcolo punitivo non sia escluso il punto di vista del destinatario della sanzione. Tuttavia, il rispetto della dignità della persona è un principio trasversale della questione punitiva che vincola ognuna delle manifestazioni del potere punitivo, frutto della separazione fra diritto e morale che mira a ogni individuo come fine a se stesso, e che riconosce a ciascuna persona il diritto di essere ciò che vuole e di esercitare i suoi diritti di libertà in autonomia e senza irruzioni arbitrarie da parte dell'autorità statale. Sul versante di ciò che è proibibile, rispettare la dignità individuale significa rimanere ancorati al principio di diritto penale d'atto e non d'autore. Implica difendere il convenzionalismo penale che respinge il legalismo etico e non accetta la prevalenza di *una* morale come quella giusta. Implica anche la distinzione tra l'esistenza del diritto e la validità di esso, che preclude che il diritto esistente sia considerato giusto.

Da questo punto di vista, il termine devianza - fondamentale nella teoria ferrajoliana in quanto i due principi costitutivi del sistema, quello di stretta legalità e quello di stretta giurisdizionalità riguardano la definizione legale e l'accertamento giurisdizionale di essa - può essere equivoco dato che né il diritto in generale né il diritto penale in specie si identif-

---

[66] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. II, p. 12.

[67] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 89.

icano con la retta via. Mario Jori ha richiamato l'attenzione su questo punto, argomentando la sua posizione con toni temperati ma convincente, indicando che la nozione di deviante "è un termine che non [gli] piace molto nella filosofia della pena (a differenza che in sociologia dove il suo uso è assolutamente indispensabile), perché il "fatto sociale" non può essere considerato come una sorta di convenzione di Ginevra, e i delinquenti non sono rivoluzionari moralmente coerenti, che ci pongono l'alternativa tra giudicarli secondo le nostre o le loro regole"[68]. Jori ricorda che "tipicamente, la categoria della devianza è usata da una filosofia del diritto penale che si autodefinisce *critica*, intendendo essere critica della società che punisce piuttosto che della commissione di reati punibili" spostando il discorso dalla responsabilità personale alla responsabilità della società rispetto al fenomeno del delitto, all'interno della quale "pulire gli individui vuol dire perseguire sintomi piuttosto che cause". "Una filosofia di questo genere - prosegue Jori - ha sempre considerato il perseguimento del garantismo (penale) come un falso obbiettivo, come alleviare i sintomi senza attaccarne le cause"[69].

Certamente, la scelta ferrajoliana dell'adozione del termine "devianza" è una scelta di economia dei termini della teoria per agevolare la comunicabilità con i giuristi, dato che tradizionalmente il termine devianza ha fatto parte del lessico penalistico. Ormai è pacifico parlare di devianza senza attaccare a questo termine nessun significato moralista. In ogni caso, è auspicabile una sempre maggiore conformità dei termini della teoria della pena con i più alti principi costituzionali, e quello di *devianza* è forse un termine di cui si potrebbe fare a meno. Il sistema garantista potrebbe rinunciare alla centralità del concetto di devianza, e definirsi come un modello di identificazione in astratto e di accertamento in concreto delle condotte ritenute rilevanti penalmente. Forse è giunto il momento di un cambio di paradigma che faccia a meno di espressioni tipiche della teoria della pena, ma ambigue, come "maggioranza non deviata" o "minoranza deviata".

Il principio di rispetto alla dignità della persona vincola anche lo svolgimento del processo penale, che non può consistere in giudizi morali sulla persona, ma nell'accertamento delle ipotesi accusatorie relative alla sua condotta delittuosa. Anche se ha un importanza fondamentale su entrambe queste sfere, le domande relative a come proibire e come giudicare non si affidano al solo principio del rispetto della dignità della persona, ma a principi

[68] M. Jori, *La cicala e la formica,* in *Le ragioni del garantismo,* cit., p. 100.
[69] Ivi, p. 101.

più specifici in grado di offrire concrete linee guide ai legislatori e ai giudici e quindi più cogenti. Questo è ciò che manca rispetto alle pene: garanzie specifiche e incisive. Il rispetto della dignità della persona, per quanto sia prezioso, è un principio generale, ingiustificatamente negata ad alcuni, agli immigrati, ai reclusi, ma riconosciuta dall'ordinamento costituzionale italiano a tutti: "La dignità umana appartiene a tutti, nessuno escluso. [...]. Appartiene a chi sta nelle regole e a chi le viola, ai cittadini propri ai criminali. La dignità umana non dipende dalla sfera pubblica dei doveri. Non si guadagna rispettando i propri obblighi. Non è il decoro, la sobrietà, l'onestà. Non si è degni solo se si vive nella legalità"[70].

Il ruolo di questo principio all'interno della teoria della pena è insostituibile. Il suo ampio respiro consente valutazioni pratiche su qualsiasi tipo di intervento punitivo per delegittimare ogni trattamento degradante, come quelli a cui spesso sono sottoposti i condannati alla pena detentiva in carcere: "la giornata penitenziaria è infatti spesso ricca di violazioni che con fatica si riconducono al singolo diritto calpestato, Là dove invece è evidente il danno inferto alla dignità della persona. Si pensi a un'ispezione corporale invasiva e umiliante. È in questo senso che la dignità umana è reinterpretabile quale criterio di esigibilità dei diritti[71]".

Il combinato disposto dei principi di necessità e di rispetto della dignità umana è prezioso e deve essere custodito. Ma deve anche essere accompagnato da garanzie concrete in grado di incidere sulla natura e la misura delle pene. Su questo principio, poi, va detto che anche se nella sua essenza è portatore di un'istanza garantista imparagonabile, nella prassi può essere interpretato in modi diversi. Questo aspetto è rilevato in modo efficace da Patrizio gonnella:

> La dignità umana nel diritto contemporaneo è asserita ma non definita. Nelle norme, costituzionali o internazionali, è affermato che essa va protetta, promossa. Si usa scrivere che è intangibile, che non va calpestata. Non esiste norma del diritto internazionale dei diritti umani, nel nostro diritto interno o in altro diritto nazionale che si preoccupi di definire cosa sia la dignità umana[72].

[70] P. Gonnella, *Carceri. I confini della dignità*, Jaca book, Milano 2014, p 69.
[71] Ivi, p. 61.
[72] *Ibid*.

Giacché "è più facile e intuitivo riconoscere ciò che calpesta la dignità umana piuttosto che ciò che la caratterizza", essa "va letta in chiave negativa"[73]. Ovvero, devono essere identificati e delegittimate le ipotesi con essa in contrasto in luogo di pretendere di delimitare cosa essa sia. Da questo punto di vista il principio offre direttive fondamentali e vincolanti rispetto a *come non punire* sia al legislatore che ai giudici e perfino ai funzionari incaricati dell'esecuzione delle pene. È utile rilevare che la teoria del reato traduce in garanzie cogenti le indicazioni su come non proibire. Il principio di materialità, ad esempio, non è altro che la traduzione in positivo dell'esigenza di non punire i pensieri. Formulato in questo modo, come criterio giuridico autonomo diventa più stringente. Occorrerebbe fare altrettanto con i principi che riguardano la pena. L'efficacia pratica del rispetto della dignità umana in negativo, su *come non punire*, sarebbe rinforzata se si traducesse in una garanzia concreta, in positivo, rispetto, a *come punire*. In questo senso, una delle possibili traduzioni in positivo riguarda il consolidamento del principio di tassatività delle pene, inteso come predeterminazione degli obblighi e dei divieti in cui esse consistono - i quali, poi, debbono essere compatibili con l'ordinamento costituzionale - per escludere dal dispositivo delle pene tutte quelle sanzioni irriducibili a obblighi e divieti concreti.

3.2.3. *I limiti minimo e massimo del modello garantista*

"Fra i compiti che si ricollegano al diritto penale, quello di limitazione è il principale"[74]. Con queste parole Francesco Carrara ci ricorda l'importanza di stabilire i confini del diritto penale. Confini invalicabili: "grande beneficio della codificazione è costringere il legislatore a meditare sui principi generali della imputazione e della penalità facendo di quelli una specie di cerchio a sé stesso per subordinare e coordinare ai medesimi le proprie sanzioni"[75].

Quel cerchio è rappresentato nella teoria del diritto penale minimo dalle garanzie contro l'arbitrio e l'errore penale. La teoria ferrajoliana si contraddistingue per l'enfasi che pone sulla tutela dei diritti di tutti e per la limitazione di tutti i poteri, pubblici o privati che

---

[73] Ivi, p. 70.

[74] F. Carrara, *Programma,* cit. § 638, p. 417.

[75] *Ibid.*

siano. Il garantismo è raffigurato come legge del più debole, che nel momento del delitto è la parte offesa, nel momento del processo l'accusato, e nella fase esecutiva il condannato. Tale raffigurazione implica che i soggetti deboli siano protetti da garanzie efficaci e che siano previsti limiti chiari all'esercizio dei poteri, soprattutto dei poteri forti, affinché non degenerino in arbitrio. L'ampio sistema di garanzie esposto in *Diritto e ragione* viene costruito sulla base di tre tesi concatenate, relative ai limiti al potere punitivo: la prima riguarda la separazione tra diritto e morale, la seconda è relativa al carattere extra penale dello scopo del diritto penale e la terza si riferisce alla giustificazione della pena se, e solo se, male minore.

La prima, dunque, consiste in una premessa fondamentale, pregiudiziale alle altre condizioni: la separazione del diritto dalla morale[76]. Un tema che secondo Norberto Bobbio resterà sempre attuale: "i discorsi sempre più frequenti che si fanno da qualche anno nel nostro paese sulla questione morale ripropongono il vecchio tema del rapporto tra morale e politica. Vecchio tema è sempre nuovo, perché non vi è questione morale in qualsiasi campo venga proposta che abbia trovato una soluzione definitiva"[77].

Oltre ad essere un problema sempre attuale, resterà un problema sempre aperto. Mentre alcuni autorevoli teorici come Giorgio Pino ritengono che il positivismo giuridico può ammettere, o perfino richiedere, una connessione concettuale fra diritto e morale[78], altri autori, come Ferrajoli, difendono la netta separazione delle due sfere. Norberto Bobbio ha spiegato chiaramente che le considerazioni sul rapporto tra l'ordinamento giuridico e la morale "non tendono a eliminare la questione morale in politica, ma soltanto, proprio partendo dalla importanza della questione, a precisarne i termini e a delimitarne i confini"[79]. Secondo Pietro Costa Ferrajoli muove dalla chiara distinzione tra diritto morale "facen-

---

[76] Su questo punto autori come Luis Prieto considerano che invece nella teoria ferrajoliana, come d'altronde nel costituzionalismo contemporaneo, "svanisce uno dei criteri classici della distinzione tra diritto e morale" in quanto "il garantismo ha bisogno del costituzionalismo per realizzare il suo programma illuministico; e il costituzionalismo si nutre del progetto garantista per condizionare la legittimità del potere alla soddisfazione di certe esigenze morali che si condensano nei diritti fondamentali" . Pietro afferma che "lo Stato costituzionale del garantismo si appoggia su un sistema giuridico anche statico e non solo dinamico" e che questo "avvicinamento tra il modo di essere del sistema giuridico e il modo di essere il sistema morale rappresenta una tentazione molto forte alla quale resistono in pochi". La tentazione sarebbe quella di impugnare la tesi giuspositivista della separazione tra diritto morale per approdare nel "costituzionalismo etico", ma riconosce che Ferrajoli di fronte a questa tentazione "ha resistito come hanno fatto pochi". L. Prieto, *Costituzionalismo e garantismo*, in *Garantismo*, cit., p 44.

[77] N. Bobbio, *Etica e politica*, in *Etica e politica*, cit., p. 577.

[78] Cfr. G. Pino, *The place of legal positivism in contemporary constitutional states*, in "Law and philosophy", 18, 1999, pp. 513-550.

[79] N. Bobbio, *Etica e politica*, in *Etica e politica*, cit., p. 607.

done uno dei postulati irrinunciabili della modernità", e la scelta di costruire la sua teoria entro questo alveo comporta che

> il modello "garantismo", proprio perché fondato sulla distinzione programmatica fra morale e diritto, non chiude definitivamente il discorso sui valori, ma lo apre, postulandolo come capitolo non eludibile di una complessiva, e non "dogmatica", analisi del giuridico [...]. Il modello "garantismo", proprio perché distingue con rigore fra morale e diritto, non può non richiamare l'attenzione sulle scelte etiche ed etico-politiche. Proprio per questo, la considerazione delle "decisioni" etico-politiche che esso finisce per esigere non si arresta alle scelte già compiute nell'ambito di un dato sistema normativo, ma si estende a quelle che devono compiersi e che il modello olimpica dal suo interno[80].

Sul posto che occupa questa distinzione all'interno della teoria garantista, Marina Gascón spiega che

> sul piano meta-giuridico o di giudizio esterno del diritto, la tesi metodologica del garantismo si traduce nella separazione tra diritto e morale, tra diritto e giustizia, tra «essere» e «dover essere» del diritto. Su questo punto il garantismo coincide con il positivismo giuridico, che, assumendo la critica alle fallacie naturalista e normativista, impugna tanto il giusnaturalismo quanto il formalismo etico: una norma giusta non è, solo per questo, giuridica; né una norma giuridica è, solo per questo, giusta. Pensare il contrario equivarrebbe a sostenere che un «peccato» costituisce di per sé un illecito penale, nel primo caso, e a sottrarsi alla possibilità di una critica etico-politica, nel secondo. Insomma, il garantismo suppone la distinzione tra giustizia e validità del diritto, rendendo possibile che esso sia oggetto di giudizio esterno o etico-politico[81].

Questa "venerabile tesi"[82], nella sua accezione prescrittiva o assiologica rappresenta un principio meta-giuridico "che vale a fondare la reciproca autonomia delle due sfere", e che nel campo punitivo preclude l'autolegittimazione del diritto penale a prescindere dai suoi contenuti e "si è storicamente espressa in tre principi assiologici diversi, relativi rispettivamente alla concezione del reato, del processo e della pena"[83]. Questi tre principi valgono a escludere criteri sostanziali nella definizione di cosa e come proibire, giudicare e punire. "Questi tre principi normativi - spiega Ferrajoli - definiscono, nel loro insieme, gli *scopi* di

---

[80] P. Costa, *Un modello per un'analisi,* in *Le ragioni del garantismo*, cit., p. 19.
[81] Ivi, p. 23.
[82] L. Prieto Sanchiz, *Constitucionalismo y garantismo*, in *Garantismo,* cit. p. 53.
[83] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 207.

tutela e prevenzione del diritto penale, e al tempo stesso i *limiti* nei quali si giustificano i suoi interventi entro un modello garantista"[84].

Il secondo postulato per limitare l'esercizio del diritto penale è che la pena non sia considerata fine a sé stessa ma un "mezzo per fini riguardanti il futuro"[85] e che questi fini siano extra-giudici. Su questo aspetto Ferrajoli afferma che "l'utilitarismo, se non altro perché esclude le pene socialmente inutili, è insomma il presupposto necessario di ogni dottrina penale sui limiti della potestà punitiva dello Stato". L'utilitarismo a cui allude Ferrajoli ha due caratteristiche che temperano il suo utilizzo: in primo luogo non è il criterio esclusivo sulle scelte di politica criminale, ma è sussidiario alle considerazioni morali sull'ammissibilità dei mezzi punitivi in relazione alla loro conformità col principio del rispetto della dignità umana. In secondo luogo, non riguarda soltanto la felicità della maggioranza, ma assume la prospettiva, anche, del destinatario della sanzione penale. Egli valorizza l'utilitarismo penale in quanto riconosce un "nesso tra utilitarismo, contrattualismo, convenzionalismo e razionalismo [che] si esprime nella fondazione delle proibizioni e delle pene come «strumenti» di *tutela* dei cittadini"[86].

Richiamando Grozio, Locke, Pufendorf e Thomasius, Ferrajoli ribadisce l'inutilità della vendetta che guarda al passato. Ricongiunge l'utilitarismo alla dottrina della separazione tra diritto e morale, e rammenta che "nell'età dell'Illuminismo, la funzione utilitaria della pena diventa la base comune di tutto il pensiero penale riformatore"[87]. Con Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blackstone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham e von Humboldt, sostiene che "le afflizioni penali [...] sono prezzi necessari per impedire mali maggiori, e non omaggi gratuiti all'etica o alla religione o al sentimento di vendetta"[88]. La portata limitativa dell'utilitarismo risiede nella capacità ad esso associata di consentire "una ricognizione empirica sull'adeguatezza tra mezzi e fini"; ovvero, tra mezzi penali e scopi extra penali idonei a giustificarli.

---

[84] Ivi, p. 208.
[85] Ivi, p. 245.
[86] Ivi, p. 246.
[87] *Ibid*.
[88] "Sempre, in tutte queste formulazioni, la concezione utilitaristica secolarizzata della pena accompagna - e vale talora direttamente a fondare - l'insieme dei principi garantistici rivendicati come principi di diritto naturale: la stretta legalità, la conseguenzialità della pena di reato, l'offensività, l'esteriorità e la colpevolezza dell'azione criminosa, la giurisdizionalità e l'onere della prova". Ivi, p. 247.

Il terzo aspetto limitativo nella teoria ferrajoliana riguarda la demarcazione non solo del limite minimo, ma anche del limite massimo dell'afflittività delle pene. Per Ferrajoli questo importante compito non è stato adempiuto dalle dottrine utilitaristiche, dato che "la commisurazione nello scopo utilitario della pena al solo parametro beccariano e benthamiano della «massima felicità divisa del maggior numero»" comporta "l'assegnazione alla pena del solo fine di prevenire i delitti" e questo segna solo il limite minimo dell'intervento penale. Ferraioli dunque lo caratterizza come un "*utilitarismo dimezzato*, riguardante soltanto la massima utilità della maggioranza, esposto a tentazioni di auto-legittimazione autoritaria"[89] che potrebbe derivare nella scelta di mezzi punitivi severi. "Per ovviare a questi difetti - afferma Ferrajoli - e per fondare un'adeguata dottrina della giustificazione esterna dei limiti del diritto penale è dunque necessario ricorrere a un secondo parametro utilitario: oltre al massimo benessere possibile dei non devianti, anche il minimo malessere necessario dei devianti"[90].

Lo scopo del diritto penale dalla prospettiva garantista è duplice: non solo la prevenzione dei reati, cioè delle ingiuste offese, ma anche la prevenzione delle pene arbitrarie o sproporzionate, cioè delle ingiuste punizioni. L'integrazione del tradizionale scopo di prevenzione dei reati si giustifica in quanto esso non è "in grado di dettare alle pene alcun limite massimo, ma solo il *limite minimo* al di sotto del quale esso non è realizzabile adeguatamente e la sanzione, come disse Hobbes, non è più una «pena» ma una «tassa» del tutto priva di capacità deterrente"[91]. Addizionando allo scopo di prevenzione dei reati quello di prevenzione delle ingiuste punizioni, Ferrajoli si propone, dunque, di fornire un principio idoneo a indicare un limite massimo all'intervento punitivo.

Questo secondo scopo è proteso ad evitare un male "antitetico al delitto, che di solito è trascurato così dalle dottrine giustificazionistiche come da quelle abolizionistiche"[92].

Quest'altro male è la maggior reazione - informale, selvaggia, spontanea, arbitraria, *punitiva ma non penale*- che in mancanza di pene potrebbe provenire dalla parte offesa o da forze sociali e istituzionali con lei solidali. È l'impedimento di questo male, di cui sarebbe vittima il reo o peggio

[89] Ivi, p. 325.
[90] Ivi, p. 325.
[91] Ivi, p. 326.
[92] *Ibid*.

persone con lei solidali, che rappresenta, io credo, il secondo e fondamentale scopo giustificante del diritto penale [93].

Il duplice scopo assegnato al diritto penale e alle pene si identifica con "l'impedimento della ragion fattasi, o più in generale con la minimizzazione della violenza nella società. È ragion fattasi il reato. È ragion fattasi la vendetta"[94]. Ferrajoli si impegna nel rovesciare la tesi che sostiene che la pena "è il prodotto dapprima della socializzazione e poi della statalizzazione della vendetta privata, concepita a sua volta come espressione del diritto naturale «di difesa»"[95]. "Storicamente - afferma - il diritto penale nasce non come sviluppo, ma come negazione della vendetta; non in continuità ma in discontinuità e in conflitto con essa. E si giustifica non già col fine di garantirla, ma con quello di impedirla"[96].

La prevenzione della vendetta, allora, è innalzata a scopo giustificante del diritto penale, da aggiungersi allo scopo di prevenzione generale dei delitti. Ed entrambi gli scopi preventivi hanno a che fare con i limiti ai mezzi punitivi: "la prima funzione indica il limite minimo, la seconda limite massimo delle pene [...] I due scopi e i due interessi sono tra loro in conflitto, e ne sono portatrici le due parti del contraddittorio nel processo penale: l'accusa, interessata alla difesa sociale e perciò a massimizzare la prevenzione e la punizione dei delitti; la difesa, interessata alla difesa individuale e perciò a massimizzare la prevenzione delle pene arbitrarie"[97]. In questo modo il diritto penale viene rappresentato come strumento di protezione del debole contro il più forte: "del debole offeso o minacciato dal reato, come del debole offeso o minacciato dalle vendette; contro il più forte, che nel delitto è il delinquente e nella vendetta è la parte offesa o i soggetti pubblici o privati con lei solidali"[98].

Lo strumento attraverso il quale il diritto penale persegue entrambe queste finalità è la legge penale. Attraverso la monopolizzazione della forza di proibire, di punire e di giudicare di cui è precluso "l'esercizio arbitrario da parte di soggetti non autorizzati", le sue minacce "proteggono le possibili parti offese contro i reati", mentre "il giudizio e l'irro-

[93] *Ibid*.
[94] Ivi, p. 329.
[95] Ivi, p. 327.
[96] Ivi, p. 327.
[97] Ivi, p. 328.
[98] Ivi, p. 329.

gazione della pena proteggono, per quanto la cosa possa suonare paradossale, i rei (e gli innocenti sospettati come rei) contro le vendette o altre reazioni più severe"[99].

Il fulcro della questione riguarda i presupposti per affermare le condizioni di legittimità, cioè di necessità politica del diritto penale, oppure, in loro assenza, di illegittimità e non giustificazione dell'esistenza del diritto penale:

> Un sistema penale, diremo infatti, è giustificato soltanto se la somma delle violenze - delitti, vendette e punizioni arbitrarie - che esso è in grado di prevenire è superiore a quella delle violenze costituite dai delitti non prevenuti e dalle pene per essi comminate. Naturalmente un calcolo di questo genere è impossibile. Si può dire però che la pena è giustificata come *male minore* - cioè *solo se minore,* ossia meno afflittivo e meno arbitrario - rispetto ad altre reazioni non giuridiche che è lecito supporre si produrrebbero in sua assenza; e che più in generale il monopolio statale della potestà punitiva è tanto più giustificato quanto più bassi sono i costi del *diritto penale* rispetto ai costi dell'*anarchia punitiva*[100].

Per Ferrajoli il tema dello scopo è una questione di limiti al potere punitivo. Egli ribadisce che l'importanza di questo secondo scopo garantista è che esso è idoneo ad indicare "il limite massimo della pena al di sopra del quale non se ne giustifica la sostituzione alle pene informali"[101]. Queste tesi sono pienamente condivisibili. Come ogni altro postulato anche queste tesi sono sorrette dal solido asse portante della pluridecennale elaborazione teorica di Ferrajoli: il garantismo, quale sistema di limiti e vincoli imposti dalla legge all'esercizio di tutti i poteri per renderli strumentali alla tutela dei diritti di tutti, nessuno escluso. Dalla prospettiva del garantismo il diritto penale è concepito come "strumento di *tutela dei diritti fondamentali*, i quali ne definiscono normativamente gli ambiti e i limiti in quanto *beni* che non è giustificato offendere né con i delitti né con le punizioni"[102]. Si capisce chiaramente che il proposito di queste tesi è quello di immunizzare i diritti fondamentali rispetto all'esercizio del potere punitivo attraverso l'individuazione tassativa delle regole secondo cui limitarli in modo legittimo. L'impegno è quello di convenire che il diritto penale, nell'esercizio del suo potere di proibire, di giudicare e di punire, è vincolato a

---

[99] *Ibid*
[100] Ivi, p. 330.
[101] *Ibid.*
[102] *Ibid.*

rispettare una regola del gioco inderogabile: la tutela dei diritti fondamentali. E che se non rispetta questa regola fondamentale non si giustifica la sua esistenza.

Mentre la dottrina penalistica ha progressivamente accolto questa regola rispetto alle prima due manifestazioni del suo potere, non è stata recepita nello stesso modo l'idea della punizione come tutela dei diritti fondamentali. La cultura giuridica coglie l'istanza di tutela della minaccia legale delle pene. Questa consapevolezza è condivisa in lunga misura dalla generalità dei consociati in quanto ciascun individuo può concludere che gli altri uomini "senza le leggi poteano divenire cospiranti contro di lui"[103]. Non aver recepito l'istanza di tutela rispetto alla punizione sembra rivelare che in questo momento di manifestazione concreta del potere punitivo si ritiene davvero paradossale continuare a sostenere che le due forze del diritto penale, limitazione dei diritti e tutela dei diritti, possano operare al contempo. Ferrajoli, invece, considera solo apparente il paradosso di tutelare un condannato attraverso la pena, non qualsiasi pena, certamente, ma attraverso la pena stabilita osservando attentamente le regole del modello garantista.

La tesi che difficilmente può essere recepita non è quella di attribuire alla punizione il compito di tutela del reo, ma quella di assumere come criterio in grado di fissare un limite massimo delle pene l'entità delle reazioni informali che si produrrebbero se non esistesse il diritto penale. Per un aspetto essenziale del garantismo, cioè i limiti invalicabili del diritto penale, si assume come criterio fondamentale del calcolo dei costi punitivi un parametro così astratto, non misurabile e non controllabile.

Sostiene Ferrajoli che "ogni pena qualitativamente e quantitativamente (superflua perché) maggiore di quella sufficiente a frenare reazioni informali più afflittive per il reo può essere considerata lesiva della dignità della persona. E' questa misura, si è detto, il *limite massimo* della pena, non superabile senza che il reo, sia ridotto a cosa e sacrificato a finalità non sue"[104].

Questo ragionamento rappresenta un contributo per valutare la legittimità del diritto penale nel senso che il diritto penale in generale, e ogni pena in particolare, non si giustifica più se il il costo della sua esistenza è troppo oneroso. Rappresenta un valido principio di valutazione dei mezzi punitivi, ma non può essere innalzato a parametro in grado di fissare i limiti massimi delle risposte punitive senza trovare serie difficoltà.

---

[103] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XLII, p. 98.
[104] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 350.

Innanzitutto, anche se viene presentato come un parametro generale, sembra un criterio modellato su reati percepiti come particolarmente gravi dalla società. Esso non può essere elevato a parametro generale, a meno che le reazioni informali si considerino un dato costante e quindi si pensi che siano ipotizzabili rispetto a ogni reato. La generalizzazione delle reazioni informali ai delitti, però, contrasta con la realtà in quanto, per fortuna - considerando l'amplia discrezionalità del legislatore riguardo all'introduzione di fattispecie punitive - non tutti i reati destano riprovazione sociale. Alf Ross ci ricorda "l'infinita quantità di norme che regolano la vita di una società moderna - sulla circolazione, sul commercio, sulla concorrenza, sull'edilizia, sull'igiene pubblica ecc. ecc." - e che esse "per la maggior parte incriminano atti che, in sé stessi, non sono considerati moralmente riprovevoli"[105]. Potremmo dire che questo calcolo di eccedenza afflittiva delle pene è chiamato a svolgersi all'interno di un diritto penale minimo che prospetta l'abolizione di tutti quei reati che non cagionano un danno rilevante. Ma anche dopo aver messo in atto una drastica politica di depenalizzazione, il campo del probabile non dipende da un nesso univoco col campo del riprovevole, e in mancanza del rimprovero sociale viene a mancare anche la reazione informale sociale. Questo criterio, quindi, non può essere assunto come principio generale.

Rispetto ai casi in cui effettivamente è stato commesso un reato che suscita rimprovero e potrebbe, di conseguenza, provocare reazioni informali, va detto che la società moderna si caratterizza di più per la mancata solidarietà che per la presa di posizioni a favore dei soggetti più deboli, come le vittime dei reati. Per Ross, che vede nella riprovazione sociale l'elemento per cui è possibile "far valere le pretese di un ordinamento normativo", "la temperatura dei sentimenti di ripulsa, avversione e ostilità verso il "colpevole", può variare da una certa repulsione ad una triste afflizione, fino all'ira ed all'indignazione incandescenti che possono concretarsi in violenze fisiche, per esempio il linciaggio"[106]. Si capisce, allora, che la reazione informale ai reati potrebbe esprimersi in tanti modi, e non può, dunque, essere immediatamente identificata con la violenza fisica, la quale sarebbe soltanto il suo risultato più grave. Fra il sentimento di ripulsa e il linciaggio ci sono innumerevoli ipotesi possibili a seconda delle particolarità dei casi, e non possiamo prevederle, per cui la valutazione di tale ipotesi non fornisce dati affidabili.

---

[105] A. Ross*, Colpa, responsabilità e pena*, cit., p. 88.
[106] Ivi, p. 69.

Infine, parlare di pena superflua in quanto "maggiore di quella sufficiente a frenare reazioni informali" implica un ridimensionamento dei parametri di valutazione dell'eccessiva afflittiva di una pena. La valenza di questo principio ferrajoliano è di carattere metalegislativo. Esso è proteso ad escludere che siano comminate pene esorbitanti. Se, però, è eccessiva la pena "maggiore di quella sufficiente a frenare reazioni informali più afflittive per il reo" il parametro per vagliare l'eccedenza sarebbe la capacità delle pene di sostituirsi alla vendetta. Seguendo questo schema di ragionamento la ricerca dei limiti sulla natura e la misura delle pene si spinge verso la valutazione delle eventuali reazioni informali ai reati, prospettando che la risposta punitiva debba collocarsi in un grado di afflittività inferiore. Il che significa valutare la superfluità afflittiva delle pene in relazione alla domanda di punibilità di un reato. Ma all'interno del paradigma garantista il limite alla natura e alla misura delle pene è stabilito tenendo conto dell'applicazione congiunta del principio di proporzionalità, di necessità della pena, di umanizzazione delle pene e di rispetto della dignità umana.

Il nesso stabilito fra superfluità afflittiva delle pene, prevenzione della vendetta e rispetto della dignità umana implica un parametro di valutazione diverso anche del rapporto fra pene e lesione della dignità umana, giacché si sostiene che la pena superflua, cioè, quella che non riesce a frenare le reazioni informali, lede la dignità del condannato, ma il fatto che una pena sia meno afflittiva delle eventuali reazioni informali non implica affatto che sia rispettosa della dignità umana. Una pena che riesca a frenare reazioni informali può non avere nessun riguardo di questo principio. Il rispetto della dignità umana va valutato non solo senza la pretesa di adeguarsi alle tendenze sociali, ma - e questo ci è stato insegnato da Ferrajoli - prescindendo del tutto da esse, visto il carattere contro-maggioritario del garantismo.

La domanda è: può la teoria garantista della pena prescindere dalle considerazioni sulle eventuali ipotesi di vendetta, privata o più o meno organizzata, come limite massimo delle pene? Io credo di sì. Considero che si possa fare a meno del ragionamento che si propone di individuare quali sono le pene in grado di frenare reazioni sociali al delitto, e quindi in grado di generare una sorta di fiducia nella serietà della punizione che comporta affidare al diritto penale l'esercizio della repressione senza indebite appropriazioni private. La capacità del diritto penale di sostituirsi alla vendetta è, in parte, un tema di efficienza del sistema

punitivo legato al funzionamento dell'intero apparato punitivo, dal modo in cui si svolgono le indagini, i processi e del modo in cui vengono eseguite le pene. In parte dipende da quanto sia diffusa la cultura del rispetto alla legalità, e su questo aspetto il diritto penale ha un'incidenza solo sussidiaria.

La grande conquista del diritto penale rispetto alla vendetta privata è che questa, nella sua manifestazione premeditata e fredda, è qualificata come reato. Se qualcuno premeditatamente deruba, ferisce, oltraggia o uccide, animato da sentimenti di vendetta per un delitto subito, tale comportamento, che sotto altri parametri di giustizia poteva essere il legittimo esercizio di un diritto di difesa dell'onore, del patrimonio, della vita, oggi si considera delittuoso. Il particolare stato d'animo di chi ha subito un delitto è un'informazione che il diritto penale deve considerare nella progettazione per esempio di eventuali cause di attenuazione, come, nell'ordinamento colombiano, lo stato d'ira o di intenso dolore. L'istinto di giustiziare qualcuno, di fare giustizia da sé, è qualcosa che scaturisce dall'infelice combinazione di circostanze soggettive e oggettive, che il diritto penale è chiamato a qualificare giuridicamente.

Le riflessione ferrajoliane intorno al rapporto di esclusione fra pena e vendetta si fonda principalmente sul riconoscimento dei due modi in cui la pena può essere assunta come tutela del condannato: il primo è che *in assenza* di un sistema punitivo statale, e quindi formale e imparziale, il soggetto ritenuto responsabile di aver commesso un reato rimarrebbe in preda all'istinto di vendetta privata. Il secondo è che in virtù della forma giuridica della pena e della formalizzazione della repressione, l'atto di irrogazione e di esecuzione delle pene può essere circondato da garanzie, ordinamentali, sostanziali, processuali ed esecutive volte a contenere la repressione, e limitarla al minimo possibile. L'aspetto cruciale della questione è difendere il carattere formale della pena che consente che essa sia circondata da garanzie che limitano l'esercizio del potere punitivo. Dato che questo aspetto assorbe il primo, il riferimento alla vendetta non è così centrale. Questo parametro implica il sì al garantismo penale di fronte al no rivolto all'abolizionismo, ma non offre un limite massimo.

Parlare della capacità della pena di evitare reazioni informali è un problema di efficacia della pena. Ma, in concreto, più che un'ipotetica capacità di frenare reazioni informali, quello che viene richiesto alla pena dalla teoria garantista in termini di efficacia è che essa

abbia carattere deterrente. La domanda da porsi non è "questa pena è in grado di frenare reazioni più informali?", che comporta sottoproblemi sui quali si possono avanzare solo ipotesi non verificabili. Le domande da porsi sono quelle presenti in *Diritto e ragione*, "quale e quanta pena è ammissibile in un ordinamento per qualunque reato?", e "quale e quanta pena è ammissibile per questo o quel reato?". Il legislatore nello stabilire le pene terrà conto anche di quanto sia sentita socialmente la gravita della condotta, ed è giusto che sia così. Ma una teoria garantista fa prevalere il suo carattere contro-maggioritario e affida la risposta a tale domande a principi come quella della proporzionalità della pena al reato e della pena minima necessaria.

Il garantismo guarda al diritto penale come "un sistema di limiti e di garanzie contro le naturali vocazioni assolutistiche della potestà punitiva"[107]. Il potere punitivo deve, dunque, autoregolarsi, e nel farlo deve tenere conto dei più alti livelli di civiltà raggiunti, non dei sentimenti che muovono i privati.

Ferrajoli ha ricollegato il limite massimo del diritto penale al principio della dignità umana. Il suo programma riformatore, afferma, si basa sulle implicazioni di due principi complementari: quello di necessità e quello di dignità della persona "corrispondenti ai due scopi assegnati alla pena". Il limite minimo della pena, come osserva Ferrajoli, riguarda la capacità deterrente che la distingue da una tassa, e che non la configura come un invito a delinquere per poi pagare ma scoraggia la commissione dei delitti. Il limite massimo, effettivamente, è legato al principio di dignità della persona, ma, dato che esso è un principio trasversale della penalità, vincola sia il limite massimo che il limite minimo: nessuna pena può consistere in trattamenti inumani o degradanti. Questa è una regola che vale per i minimi e i massimi edittali o reali della pena.

Un limite massimo compatibile con i postulati del garantismo penale in grado di offrire criteri pragmatici per valutare le tipologie di pene ammissibili e per fissare il massimo contenuto afflittivo di ciascuna di esse, e quindi in grado di segnare confini alla penalità, può essere il carattere *temporalmente determinato* delle pene, cioè che l'insieme di obblighi e divieti in cui consistono le pene sia una *limitazione* di un diritto, di una facoltà, di una potestà, non una *privazione perpetua. Tale limitazione* peraltro non deve essere aggravabile in fase esecutiva e non deve essere irreparabile.

---

[107] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 391.

Col limite minimo dell'intervento penale si supera la soglia che divide la sfera in cui non lo si ritiene necessario da quella in cui invece è chiamato ad operare. Col limite massimo bisogna stabilire chiaramente dove deve fermarsi tale intervento. I limiti massimi si possono sempre addolcire, a partire dalle conclusioni tratte del raffronto fra il dispositivo delle pene e il livello di civiltà raggiunto. Per quanto riguarda in concreto i limiti del contenuto delle pene, si va da quello minimo segnato dall'esigenza che essa sia deterrente a quello massimo che, nella piena consapevolezza del principio della dignità umana, del totale respingimento della pena come incapacitazione e del riconoscimento della possibilità dell'errore penale, la configura come limitazione temporale e tendenzialmente riparabile.

3.3. *Garantismo ed esecuzione penale*

3.3.1. *Il progetto di minimizzazione del diritto penale*

Anche se l'assetto delle garanzie penali del modello garantista è rappresentato come un insieme di prescrizioni sulle condizioni di legittimità della pena[108], le indicazioni di Ferrajoli sulla sanzione penale riguardano aspetti meta-legislativi, meta-giurisdizionali e infine direttive sullo svolgimento della fase esecutiva delle pene. Il suo progetto riformatore è definito come " un nuovo programma di minimizzazione delle pene"[109].

Questo programma si basa sulle implicazioni di due principi complementari: quello di necessità e quello di dignità della persona. Essi sono valorizzati fondamentalmente per due motivi fondamentalmente: il primo è che comportano criteri di legittimità della natura e della misura delle pene. Il secondo è che "valgono a vincolare la qualità della pena ai tre connotati moderni [...]: quello dell'uguaglianza, quello della legalità e quello del carattere solo privativo della pena". Le conseguenze dell'applicazione congiunta di questi principi per valutare le sanzioni storicamente esistite è che "non solo la pena di morte e le pene corporali e infamanti, ma anche quella specie di morte civile che è l'ergastolo contraddice questi elementari criteri di legittimazione esterna della qualità della pena. Ma lo stesso si

[108] Ivi, p. 462.
[109] Ivi, p. 393.

può dire delle pene detentive eccessivamente lunghe, che parimenti [...], andrebbero soppresse con la fissazione di un limite massimo più basso"[110].

Ci sono "due tipi di pena che sembrano per loro natura contrari al principio di proporzionalità e di uguaglianza delle pene: l'ergastolo e le pene pecuniarie": L'ergastolo in quanto in sostanza la sua durata è più lunga per gli ergastolani più giovani, e le pene pecuniarie "perché sono diversamente afflittive a seconda della ricchezza del reo". Queste pene, poi, afferma Ferrajoli, sono prive di giustificazione esterna: "l'una perché disumana e non graduabile equitativamente dal giudice. L'altra perché comunque sproporzionata per difetto a qualunque proibizione penale informata al principio di economia o di necessità"[111].

Sulla determinazione giudiziale della pena Ferrajoli puntualizza che quelle "specificità - che rendono ciascun fatto diverso da un altro pur se denotato dalla medesima figura di qualificazione penale - formano nel loro insieme la *connotazione* del caso sottoposto a giudizio, la cui individuazione e comprensione è compito del giudice non meno della verificazione o prova della *denotazione* del fatto come reato". In ambito penale, in virtù del principio di uguaglianza, le particolarità di ogni reato giustificano "la graduazione equitativa della misura della pena per ogni singolo fatto connotato, entro i limiti massimi e minimi (o comunque al di sotto dei limiti massimi) stabilita dalla legge per l'intera classe dei fatti da essa denotata"[112]. Il *potere giudiziario di connotazione* è ritenuto compatibile col principio di legalità nella misura in cui "consista unicamente nella commisurazione della *quantità*, e non anche nella determinazione della *qualità* delle pene".

Rispetto all'eventuale post-determinazione della misura della pena nella fase dell'esecuzione si mette in evidenza un "divario programmatico" fra la pena irrogata e la pena eseguita, che nasconde "una doppiezza più o meno consapevole della politica penale, dovuta al perseguimento di due finalità inconfessate entrambe incompatibili con il modello garantista del diritto penale". La prima consiste nella "funzione esemplare assegnata alla pena irrogata, e precisamente alla parte di essa che eccede la pena scontata". Il perseguimento di tale finalità viene affidato alla condanna, "che viene quindi ad assumere un carattere meramente simbolico". Osserva Ferrajoli che questo implica "una radicale alterazione dello schema general-preventivo concepito da Feuerbach: la prevenzione generale risulta svol-

[110] Ivi, pp. 393-394.
[111] Ivi, p. 400.
[112] Ivi, p. 402.

ta infatti non più dalla minaccia legale, che è programmaticamente disattesa, ma dall'esempio offerto dalla condanna a una pena severa che non *deve* ma semplicemente *può* essere eseguita"[113]. Mentre la seconda finalità è *disciplinare* ed è assegnata all'esecuzione della pena, in specie della pena detentiva, all'interno di una concezione flessibile della durata di essa, che fa dipendere dalla condotta dei condannati eventuali benefici e sconti di pena: "il sinallagma permanente tra interiorità della persona e prospettiva di liberazione anticipata diviene così uno strumento di governo del carcere, grazie al controllo disciplinare e all'assoggettamento morale dei detenuti che esso assicura alle autorità carcerarie". La ri-determinazione della pena da parte di organi addetti all'esecuzione di essa in relazione alla condotta dei condannati è considerato un potere "immenso e incontrollato", "arcano potere che agisce nell'ombra"[114], come lo raffigurò Carrara.

Il programma di minimizzazione del diritto penale esposto, richiede, invece "la determinazione della pena minima necessaria in sede legislativa e giurisdizionale". Questo progetto che intende razionalizzare ed umanizzare il sistema punitivo contempla per alcuni versi l'abolizione e per altri la radicale riforma dei mezzi punitivi:

> la soppressione dell'ergastolo, la riduzione in vista di un loro progressivo superamento delle altre pene detentive, la trasformazione in diritti di tutti i benefici del trattamento concessi oggi come premi (permessi, licenze, colloqui e simili) e, soprattutto, la previsione direttamente come pene irrogabili con la condanna delle attuali misure alternative: per esempio, l'affidamento in prova, o gli arresti domiciliari, ho la semilibertà, che si potrebbero irrogare come pene esclusive per i reati più lievi, e come pene aggiuntive, dopo un breve periodo di pena detentiva, per i reati più gravi[115].

Vorrei concentrarmi sui parametri su cui viene valutato il sistema penale esistente e auspicato un suo rinnovamento.

Partendo dalla palese e profonda crisi del sistema delle pene che conta fra le sue cause "l'inflazione del diritto penale che sembra aver perso ogni confine con il diritto amministrativo"[116] si ribadisce che tale sistema è inadeguato e che "né le pene detentive né le pene pecuniarie sembrano più in grado, nelle attuali condizioni, di soddisfare le finalità che giustificano il diritto penale: le une perché troppo, le altre perché troppo poco afflittive e

---

[113] Ivi, pp. 405-406.

[114] F. Carrara, *Programma,* cit. § 627 - § 6 37, pp. 413 - 416.

[115] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 408.

[116] Ivi, p. 409.

sia le une che le altre perché inefficaci o peggio controproducenti"[117]. Anche il giudizio sulle pene interdittive è negativo dato che "la loro disciplina si va rivelando sempre più iniqua e irrazionale" come quella delle misure non penali di sicurezza, di prevenzione e di polizia. Le misure alternative alla detenzione, invece, sono valorizzate in quanto "rappresentano forse le principali innovazioni di questo secolo in tema di tecniche sanzionatorie", solo che non hanno sostituito la pena del carcere ma si sono aggiunte ad essa.

Secondo il progetto ferrajoliano "uno dei compiti più importanti che s'impone all'odierna riflessione filosofico-penale" è la "formulazione, sulla basi di un ripensamento radicale della natura della pena, di un nuovo sistema delle pene, alternative a quelle odierne: pene principali [...] idonee a soddisfare, siccome pene principali, il duplice scopo del diritto penale entro una prospettiva di razionalizzazione e di minimizzazione del sistema sanzionatorio"[118].

Per quanto riguarda la pena carceraria egli propugna la sua abolizione seguendo un ragionamento in realtà non è del tutto persuasivo per il modo in cui vengono caratterizzati i due scopi assegnati al diritto penale. Sostiene Ferrajoli che nonostante in passato abbia comportato un processo di mitigazione delle pene, il carcere non sembra più idoneo "a soddisfare nessuna delle due ragioni che giustificano la sanzione penale: non la prevenzione dei delitti, dato il carattere criminogeno delle carceri destinata di fatto, come è ormai unanimemente riconosciuto, a funzionare come scuola di delinquenza e di reclutamento della criminalità organizzata; "non la prevenzione delle vendette private, soddisfatta, nell'odierna società dei mass-media, più che dall'espiazione del carcere, dalla rapidità del processo e dalla pubblicità delle condanne"[119].

Il carattere criminogeno del carcere è un dato acquisito delle indagini socio-giuridiche. In questo senso si può sostenere che non è una misura efficace per prevenire i delitti, dato che aumenta la recidiva. Cioè, non è in grado di svolgere una funzione di prevenzione speciale negativa. Il punto è che Ferrajoli non è un assertore di questa finalità. Il primo scopo giustificante del diritto penale, sulla scia di Feuerbach, riguarda la prevenzione generale negativa svolta tramite la minaccia delle pene, e dunque indirizzata a tutti i consociati. La prevenzione speciale negativa viene rappresentata in *Diritto e ragione* come dottrina del-

[117] *Ibid*.
[118] Ivi, p. 410.
[119] *Ibid.*

l'*incapacitazione* che assegna alla pena "la funzione negativa di eliminare o comunque neutralizzare il reo"[120]. Ma nella sua accezione generica essa riguarda la capacità di dissuadere quello specifico condannato dalla commissione di altri reati. La caratteristica di queste dottrine, come in effetti lo stesso Ferrajoli aveva precisato, è che "riferiscono lo scopo preventivo alla persona del delinquente"[121]. I penalisti Fiandaca e Musco spiegano che "la funzione di prevenzione speciale tende ad impedire che chi si è già reso responsabile di un reato torni a delinquere anche in futuro"[122], e lo fa attraverso tecniche diverse tra cui la neutralizzazione del soggetto, alcune forme di interdizione giuridica, o altre di condizionamento della personalità del reo come l'emenda morale e risocializzazione.

Sulla finalità special-preventiva Ferrajoli si dimostra diffidente per diversi motivi: perché guarda "non tanto ai reati quanto ai rei, non ai fatti ma ai loro autori", perché, di conseguenza, diversifica lo scopo della pena "a seconda della personalità, correggibile o incorreggibile, dei condannati" perché favorisce l'uso del diritto penale "al fine non solo di prevenire i delitti, ma anche di trasformare le personalità devianti secondo progetti autoritari di omologazione o, alternativamente, di neutralizzarle mediante tecniche di amputazione e di bonifica sociale"[123]. Ma in questa argomentazione della delegittimazione del carcere finisce per svolgere le sue valutazioni a partire dall'efficacia special-preventiva di esso, cioè del modo in cui si rapporta con la recidiva. E la prevenzione della recidiva non appare fra gli scopi assegnati alla pena in *Diritto e ragione.* Anzi, il ruolo assegnato ad essa all'interno del sistema punitivo come motivo di aggravamento della pena è criticato severamente. La recidiva è annoverata fra le figure in contrasto con il modello garantista del diritto penale in quanto prodotto di un paradigma quasi-costitutivo, cioè fondato sulla valutazione di condizioni personali: "le figure più importanti nelle quali si esprime questo moderno paradigma quasi-costitutivo sono quelle della *recidiva*, del *vagabondaggio*, e della *pericolosità*"[124].

Uno degli aspetti che viene rilevato nelle ricerche socio-giuridiche riguardanti il carcere è che i condannati alla pena detentiva in carcere sono più propensi alla recidiva. Effettivamente questo è uno dei tanti validi argomenti per preferire al suo posto altre tipologie di

---

[120] Ivi, p. 251.
[121] Ivi, p. 240.
[122] Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Roma 2015, VII ed., p 754.
[123] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 252.
[124] Ivi, p. 513.

pene e infine è un valido argomento a favore della sua abolizione, ma va detto che è un argomento che riguarda la sua incapacità di svolgere una funzione di prevenzione speciale negativa.

È stato Mario Pagano a infirmare in modo limpido qualunque etichetta che intenda associare irrimediabilmente il condannato al delitto commesso: "La pena interamente cancella ed estingue il delitto , ed il reo che l'ha sofferta ritorna innocente [...] E quindi per quel delitto, per cui siasi una volta sofferta la pena, molestar non si può il cittadino"[125]. Ed è questo il pensiero di Ferrajoli sul tema. Il fatto che delegittimi il carcere a partire dalla non prevenzione della recidiva è indicativo del fatto che per quanto la prevenzione generale negativa, operata mercé la minaccia legale, sia uno dei due scopi giustificanti del diritto penale, le indagini sociologiche sugli *effetti* delle pene, vanno valorizzati in quanto uniche indagini possibili. Dato che nessuna indagine potrà mai accreditare l'efficacia dello scopo general preventivo. Non sapremo mai quante persone non commettono un reato poiché ad esso è collegata una pena, ma possiamo invece, a partire dalle indagine a riguardo, *smascherare* gli *effetti* che effettivamente si verificano con l'applicazione delle pene, a prescindere dalle finalità legali ad esse associate. Ed è in questa cornice che si inserisce il ragionamento ferrajoliano, che mette i riflettori sulle funzioni a cui le carceri sono "destinate di fatto"[126].

Afferma Ferrajoli che il carcere non è idoneo neanche a soddisfare il secondo scopo garantista assegnato al diritto penale "non la prevenzione delle vendette private, soddisfatta, nell'odierna società dei mass-media, più che dall'espiazione del carcere, dalla rapidità del processo e dalla pubblicità delle condanne"[127]. Il ragionamento retrostante a questo secondo argomento richiamato per l'abolizione della pena carceraria è inconsueto rispetto al suo stile argomentativo. Ferrajoli, si sa, considera come secondo scopo giustificante del diritto penale la prevenzione delle ingiuste punizioni. Nella sua opera, spesso, come in questo caso, usa un'altra espressione per raffigurare questo scopo come se fossero del tutto equivalenti: la prevenzione delle vendette private. In verità la portata dello scopo rappresentato come prevenzione delle punizioni ingiuste o arbitrarie è più largo, dato che *punizione* non sta per sanzione penale, ma per reazione al delitto. La prevenzione delle in-

[125] Cfr. D. Ippolito, *Mario pagano. Il pensiero giustopolitico di un illuminista*, cit.
[126] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 410.
[127] *Ibid*.

giuste punizioni è, quindi, relativa a contenere sia le reazioni formali che quelle informali al delitto. Si prevengono le punizione ingiuste prevenendo le razioni informali al delitto attraverso la formalizzazione di un sistema punitivo garantista ma efficace, per cui un cittadino che abbia subito un reato, invece di farsi giustizia da sé, può rivolgersi alle istituzioni incaricate di esercitare il potere punitivo attraverso le indagini i processi e le pene. Si prevengono le punizioni ingiuste, prevenendo anche l'arbitrio proveniente dai titolari dell'esercizio del potere punitivo mediante l'adozione istituzionale del postulato della pena minima necessaria e la previsione delle dovute garanzie della sua osservanza. Invece, fare riferimento alla prevenzione della vendetta privata, oppure, più in generale, delle reazioni informali, ha una portata più ristretta in quanto non si riferisce alla limitazione delle risposte istituzionali di fronte al delitto, ma soltanto a quelle proveniente "dalla parte offesa o da forze più o meno organizzate con lei solidale"[128].

L'aspetto inconsueto dell'argomento ferrajoliano è a quale tipo di vendetta allude in questo caso nella sua argomentazione per delegittimare il carcere. Dato che la prevenzione della vendetta si ritiene soddisfatta "dalla rapidità del processo e dalla pubblicità delle condanne" è evidente che si allude al carattere violento da una parte, dei tempi lunghi dei processi e, dall'altra, dell'opacità del carcere, che impedisce che si sappia ciò che al suo interno accade, che in effetti favorisce che al suo interno si consumino violenze e soprusi. Il riferimento ai mass-media indica che si fa riferimento anche alla stigmatizzazione sociale che subiscono gli indagati, portata avanti dalla spettacolarizzazione del processo. Ma questa caratterizzazione della vendetta risulta lontana da quella che complessivamente emerge nella sua opera.

Le occorrenze del termine «vendetta» in *Diritto e ragione* indicano perlopiù le reazioni al delitto animate dalla massima "rendere male per male". Ferrajoli puntualizza che il secondo scopo giustificante del diritto penale riguarda "la prevenzione generale della vendetta privata, individuale o collettiva, quale si esprime nella vendetta del sangue, nella ragion fattasi, nel linciaggio, nella rappresaglia e simili". Nella esposizione del secondo argomento per delegittimare il carcere, invece, la vendetta alla quale egli allude assume altre caratteristiche, fino a considerare che possa essere prevenuta dalla velocità del processo e dalla pubblicità della condanna. Ancora una volta si tratta di una caratterizzazione ristretta dello

[128] *Ibid.*

scopo assegnato al diritto penale, e distante dalla sua stabile caratterizzazione nel resto dell'opera. D'altronde, la rapidità del processo non riguarda specificamente la non necessità del carcere e la pubblicità della condanna sembra un apposito correttivo rispetto al carcere.

In *Principia iuris*, invece, si stabilizza la caratterizzazione del secondo scopo come "prevenzione delle pene informali o eccessive, cioè delle ingiuste punizioni"[129], riferito "alla tutela dei possibili rei contro gli abusi punitivi" senza enfatizzare la prevenzione della vendetta privata.

A prescindere dai connotati del citato brano, la proposta di abolizione del carcere è sostenuta da Ferrajoli già dagli anni Settanta argomentando motivi sostanziali. Il genere di pene detentive, invece, continua a far parte del dispositivo di pene del diritto penale minimo. Di esse si auspica l'abbassamento, in tempi brevi, del limite massimo a 10 anni, chiamato ad essere ridotto ulteriormente nei tempi medi.[130] Rispetto ai limiti minimi delle pene detentive, partendo dalla base che è sempre una pena "disonorevole" che procura multipli afflizioni, sostiene che "non si giustifica la stipulazione di un minimo legale: sarebbe opportuno, in altre parole, affidare al potere equitativo del giudice la scelta della pena di sotto del limite massimo stabilito dalla legge, senza vincolarlo a un limite minimo o vincolandolo un limite massimo assai basso"[131]. In effetti, del progetto di minimizzazione del diritto penale fanno parte anche gli arresti del fine settimana, anche se da quest'affermazione si ricava che il giudice possa stabilire anche la pena detentiva di un giorno.

Questa tesi si spiega considerando principalmente la consapevolezza dell'autore della particolarità di ogni reato, che allora dovrebbe rispecchiare un diverso grado di punizione, adeguato e proporzionato. Una pena detentiva di due giorni, di un giorno, sarebbe destinata ai reati i cui particolari connotati siano tali da ritenersi poco gravi. Tuttavia è legittimo chiedersi come mai una pena detentiva di pochi giorni non sia ritenuta *sproporzionata per difetto* mentre le pena pecuniaria sì. L'abolizione delle pene pecuniarie è argomentata sottolineando il loro carattere impersonale e disuguale, ma soprattutto mettendo a fuoco che è "sproporzionata per difetto a qualunque proibizione penale informata al principio di

---

[129] L. Ferrajoli, Principia iuris, *Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma - Bari 2007, pp. 356-357. In questa opera si fa riferimento esclusivo al secondo scopo giustificante del diritto penale come "minimizzazione delle punizioni arbitrarie".

[130] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 413.

[131] Ivi, p. 397.

economia o di necessità"[132] e che poi è "diversamente afflittiva a seconda della ricchezza delle reo".

Sostiene Ferrajoli che "La pena pecuniaria è sotto più profili una pena aberrante". È *impersonale* e quindi chiunque può pagare, è *disuguale* e quindi fonte di intollerabili discriminazioni, ma l'argomento ritenuto più importante è che essa è "*sproporzionata* a qualunque reato, essendo al di sotto del limite minimo che giustifica l'irrogazione di una pena", destinata ad essere sentita come una tassa. Mentre l'aderenza al modello di diritto penale minimo richiede "che siano previsti e puniti come reati soltanto infrazioni relativamente gravi" e allora "nessuna sanzione pecuniaria può essere considerata sufficiente a sanzionarle adeguatamente"[133]. La conseguenza di questa sproporzione è che la pena pecuniaria è oggi giustamente limitata alle infrazioni più lievi.

Inoltre implica una deformazione del processo penale, dato che "la scarsa rilevanza delle infrazione e la leggerezza delle pene ha infatti favorito lo sviluppo delle forme di giustizia sommaria come il decreto penale, che a loro volta squalificano, per il loro carattere burocratico il processo penale e la funzione giudiziaria"[134]

In questo panorama si ravvisano solo due vie: "o la pena pecuniaria appare sufficiente, e allora tanto vale trasformarla in una sanzione amministrativa e depenalizzare il reato per il quale è disposta; oppure appare insufficiente, ed allora essa dev'essere sostituita con un altro tipo di pena, più severa". La decisione sulla rilevanza amministrativa o penale del fatto è di competenza del legislatore, se il fatto non lede diritti fondamentali, dovrebbe essere qualificato come illecito amministrativo, invece deve essere comminata "una pena restrittiva della libertà personale se invece lo riterrà lesivo di beni di fondamentali interesse individuale o collettivo e va quindi qualificato come reato"[135].

Il dispositivo di pene del diritto penale minimo è composto da pene principali che in diversa misura restringono "singole facoltà incluse nella libertà personale oppure diritti diversi e meno estesi". Tale sistema di pene è compendiato in questo brano:

---

[132] Ivi, p. 400.
[133] Ivi, p. 415.
[134] Ivi, p. 416.
[135] Ivi, p. 416. Ferrajoli prosegue il suo discorso affermando che "nulla impedisce che egli possa ritenerlo lesivo di più beni e quindi meritevoli sia di una pena che di una sanzione amministrativa".

la semilibertà, l'affidamento in prova, la detenzione domiciliare e quella del fine settimana, che privano parzialmente della libertà personale, gli arresti domiciliari, il soggiorno obbligato e il divieto di soggiorno, i quali privano della libertà di circolazione, infine le pene interdittive, da predisporre quali pene principali per determinati reati propri, le quali privano o restringono determinate forme di capacità di cui il reo ha specificamente abusato. Tutte queste pene dovrebbero essere previste dalla legge secondo una scala che ne consentisse la graduazione proporzionale e la commisurazione equitativa alla gravità dei reati. E rispetto ad esse la detenzione risulterebbe la sanzione più severa, riservata ai casi più gravi e destinata in prospettiva ad essere abolita[136].

Alcuni provvedimenti degli ultimi anni hanno accolto le richieste di diversificazione del sistema punitivo. Il d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 ha introdotto due nuove pene principali, tuttavia, di applicazione limitata ai soli reati di competenza del giudice di pace: la permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità. I reati cui si applicano sono tassativamente previsti dall'art. 4 del decreto tra cui i furti punibili a querela, ingiuria e percosse. "Altre due pene principali sono state introdotte nel nostro sistema dalla legge delega n. 67 del 2014: si tratta della reclusione domiciliare e dell'arresto domiciliare"[137]. Due delle pene che Ferrajoli aveva, decenni prima, inserito nel suo progetto di rinnovamento e minimizzazione delle pene.

Il tratto distintivo del dispositivo delle pene in *Diritto e ragione* è l'assenza del carcere e delle pene pecuniarie. Su entrambe queste pene la dottrina penale è divisa. Il primo è considerato da alcuni un male necessario e imprescindibile e da altri un retaggio del capitolo mai definitivamente chiuso della crudeltà punitiva. Le seconde sono da alcuni considerate la risposta alla diversificazione punitiva di cui tanto bisogno ha la modernità, per altri, come Ferrajoli, una pena che deve essere abolita.

Quando in *Principia iuris* Ferrajoli è tornato ad affrontare la questione punitiva ha rilanciato il suo progetto di rifondazione dell'intero sistema punitivo, per ristabilire il suo ruolo di *extrema ratio* e "restaurarne efficienza e garanzie secondo il modello normativo [di] diritto penale minimo". Rispetto alla natura e la misura delle pene propugna una "drastica *depenalizzazione* e una radicale *decarcerizzazione* del sistema penale":

---

[136] Ivi, p. 419.
[137] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale,* cit., p. 765.

eliminando la centralità del carcere, prevenendo la reclusione come pena soltanto per i reati più gravi, mitigandola con condizioni ambientali e spazi di vita il meno possibile afflittivi e trasformando in pene principali le attuali misure alternative oggi irrogabili in sede di esecuzione penale. Ma si tratta anche, in secondo luogo di ridurre la disuguaglianza e l'arbitrio che oggi caratterizzano l'esecuzione penale e che conseguono in gran parte dalla flessibilità delle pene[138].

Il progetto riformatore esposto in *Principia iuris* prevede certamente l'eliminazione dell'ergastolo. Rispetto all'abolizione del carcere, invece, il tono non è più così netto. Si auspica: "la previsione della pena della reclusione per i soli delitti più gravi e con la fissazione della sua durata massima a non più di 15 anni"[139]. Si mantiene la proposta di abolizione della pena pecuniaria e quella attinente alla trasformazione in pene edittali delle misure alternative alla pena detentiva. L'attuazione di tale riforma comporterebbe "una semplificazione del sistema dei reati e delle pene, ridotti i primi ai soli delitti e le seconde alle sole privazioni della libertà, sia pure nelle forme diverse della reclusione e delle pene alternative"[140].

Anche se non si ribadisce la necessità della sua abolizione, i toni rispetto a come viene descritto il carcere non sono affatto cambiati rispetto a *Diritto e ragione*:

Il carcere, in quanto luogo di segregazione, è per sua natura un'istituzione opaca, sottratta ai principi della trasparenza e della pubblicità ed esposta perciò al governo degli uomini ben più che al governo della legge. Dietro le sue mura ogni illecito, ogni arbitrio, ogni violenza, ogni violazione dei diritti, dai maltrattamenti alle piccole vessazioni e discriminazioni, sono possibili [...]. Di fatto, in quell'istituzione totale che il carcere, i detenuti si trovano letteralmente nelle mani del personale di custodia, sottoposti a prassi e a condizioni di vita - in materia di spazi comuni, di sovraffollamento, di abitabilità delle celle, di docce, di ore d'aria, di condizioni igieniche sanitarie - che fanno di ciascuna pena una pena diversa dalle altre e si risolvono talora in profonde lesioni dei diritti fondamentali[141]

Quello che cambia è l'enfasi su quel che è urgente fare. Su questo versante il tono cambia perché Ferrajoli è sempre stato ottimista sull'affidamento alla legalità come strumento contro la violenza, ma è sempre stato anche molto lucido rispetto all'individuazione delle

---

[138] L. Ferrajoli, *Principia iuris,* cit., p. 379.
[139] L. Ferrajoli, *Principia iuris,* cit., p. 380.
[140] Ivi, p. 381.
[141] *Ibid*.

sfide da affrontare. E la sfida più urgente è quella di riportare il carcere alla legalità. Finché c'è il carcere come pena deve essere circondato da garanzie: "Di qui la necessità di una specifica istituzione di garanzia - un difensore civico e garante dei diritti dei detenuti - esterna ed estranea all'amministrazione carceraria, in grado di accertare e prevenire, attraverso l'attribuzione di adeguati poteri ispettivi e di controllo, le violazioni dei diritti garantiti"[142]. Si ricorda che "nel suo modello normativo la pena della reclusione consiste unicamente nella privazione della libertà personale, e non anche nella privazione e degradazione della dignità della persona". La domanda è se il carcere possa essere ridotto solo a quello e come fare in modo che sia così. Queste domande riguardano le apposite garanzie dell'esecuzione delle pene, e in concreto della reclusione.

Ammettere o non ammettere il carcere come pena dipende da quali sono i criteri di valutazione delle pene. Considerando che il carcere si è affermato come pena in quanto superava i parametri moderni di uguaglianza e graduabilità, occorre rivedere se la lettura data a questi parametri è soddisfacente anche oggi. La vicenda della pena detentiva dimostra che non basta che le pene volta a volta ritenute più crudeli siano sostituite da altre pene. Il processo di rinnovamento e progressiva abolizione sia delle pene inutili che di quelle più gravi - la cui afflittività sia dalla nuova sensibilità sociale ritenuta eccessiva -, è fondamentale, ma deve essere accompagnato da parametri specifici su come debbono essere le pene, sul loro contenuto. Occorre affrontare il tema della sanzione penale in termini di diritti.

3.3.2. *Per un rafforzamento del paradigma garantista*

Le garanzie sono generalmente definite da Ferrajoli come gli obblighi e i divieti implicati dalle norme tetico-costitutive che attribuiscono i diritti fondamentali. In ambito penale, egli sostiene che "le garanzie penali e processuali [...] non possono essere che un sistema di divieti inderogabili: divieti di punire, di arrestare, di perquisire, di censurare o altrimenti sanzionare, senza che ricorrano le condizioni stabilite dalla legge a tutela del cittadino contro il sopruso"[143]. Alcuni assiomi del paradigma garantista fanno parte degli odierni ordinamenti giuridici, mentre altri non sono stati positivizzati e quindi rientrano nella categoria

[142] *Ibid*.
[143] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 901.

dei principi generali, come il principio di offensività e di necessità. La teoria del garantismo implica che la cultura giuridica esiga non solo che tali principi siano incorporati nel dispositivo normativo, ma anche, e sopratutto, che siano introdotti le misure che possano assicurare la loro osservanza, cioè gli obblighi e i divieti, intesi come "tecniche normative idonee a minimizzare la violenza punitiva"[144]. In questo senso i 10 assiomi, e le tesi da essi derivanti, rappresentano in alcuni casi diritti, il altri principi, ma in entrambi i casi gli ordinamenti giuridici debbono prevedere le dovute garanzie normative che essi richiedono. Per rinforzare il paradigma garantista occorre tradurre in termini di obblighi e divieti i principi che postulano la minimizzazione della violenza punitiva. Affinché siano più agevolmente recepiti dalla legislazione.

Uno degli assi portanti del paradigma garantista è il principio di stretta legalità. Il quale, a differenza dell'assioma di *mera legalità,* che si limita ad esigere la legge come condizione necessaria della pena e del reato (*nulla pena nulum crimen sine lege*), esige tutte le altre garanzie come condizioni necessarie della legalità penale (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine in iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione*). Grazie il primo principio, afferma Ferrajoli, la legge è condizionante; grazie secondo essa è condizionata.

"Ne consegue - sostiene Ferrajoli - un diverso ruolo dei due principi e una diversa struttura normativa da essi richiesta al sistema legale: la semplice legalità della forma e della fonte è la condizione del vigore e dell'esistenza delle norme che prevedono pene e reati, quali che siano i loro contenuti; la stretta legalità o tassatività dei contenuti, quale risulta dalla loro conformità alle altre garanzie, per ipotesi di rango costituzionale, è invece una condizione di validità o legittimità delle leggi vigenti"[145]. Tuttavia, il rispetto di tutte le condizioni elencate come relative al principio di stretta legalità implica una valutazione dei presupposti per l'irrogazione della pena, non una valutazione sostanziale sul contenuto delle pene. Tranne per il principio di necessità, che però può essere abilmente adoperato per difendere anche le pene eccessivamente afflittive.

Dato che l'insieme dei 10 assiomi, i 45 teoremi e le 55 tesi che raffigurano il modello penale garantista può apparire alquanto complicato, l'Autore suggerisce formulazioni riassuntive. Le garanzie che riguardano la pena sono riassunte nella tesi T 56: *nulla poena sine*

[144] Ivi, p. 337.
[145] Ivi, p. 390.

crimine, sine lege, sine necessitate, sine in iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione et sine defensione[146].

In questa massima si racchiudono i requisiti affinché una pena sia irrogata. Ferrajoli ricorda che

> Ciascuna delle implicazioni deontiche - o principi - di cui si compone ogni modello di diritto penale enuncia pertanto una condizione *sine qua non*, ovvero una *garanzia giuridica* per l'affermazione della responsabilità penale e per l'applicazione della pena[147]: non, si badi, una condizione sufficiente in presenza della quale è consentito o obbligatorio punire, ma una condizione necessaria in assenza della quale *non* è consentito ovvero è proibito punire[148].

Questo modo di ragionare, cioè *nulla poena sine,* ha consentito che siano giuridicizzati i connotati per l'*irrogazione* delle pene. Da quel punto di vista costituiscono un limite al potere di proibire e al potere di giudicare. Ognuno di questi requisiti *sine qua non* riguarda una condizione necessaria, ma non sufficiente, per integrare il concetto di responsabilità penale. Ciascuna di queste condizioni costituisce una linea guida per il legislatore, che ne dovrà tener conto per *prestabilire* i reati e le pene, e per il giudice, che, a sua volta, le dovrà rispettare per *stabilire* nel caso concreto la rispettiva pena soltanto se l'individuo si può ritenere responsabile della condotta oggetto di dibattito. Tuttavia, non offrono una linea guida per *eseguire* la pena, nonostante la continuità che, forzosamente, nel rispetto del principio di legalità, dovrebbe esserci fra pena *prestabilita* dalla legge, pena *stabilità* dal giudice e pena *eseguita* nella fase esecutiva.

Dato che prima della fase esecutiva la pena non esiste, esiste solo la minaccia di essa, potremmo sostenere che il paradigma garantista, dunque, non prevede garanzie per la pena *reale,* cioè per la pena effettivamente inflitta al condannato, che si concretizza soltanto una volta emanata la sentenza di condanna e avviata la fase di applicazione della pena.

Anche nell'opera dei Lumi che hanno posto le basi del garantismo sono assenti le garanzie per la fase esecutiva. Bisogna tenere conto, però, che la netta distinzione di una

---

[146] *Ibid.*

[147] Nonostante l'attenzione di Ferrajoli nella uso delle parole a considerando il loro campo di denotazione, in questo caso il termine applicazione sarebbe fuorviante in quanto potrebbe essere interpretato come esecuzione della pena. Invece, dal contesto si evince che il termine appropriato in questa frase era irrogazione, nel senso affermato nella sua opera di determinazione in concreto della pena da parte del giudice.

[148] Ivi, p. 393.

fase esecutiva delle pene si è resa possibile soprattutto a partire dell'affermazione del principio di legalità, il quale ha consentito progressivamente distinzioni importantissime come quella fra pena minacciata attraverso la legge penale e pena eseguita soltanto successivamente all'emanazione di una condannata proferita da un giudice una volta svolto il contraddittorio e verificate le ipotesi accusatorie. Inoltre, l'odierno immaginario della fase esecutiva come tappa che si protrae nel tempo, e dunque fonte di ulteriori tensioni e conflitti fra diritti, ha a che fare con la stabilizzazione della pena detentiva come pena principale. Nessuna di queste condizioni esisteva nel secolo dei Lumi. E allora la mancata progettazione di compiute garanzie specifiche dell'esecuzione della pena trova una convincente spiegazione.

In un paradigma moderno di garantismo penale, invece, questa assenza è una *lacuna* che deve essere colmata. Se il ruolo delle garanzie è tutelare l'individuo dall'arbitrio e dall'errore, entrambi questi rischi non spariscono quando il giudice emana la sentenza e, nel rispetto delle dovute garanzie, attribuisce la responsabilità penale. Anzi, nella fase esecutiva, ogni arbitrio e ogni errore favorisce, prendendo in prestito parole di Beccaria, che alla pena giusta sia aggiunta un'altra pena. Certamente la possibilità latente dell'errore giudiziario preclude assolutamente di identificare in astratto la pena giusta con quella fissata dal giudice. È ben saputo che anche gli innocenti subiscono condanne penale e che la pena individuata dal giudice può essere eccessiva o esigua, troppo rigida o troppo flessibile. Il fulcro della questione, dunque, non è difendere la giustizia delle pene irrogate - sulle quali è sempre possibile covare diffidenza e sospetti - ma riconoscere che è una pena ingiusta ogni limitazione di diritti *inflitta* nella fase esecutiva senza essere stata *prefissata* dalla legge e non *fissata* nel caso singolo dal giudice.

Il momento processuale è decisivo per precludere la terribile ingiustizia della condanna dell'innocente, sentita per la società come la più tirannica manifestazione sia dell'errore che dell'arbitrio punitivo. "Essa è una vera calamita sociale - scrive Carrara-, per lo spavento che general nei cittadini: maggiore assai di quello che nasca da molti delitti impuniti"[149]. La fase esecutiva, invece, è quella in cui risulta necessario precludere un'ingiustizia altrettanto terribile, ma che sollecita meno empatia sociale: aggravare la condanna dei colpevoli. Il sistema punitivo, però, svolge meglio il compito di tutelare gli innocenti e per

[149] F. Carrara, *Programma*, cit., § 651, p. 427.

integrare il paradigma garantista, come auspica il suo autore, occorre sviluppare le tecniche normative per tutelare anche coloro ritenuti colpevoli.

Mario Jori ha rilevato che "il legalismo penale può finire col convivere con la mancanza di garanzie" e proprio per questo "il garantismo moderno non può evitare di scendere nei dettagli"[150]. Ferrajoli bada bene a chiarire che il sistema garantista da lui esposto non intende essere esaustivo e può certamente espandersi ancora[151]. Tuttavia il modello teorico dei 10 assiomi che lo integrano è definito come massimamente garantista[152] e come modello limite che può essere assunto come parametro e fondamento di razionalità di ogni sistema penale garantista[153], per classificare i sistemi penali in ordine di decrescente garantismo o crescente autoritarismo[154]. In effetti è il più compiuto modello di teoria della pena, che tuttavia può scendere ancora di più nei dettagli rispetto agli obblighi e ai divieti concreti per tracciare la linea di demarcazione fra punizione legale ed eccedenza afflittiva. Un sistema volto a garantire l'immunità dei cittadini da interventi punitivi infondati e arbitrari[155], ideale e forse idealistico, può scendere di più nei dettagli, cioè nelle garanzie relative alla pena reale. A questi fini, il principio di tassatività deve essere valorizzato rispetto al contenuto delle pene almeno quanto lo è rispetto ai presupposti necessarie per l'irrogazione di esse.

---

[150] M. Jori, *La cicale e la formica,* in *Le ragioni del garantismo*, cit., p. 71.

[151] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 74: "I termini impiegati nella formulazione dei principi: pena, reato, legge, necessità, offesa, azione, colpevolezza, giudizio, accusa, prova e difesa. Ciascuno di questi termini, escluso ovviamente il primo, designa una condizione necessaria per l'irrogazione della pena entro il modello di diritto penale che esso concorre a definire. Entro tale modello - se definiamo la *responsabilità penale* come l'insieme delle condizioni normativamente richieste perché una persona sia soggetta a pena, ognuno di essi designa inoltre una condizione della responsabilità penale. È superfluo precisare che questi termini e le condizioni da essi designate, essendo introdotti da scelte di natura teorica e convenzionale, potrebbero essere diversi è soprattutto il numero maggiore".

[152] Ferrajoli fa riferimento al modello massimamente garantista come quello che adotta tutti i 10 assiomi del paradigma garantista. Egli sostiene che questi assiomi "enunciano le condizioni che un sistema penale deve soddisfare in aderenza ai suoi principi normativi interni e/o a parametri di giustificazione esterna. Si tratta, in altre parole, di *implicazioni deontiche*, o normative di dover essere, la cui congiunzione nei diversi sistemi che saranno qui assiomatizzati dà vita a *modelli* a loro volta deontici, o normativi o assiologici. L'adozione di questi modelli, a cominciare da quello massimamente garantista, suppone dunque un'opzione etico-politica in favore dei valori da essi normativamente tutelati". Ivi, p. 450.

[153] Ivi, p. 13.

[154] **"**Ne deriva che il sistema garantista SG può risultare indebolito, per sottrazione, dalla mancanza o dalla lesione di talune delle condizioni e garanzie indicate come necessarie per l'irrogazione della pena dalla sua tesi riassuntiva T56. Su questa base è possibile ora formulare una tipologia, ovviamente schematica, dei modelli teorici di diritto penale a seconda del numero e del tipo di garanzie da essi assicurate, e perciò della misura o del *grado* in cui essi si accostano si discostano dal nostro modello-limite SG". Ivi, pp. 73-74.

[155] *Ibid.*

Capitolo IV. Deontologia della pena

4.1. Il principio di tassatività in ambito penale

4.1.1. *Tassatività e determinatezza*

"Nessuno deve correre il rischio che la pena lo colpisca come un fulmine a ciel sereno semplicemente perché il suo sacrificio può servire allo stato. L'individuo deve avere la possibilità di programmare la sua vita, sicuro da interventi arbitrari. Deve poter contare sul fatto che se, dal canto suo non si viola la legge, dev'essere tutelato contro il potere penale dello Stato"[1].

Questo tesi di Alf Ross è un appello all'osservanza del principio di legalità che fa leva sul rapporto fra determinazione delle norme e autodeterminazione privata. Ross fa ricorso a una metafora che funziona molto bene, ma la sua valenza garantista è volta a escludere soltanto le imprevedibili punizioni degli innocenti e non anche le imprevedibili, poiché sregolate, punizioni di coloro che sono ritenuti colpevoli. Come se, in qualche modo, essere stato condannato implicasse che il cielo non fosse più sereno e si dovessero aspettare i fulmini in continuazione. Ma quel 'nessuno' con cui inizia il brano deve ricomprendere anche i condannati. La portata liberale di questa tesi si può e si deve allargare: l'immunità rispetto agli interventi statali arbitrari non è una concessione che si ottiene in cambio dell'osservanza della legge. Una teoria penale che preclude l'arbitrio solo rispetto a chi ha violato la legge, e che dunque tutela solo gli innocenti, sarebbe ingiustificatamente storpia.

Nessun sacrificio gratuito allo stato, dunque. E nessun intervento arbitrario è ammesso. Affinché sia così, le regole limitative dell'esercizio del potere punitivo debbono essere determinate e tassative.

La tassatività delle norme è il corollario principale del principio posto alla base dello stato di diritto, il principio di legalità. E, in modo più stringente, della versione rafforzata adottata nello stato costituzionale di diritto: la stretta legalità. Accogliere tale principio, precisa Palazzo, ha una valenza garantista di cruciale importanza: "lo Stato autoritario che accolga il principio di determinatezza, anche se ciò faccia al solo fine di assicurare il trion-

[1] A. Ross*, Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 97-98.

fo incondizionato della volontà statale, rinuncia nello stesso momento a trasformarsi in Stato totalitario e, quantomeno sotto certi profili, può ancora considerarsi come uno Stato «di diritto»"[2]. La sua ragion d'essere è assicurare le fondamenta della moderna cultura giuridica: la riduzione degli spazi di discrezionalità del potere, la conoscibilità delle norme da parte della generalità dei consociati, la parità di trattamento, la certezza del diritto. Insomma è un'efficace garanzia contro l'arbitrio. Tuttavia, il principio di tassatività stesso, ed ognuna delle istanze di cui è garante, non è mai pienamente realizzabile nella prassi. Questa discrasia fra dover essere ed essere, propria delle istituzioni giuridiche, rappresenta un "elemento di utopia" dal quale consegue "una latente e strutturale *illegittimità giuridica* dello stato di diritto, dovuta all'ambizione delle promesse formulate ai suoi livelli normativi superiori e non mantenute ai suoi livelli inferiori"[3]. Ne è un'esempio paradigmatico *La promessa non mantenuta*[4] dell'osservanza del principio di tassatività:

> tra le 'promesse non mantenute' del diritto penale della modernità, il principio di determinatezza/tassatività rappresenta l'esempio più evidente. Eppure, tale principio è una delle acquisizioni fondamentali della cultura dello stato di diritto: la prima caratteristica di un sistema penale codificato, infatti, dev'essere data dal rispetto della legalità, e, quindi, dalla precisione delle sue disposizioni.[5]

Nonostante sia del tutto condiviso che "una descrizione delle leggi particolarmente dettagliata sia soprattutto necessaria in quelle materie in cui il cittadino e la sua libertà d'agire si trovano a più diretto contatto col potere politico, come accade nel settore del diritto amministrativo, e in quelle, come il diritto penale, in cui è in gioco addirittura la libertà personale, in senso fisico, dell'individuo"[6], in ambito penale ci sono "invasioni incontrollate nella sfera di libertà dei cittadini"[7], in lunga misura per via degli ampi spazi di discrezionalità che il diritto penale concede al governo dell'uomo e non della legge.

"Questo dato, scontato in dottrina e sul piano dei principi fondamentali - scrive Moccia - non ha trovato adeguato riscontro nella concreta produzione legislativa; sin da quando,

---

[2] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza nel diritto penale,* CEDAM, Padova 1979, p. 171.
[3] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., pp. 907-908.
[4] *Ibid.*
[5] S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2001, p 11.
[6] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit. p. 139-140.
[7] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 15.

con Beccaria e Filangieri, la sua significatività per un sistema penale vicino alle ragioni dell'uomo si rivelò con evidenza palmare e fu universalmente riconosciuta, dallo stesso momento, è possibile affermare, le sue concrete applicazioni furono in maniera pressoché costante disattese"[8]. L'attenzione dedicata a questo principio, poi, è relativa perlopiù alla fattispecie, cioè ai presupposti della pena, non ai connotati della sanzione. Pochi autori, tra cui Moccia, si soffermano sulle concrete implicazioni del principio di tassatività della pena. Pochi ribadiscono che "anche in relazione alla concreta inflizione della sanzione, secondo il principio *nulla poena sine lege*, valgono le regole della determinatezza/tassatività"[9]. Il principio vincola innanzitutto l'attività legislativa, per cui "sarebbe il caso che il legislatore che pare non aver manifestato sinora molta consapevolezza per queste, particolarmente significative, implicazioni del principio di determinatezza/ tassatività, si decida ad orientarsi al recupero di un'affidabile, precisa dimensione dell'ambito sanzionatorio, resa impossibile dalla tendenza all'irresponsabile frantumazione del sistema delle sanzioni"[10].

"In un regime a costituzione rigida qual è il nostro - sostiene Palazzo - è indispensabile tentare di delimitare con la massima precisione possibile l'ambito di applicazione delle norme costituzionali che impongono obblighi al legislatore, al fine di evitare che quest'ultimo si sottragga a quegli obblighi ricorrendo all'espediente di qualificare formalmente una determinata disciplina come estranea all'ambito di applicazione della norma costituzionale[11]. Il fondamento costituzionale del principio di tassatività in materia penale è rinvenibile nell'art. 13 2° comma, secondo il quale "non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge"; e nell'art. 25 2° comma, che stabilisce che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Il principio, dunque, è un valido esempio di un obbligo costituzionale al quale il legislatore si è sottratto.

Questo fondamentale principio è in stretto rapporto con quello di tassatività. Nonostante le due locuzioni vengano usate in modo fungibile il loro campo semantico si può dis-

---

[8] S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', cit., p. 11-12.
[9] Ivi, p. 87
[10] *Ibid.*
[11] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit. p.191.

tinguere: “sotto il profilo linguistico, la «determinatezza» esprime un requisito di formulazione delle fattispecie e cioè la sua redazione in termini precisi ed univoci”[12], a sua volta

> l’espressione «tassatività» ha anch’essa un profilo attinente alla formulazione della norma ed un altro attinente alla attività applicativa, ma i nessi e la compenetrazione tra i due aspetti sono più evidenti e più stretti. Sotto il primo profilo, il principio di «tassatività» vieta al legislatore la formulazione di norme attraverso l’utilizzazione di elencazioni esemplificative di fatti o di casi e lo obbliga ad elencazioni esclusive di ogni altro caso o fatto non espressamente precisato. Sotto il profilo della attività applicativa, la disposizione redatta in forma «tassatività» impedisce al giudice di configurare altri casi o fatti oltre a quelli espressamente stabiliti. al qual proposito, si può, dunque, dire che l’obbligo di tassatività si traduce nel divieto di analogia[13].

Secondo Palazzo - le cui distinzioni sono state accolte dalla dottrina - “il significato di norma determinata non coincide che in parte con quello di norma c.d. «tassativa»” in quanto la norma tassativa è quella di cui è “vietata implicitamente o espressamente l’analogia”. Mentre la determinatezza comprende anche la tassatività, ma non si esaurisce con essa. Moccia puntualizza che “la determinatezza [...] rappresenta una caratteristica attinente alla redazione della fattispecie, laddove la tassatività - che presuppone la presenza di norme determinate - parrebbe riguardare il momento, dinamico, dell’applicazione della norma ed ha la funzione di impedire l’estensione della disposizione a casi non previsti: quanto più precisa è la descrizione di una fattispecie, è evidente che tanto più netti risulteranno i limiti del suo ambito applicativo”[14]. Entrambi gli Autori - e in generale la dottrina penalista[15] - concordano sul fatto che i principi abbiano una base giuridica in comune per cui “appare concreto un riferimento contestuale ad entrambi i termini”[16].

Il fulcro della questione è che questi principi consistono in tecniche volte a ridurre alcuni difetti relativi al linguaggio giuridico. Il diritto è un’universo linguistico che come tale è affetto dai vizi propri del linguaggio: la vaghezza, l’indeterminatezza, l’ambiguità. Proprio perché l’indeterminatezza del linguaggio è considerato un aspetto fisiologico, ineliminabile, l’ordinamento giuridico predispone tecniche di integrazione e di interpretazione dei significati delle disposizioni. Ma il livello di tolleranza dell’indeterminatezza e, di con-

---

[12] Ivi, p. 5.
[13] I*bid.*
[14] S. Moccia, *La ‘promessa non mantenuta*’, cit., p. 13.
[15] F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1965, pp. 209 - 210.
[16] *Ibid.*

seguenza, il livello di accettazione delle tecniche correttive è minore in alcune branche del diritto. Prima fra tutte il diritto penale.

Rispetto al rapporto tra fisiologica indeterminatezza del linguaggio e diritto penale, Claudio Luzzati osserva che

> Qualora si intenda [...] la vaghezza (o *in*-determinatezza) quale caratteristica presente in minor o maggior misura nel significato di *tutte* le espressioni linguistiche, non vengono comunque a mancare gli argomenti per sostenere che il principio di *relativa* determinatezza delle norme penali, secondo l'interpretazione maggiormente garantistica della nostra Carta fondamentale può dirsi costituzionalizzato. Ad esso si può attribuire la medesima *ratio* del principio di tassatività presupponendo una lettura dell'art. 2° e 3° co. Cost. non tanto in chiave di separazione e di bilanciamento degli organi costituzionali quanto in chiave di una coerente difesa della libertà dei cittadini dalle interferenze ingiustificate dello Stato, da qualsiasi potere queste provengano[17].

4.1.2. *Tassatività e certezza*

Come si diceva prima, il principio di tassatività è riconducibile alla tutela di alcuni principi cardine dell'ordinamento giuridico. I motivi per esigere la sua osservanza in relazione non solo ai presupposti della pena ma anche al contenuto di esse, sono numerosi. Il primo è la riduzione degli eccessivi spazi di discrezionalità nell'esecuzione delle sanzioni penali. In questo senso la tassatività tutela la certezza delle pene. Tuttavia, occorre precisare qual è il tipo di certezza che si intende tutelare col principio di tassatività delle pene. In effetti, l'dea della certezza del diritto ha suscitato diverse interpretazioni e anche diverse critiche.

"La certezza del diritto è un mito?"[18], si domandò Norberto Bobbio in un saggio in cui si confronta con le critiche sollevate dalla cosiddetta scuola di «libero diritto»"[19], ma soprattutto con le particolarissime tesi psicologiche con cui Jerome Frank volle smascherare

---

[17] C. Luzzati, *La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico,* Giuffrè, Milano 1990, p. 376-477.
[18] N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in "Riv. int. di fil. del dir.", 1951, 1, pp. 146 - 152.
[19] Ivi, p. 146.

il mito[20]. Bobbio risponde a tale domanda sostenendo che il problema della certezza del diritto, anziché essere un'illusione, è legato a "problemi fondamentali per la coesistenza ordinata dell'uomo, come quello della difesa contro l'arbitrio [...] della protezione dell'uguaglianza giuridica", e corrisponde "al bisogno umano di fondare la coesistenza sopra un complesso di regole stabili e non caduche, durature e non provvisorie", insomma "un problema storico (e non banalmente psicologico), alla cui impostazione e soluzione hanno lavorato secoli di sviluppo civile dell'uomo"[21].

Ognuna delle istanze a cui fa riferimento Bobbio per difendere le ragioni della certezza del diritto potrebbe essere ricondotta alla difesa della certezza della pena. E Zaffaroni ha messo a fuoco lo stretto rapporto che c'è in particolare fra due di esse: la predeterminazione di regole stabili e la difesa contro l'arbitrio, mettendo a fuoco che in loro assenza non è consentito parlare di soggezione al principio di legalità: "la mancanza di criteri legislativi e dottrinali chiari per la quantificazione delle pene lascia margini di valutazione così ampi e privi di criteri regolatori che, praticamente, questo campo si consegna all'arbitrio, eliminando la cosiddetta "legalità delle pene"[22].

Ma anche la certezza riferita alla pena è stata oggetto di altrettante critiche. Se prendiamo in considerazione le tesi di due autori con opinioni diametralmente opposte rispetto alla certezza del diritto come Carnelutti, che non l'accoglie, e Lopez, che ne diventa un serrato difensore, vediamo che precisamente il tema del rapporto fra tassatività e pena è un aspetto sul quale le opinioni di entrambi si polarizzano. Da una parte, Lopez sostiene che in ambito penale "questo carattere del diritto che consiste nella necessità della certezza si coglie con particolare evidenza, a cagione della più spiccata e rigida fisionomia di tale ramo del diritto"[23]. Dall'altra, Carnelutti contesta domandandosi "perché mai se la certezza è la tecnica del diritto, la pena, per ciascun reato, non è totalmente predeterminata dalla legge? Invece, una delle chiavi della giustizia penale è il potere discrezionale del giudice,

---

[20] La tesi centrale di Frank, che sicuramente ha fatto le critiche più particolari all'idea della certezza del diritto, è che "l'attaccamento alla certezza del diritto è il prodotto del perseverare negli adulti non giunti completamente a maturità [...] di un rapporto caratteristico della mentalità infantile: la credenza in un padre onnipotente e onnisciente, che con la sua autorità, accettata dogmaticamente e posta fuori di ogni discussione, garantisce al fiancammo la sicurezza della vita in mezzo ai pericoli del disordine, della dispersione, da cui non saprebbe da solo difendersi". Cfr. J. Frank, *Law and modern mind*, Coward - McCann, New York 1949, VI ed.

[21] N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, cit., p. 151.

[22] E.R. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, cit, p. 32.

[23] F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968, p. 51.

tra il massimo e il minimo nell'applicazione della pena (art. 132 ss)"[24]. Partendo dalla base che "nessun reato e nessun reo è uguale all'altro", Carnelutti sostiene che la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena è l'unico modo per ottenere l'uguaglianza" e che "se la pena fosse veramente certa sarebbe inevitabilmente ingiusta"[25]. La sua conclusione, allora, è che certezza e giustizia sono "non tanto separate quanto inconciliabili l'una con l'altra"[26].

Carnelutti, evidentemente, intendeva pena certa come pena fissa. Modalità punitiva che, per i motivi che egli rileva, non è auspicabile. Moccia, invece, allude alla certezza della pena nell'unico senso ammissibile assumendo la prospettiva garantista: la pena certa è quella il cui contenuto - in quanto prestabilito dal legislatore e stabilito dal giudice osservando il principio di determinatezza/tassatività - è reso noto chiaramente in fase di minaccia alla generalità dei consociati, e in sede di esecuzione al condannato che dovrà scontarla:

> sul piano generale il principio di determinatezza/ tassatività della pena esplica i propri effetti, da un lato, in rapporto alla definizione della comminatoria astratta e, dall'altro, anche in relazione alla fase dinamica della concreta applicazione e dell'esecuzione della pena. Su entrambi i versanti, le finalità della tutela della libertà e dell'eguaglianza nonché le esigenze di orientamento dei consociati, tutte connesse alla *ratio* del principio costituzionale di determinatezza/ tassatività, operano nel senso di richiedere una pena certa, agevolmente prevedibile al momento della condotta, influenzata nella sua misura da fattori riconoscibili e non rimessa ad un illimitato potere discrezionale del giudice[27].

La valenza della certezza della pena in uno stato costituzionale di diritto è duplice: da una parte, implica la certezza dei presupposti della pena, che vale a escludere le ipotesi di reato vaghe e generiche, affinché i cittadini possano individuare la sfera di ciò che è *proibito* e, di conseguenza, possano distinguere le condotte lecite da quelle illecite; e dall'altra, implica la certezza dei connotati della pena, che vale a escludere le pene di contenuto indeterminato, affinché sia possibile individuare agevolmente la sfera di ciò che è *limitato* da ogni pena, e, di conseguenza, sia possibile delegittimare gli interventi punitivi ecces-

---

[24] F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, in appendice a F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 201.
[25] *Ibid.*
[26] Ivi, p. 118.
[27] S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', cit., p. 88.

sivi: soltanto se si prestabilisce in modo chiaro il contenuto delle pene si può tracciare un confine fra legittima esecuzione della condanna nei termini fissati dalla legge ed ingiustificato eccesso punitivo.

Le critiche all'aspirazione della certezza si inseriscono nel dibattito sul rapporto fra giustizia formale e sostanziale, fra diritto vigente e diritto vivente, e i suoi sostenitori prediligono leggi elastiche e giudici forti: "la negazione scientifica della certezza affonda le sue radici in quella vasta mole di studi che, nella generale tendenza alla reazione antilegalistica contro il positivismo, hanno posto al centro dell'esperienza giuridica il *potere creativo del giudice* nell'applicazione del diritto, giungendo a collocare tra le fonti del diritto addirittura in posizione di preminenza rispetto alla legge, il diritto giudiziario"[28]. Da questo punto di vista si muovono critiche che hanno contestato "più del valore della certezza in sé e per sé l'idoneità della determinatezza della legge a garantire la certezza medesima"[29], chi assume questa posizione considera come mezzo più efficace a tal fine le dinamiche rinnovatrici del diritto attraverso l'attività giurisdizionale.

Le tesi volte ad anteporre il diritto vivente rispetto al diritto vigente nella piramide delle fonti intaccano un principio cardine posto alla base della separazione dei poteri: la soggezione del giudice alla legge. La questione della certezza e della tassatività è un assunto primariamente legislativo. Nella misura in cui il legislatore osservi l'obbligo costituzionale di determinatezza nella prassi, poi, sarà garantita la corretta separazione dei poteri: "quanto più la legge è determinata, tanto più limitato ne risulta il «potere» del giudice nei confronti di quello legislativo, il quale ultimo vedrà pertanto ridotta la «concorrenza» di quello giudiziario nell'attività di creazione normativa, così come ne risulta limitato il potere politico genericamente ed unitariamente inteso, il quale verrà necessariamente compressa quella eventuale possibilità"[30].

Uno dei punti che si adduce a favore della flessibilità delle disposizioni legislative è che consentono ai giudici di adeguare meglio la decisione sul caso concreto considerando le trasformazioni sociali, operate spesso con una velocità di gran lunga maggiore rispetto alle riforme legislative. Tuttavia occorre tener conto del fatto che "l'effettivo adeguamento della giurisprudenza alla mutata realtà è assicurato solo se, oltre che sulla elasticità delle for-

[28] Cfr. M.A. Cattaneo, *Considerazioni sul significato dell'espressione "i giudici creano diritto"*, in "Riv. int. fil. dir.", 1966, pp. 250 ss.
[29] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit. p. 66.
[30] Ivi, p. 139.

mule legislative, si possa contare anche sulla sensibilità sociale dei giudici"[31]. Tale affidamento era presente in norme di Antico regime, ma lo stato costituzionale di diritto non può fare affidamento alla sensibilità di nessuno dei suoi poteri. L'ordinamento deve prevedere garanzie contro l'arbitro e su questo aspetto il principio di tassatività si rivela efficace: "la certezza legale [...] appare difficilmente raggiungibile con i suoi corollari di uniformità e stabilità del diritto, senza il ricorso a meccanismi formalizzati, che possono consistere nel principio della sottoposizione del giudice alla legge, eventualmente rafforzato dalla determinatezza delle disposizioni legali"[32].

All'interno di uno stato sociale di diritto, poi, che deve promuovere la *sicurezza dei diritti* più che *il diritto alla sicurezza*, la principale valenza del principio di certezza del diritto è quella della certezza dei diritti. Parlare di certezza dei diritti è un discorso pregnante. La piena garanzia dei diritti fondamentali di tutti non è realizzabile, ma la cultura giuridica deve impegnarsi nel perfezionamento delle dovute garanzie ai fini di tutelarli nella misura del possibile.

L'acquisita consapevolezza della impossibilità di realizzare integralmente la certezza del diritto, e dunque la certezza dei diritti, non giustifica affatto un suo svilimento, "quasi che, con atteggiamento emotivamente rinunciatario e distruttivo, constatato che la certezza perfetta non è realizzabile, si dovesse abbandonare anche quel poco di certezza che è possibile conseguire"[33].

"Ci si interroga, allora - scrisse Sergio Moccia-, sui costi che la collettività può e deve ragionevolmente sopportare in termini di certezza dei diritti fondamentali, per la difesa coercitiva dei medesimi diritti, contro le pur gravi forme di criminalità presenti nel contesto sociale. Il principio di sussidiarietà esige, infatti, anche il minor numero possibile di persone penalmente perseguite che debba essere caratterizzato"[34]. La certezza dei diritti fondamentali dell'individuo, dunque, richiede come presupposto un *diritto penale minimo* qualitativamente e quantitativamente: rispetto alla tipologia dei reati e delle sanzioni, ma anche rispetto al numero di persone perseguite penalmente, e, soprattutto *minimo* rispetto al numero dei diritti limitati dalle pene.

---

[31] *Ibid*.
[32] Ivi, p. 72.
[33] M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di comunità, Milano 1966, p. 192.
[34] S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', cit., p. 140.

4.1.3. *Tassatività e autodeterminazione*

Le basi del moderno costituzionalismo sono state costruite e difese a partire dall'opera dei filosofi e dei giuristi che hanno delimitato il compito della politica e hanno messo al centro delle sue ragione la tutela dei diritti dell'individuo:

> fin da quando, con l'Illuminismo, soprattutto francese, l'individuo con la sua sfera di libertà innate assunse una posizione centrale anche nel mondo dei fatti politico-sociali e giuridici, la chiarezza e la semplicità delle leggi fu reclamata quale indispensabile presupposto per rendere previamente conoscibili da parte del cittadino le conseguenze giuridiche del proprio agire. E ancora oggi sembrano prevalere [...] le tesi [...] che ravvisano la funzione del principio di determinatezza della legge penale nel soddisfacimento dell'esigenza di conoscibilità della norma e di prevedibilità delle conseguenze da parte del soggetto agente[35].

La conoscibilità delle norme è un tratto fondamentale di un ordinamento giuridico che abbia la pretesa di incidere sul comportamento dei cittadini incentivando o disincentivando alcune condotte. Anche se viene equiparata alla certezza del diritto che in realtà, e più precisamente, "può essere invece considerato un indispensabile presupposto, insieme alla determinatezza, per assicurare ai soggetti la conoscibilità delle norme di azione"[36]. La conoscibilità è una caratteristica predicabile rispetto a tutte le norme, anche di quelle che riguardano soltanto la disciplina di un potere pubblico. Questo nel rispetto del principio di trasparenza, che ora, nell'ordinamento italiano ha una base normativa nella legge n. 15/2015, che impone di rendere conoscibile l'operato della pubblica amministrazione affinché i cittadini, e le istituzioni di garanzia, possano esercitare il controllo esterno. La conoscibilità delle norme che riguardano la sfera privata, dato che esprime innanzitutto una relazione quantomeno potenziale tra le norme e i loro destinatari, ha invece, un altro presupposto: l'autodeterminazione dei cittadini.

In ambito penale la conoscibilità delle norme è tradizionalmente riferita alla fattispecie penale come garanzia della tutela della libertà personale. Grazie alle precise distinzioni operate da Feuerbach in poi sulla significanza del momento della minaccia della pena si è messo in rilievo l'importanza della conoscibilità della sanzione nell'ottica di una politica di

---

[35] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit. p. 87.
[36] *Ibid.*

prevenzione generale negativa dei reati. Il pensiero del grande filosofo e giurista tedesco si inserisce nel clima ideologico liberale e illuministico. Come rileva Cattaneo, il principio di legalità nel pensiero di Feuerbach ha una doppia anima: una di natura politica-garantista e una di natura politico-criminale e razionale[37]. Sulle implicazioni garantiste del principio di legalità nel rapporto fra pena e reato, Palazzo osserva che

> premesso che lo scopo dello Stato è la difesa dei diritti e della libertà dei cittadini, Feuerbach escluse che esso possa essere perseguito solamente col «potere fisico» che, da un lato, nel caso di offese irrisarcibili, interverrebbe troppo tardi e, dall'altro, se pretendesse di operare preventivamente, rischierebbe di «porre in catene» tutti i cittadini con inclinazioni asociali. È necessario, quindi, utilizzare un altro strumento accanto a quello della «coazione fisica», e cioè quello della «coazione psicologica», che si fonda sulla naturale inclinazione dell'uomo a inseguire il piacere e a rifuggire il dolore: la minaccia di pena per la commissione di un fatto antigiuridico funziona come «contro-spinta psicologica» al piacere ottenibile con la commissione del fatto antigiuridico. Solamente la legge è in grado di rendere operante questo meccanismo di «coazione psicologica» poiché essa è «generale e necessaria»:, essa parla a tutti i cittadini ed instaura tra il fatto delittuoso e la pena un indispensabile ed inderogabile rapporto di giuridica consequenzialità[38].

Anche se muovendo da queste premesse si conclude che i presupposti della pena e le conseguenze penali devono essere fissati in modo determinato, l'accento è stato posto sulla conoscibilità, da un lato dei presupposti della pena, e dall'altro sulla conoscibilità della pena in quanto conseguenza del reato (cioè nel suo valore astratto, ideologico, rassicurante e simbolico), non sulla conoscibilità dello specifico contenuto di ogni pena.

Ancor prima di Feuerbach, Bentham aveva dato quello che è tutt'oggi il più prezioso contributo riguardo alla conoscibilità del contenuto delle pene, ispirato alla rigorosa osservanza del principio di tassatività e orientato, come quello di Feuerbach, alla finalità di prevenzione dei reati: "l'idea della pena deve essere esatta [...]. Con ciò intendo come auspicabile che essa rappresenti allo spirito non solo parte delle sofferenze che comprende, bensì la loro totalità. [...] deve dunque rappresentare tutti gli aspetti di cui è composta: ciò che non è conosciuto non potrebbe operare come motivo"[39]. Questa tesi benthamiana, che tra l'altro era accompagnata dalla richiesta che la pena reale, quella eseguita, fosse molto piccola, è stata accantonata e messa in ombra. Per fortuna, la tesi beccariana della minima

---

[37] M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, cit., p. 21.
[38] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit., p. 89.
[39] J. Bentham, *Teoria delle pene e delle ricompense,* cit., p. 28.

pena necessaria nelle date circostanze ha avuto più rilievo. A Beccaria e Montesquieu dobbiamo la disgiunzione di rigore e deterrenza, in base alla quale il contenuto delle pene può essere riempito consultando il livello di civiltà e i principi nobili come quello del rispetto della dignità umana, invece di cedere alla spettacolarizzazione della punizione, ma entrambi sono stati meno incisivi di Bentham rispetto all'intera conoscibilità del contenuto della pene. La sue tesi, invece, che invita a prendere sul serio il principio di tassatività delle pene, deve essere rispolverata e fatta valere ai nostri giorni in cui accettiamo l'esistenza di pene indeterminate nel loro contenuto, che non limitano la libertà, ma la annichiliscono completamente. La difesa della conoscibilità da parte del cittadino condannato della sfera di liceità delle proprie condotte, cioè della sua sfera di autonomia, coincide del tutto con la difesa della libertà che pur deve conservare, se volgiamo rendere le pene compatibili con lo stato costituzionale di diritto[40], in cui la regola è la libertà e ogni restrizione ad essa deve essere fondata in un provvedimento giudiziario fondato.

"In conclusione, si può dire [...] con lo Schreiber - scrive Cattaneo - che la radice del principio *nulla poena sine lege* sta nell'idea dello Stato di diritto, nell'esigenza della prevedibilità degli interventi punitivi e di forza del potere statale; il valore ultimo che viene in tal modo tutelato è quello della libertà individuale"[41].

4.2. *Limiti e vincoli delle sanzioni penali*

4.2.1. *Tassatività e uguaglianza*

L'approccio contrario a quello promosso dal principio di tassatività è l'adozione di formule elastiche: un capitolo mai definitivamente chiuso del diritto penale. Coloro che negano i pregi del principio di tassatività giungono a concludere che "quanto più la legge è rigida e determinata, tanto più essa impedisce al giudice di accostarsi all'individualità dei fatti". Uno dei pregiudizi di questo indirizzo è che "la determinatezza e la tassatività delle leggi penali costituirebbe [...] un insormontabile ostacolo al raggiungimento di una completa eguaglianza di trattamento"[42].

---

[40] Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il mulino, Bologna 1988.
[41] M.A. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale,* Giappichelli, Torino 1988, p. 250.
[42] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit. p. 82.

Non si sente parlare molto di tassatività delle pene per una sbagliata associazione fra tassatività e rigore. Si sente invece parlare, e molto, di flessibilità delle pene, che, a non pochi, suona più nobile e addirittura più conforme al dover essere delle pene. Tuttavia, mentre il principio di stretta legalità, posto alla base del sistema giuridico moderno, impone la tassatività delle norme penali - si badi, delle norme, non solo dei presupposti ma anche delle sanzioni penali -, la flessibilità della pena non è altro che il prodotto dottrinale di un indirizzo che guarda non al reato ma al reo. Questo indirizzo si sta consolidando a livello dottrinale, al punto di affermare che la caratteristica principale delle pene è precisamente la loro capacità di adeguarsi alla personalità del condannato.

Queste affermazioni si inseriscono in un quadro che, come detto poc'anzi, equipara tassatività e rigore: "si è così affermato che una delle componenti essenziali della certezza, la stabilità, non può essere assicurata efficacemente da formule troppo rigide e determinate, poiché queste ultime, rivelandosi incapaci di tener dietro ai rapidi mutamenti dei rapporti sociali tipici delle moderne società in continua trasformazione determinano una pericolosa sfasatura dalla c. c. coscienza sociale [...], ponendo con ciò la necessità di una continua attività di innovazione legislativa che sicuramente non giova alla certezza del diritto"[43].

Tuttavia, alla base di queste considerazioni c'è fondamentalmente l'erronea associazione fra tassatività e rigore. In ogni caso, si tratta di critiche che non toccano affatto il principio di tassatività delle pene, essendo un tema sul quale non si pone il problema di andare di pari passo con le tendenze sociali. Anzi, la prospettiva garantista ha una valenza contro-maggioritaria che difende le ragioni dei più deboli. Nell'esecuzione delle pene non c'è dubbio sul fatto che il condannato rappresenti la parte debole.

Nella prospettiva della teoria garantista della pena deve essere accolto il principio di tassatività dei connotati delle pene e respinta la sua associazione col rigore. Tassatività delle pene non vuol dire rigore perché non propende per l'ossessiva scansione delle giornate dei reclusi, per esempio, indicando a che ora si devono svegliare o a quante ore d'aria sono loro concesse. Filangieri scrisse che "se le azioni sono molto più difficili a determinarsi che non lo sono i diritti; se bisogna descriver quelle, nel mentre che basta diffinir questi; le leggi criminali debbono dunque entrare in quei dettagli, che le leggi civil deb-

[43] Cfr. G. Bettiol, L.P. Mantovani, *Diritto penale: Parte generale,* CEDAM, Padova 1982, XII ed. p. 122, e pp. 769 ss.

bono evitare, se non si vuol lasciare un perniciosissimo arbitrio tra le mani dei giudici"[44]. Questi dettagli, rispetto al contenuto delle pene, riguardano il nucleo della sanzione: tassatività delle pene implica rendere noto alla generalità dei consociati non solo qual è il bene giuridico che sarà limitato al condannato, ma, specificamente qual è l'insieme di obblighi e/o divieti in cui consiste la pena. Tutto il resto, le ore di aria e di sonno, a meno che facciano parte del nucleo della pena, il che sarebbe assurdo, deve considerarsi rientrante nella sfera di autonomia che pur conserva il recluso.

È stato rilevato che "quanto più è determinata la fattispecie, tanto più alta è la probabilità che sia garantita l'uniformità di trattamento dei casi concreti, eguali perché tutti conformi alla fattispecie"[45]. La meta non è tanto che "fattispecie concrete identiche [...] siano effettivamente giudicate tali e, quindi, trattate in modo identico", perché si sa, lo diceva Carnelutti, quant'è diverso un reato dall'altro per cui un'identità in concreto è improbabile. Risulta più conveniente che al posto di un'uniformità di trattamento dei casi concreti si parli di una non discriminazione, di un non aggravamento ingiustificato della situazione di alcuni soggetti o di alcune classi di soggetti.

Ancora una volta, non si tratterebbe dell'uguaglianza del diritto ma dell'uguaglianza nei diritti. E questo principio si esprime in due livelli del discorso: su quello legislativo che deve tendere all'eguaglianza "non già dinanzi alla legge, che concede cioè gli stessi poteri o minaccia le stesse pene a tutti coloro che hanno conquistato una identica posizione giuridica o hanno violato la medesima norma incriminatrice, ma l'uguaglianza dinanzi alle strutture sociali, secondo la quale a tutti dovrebbe essere consentito di fatto di conquistare le medesime posizioni giuridiche e di evitare che solo alcuni, sempre gli stessi, cadano nel delitto"[46]. E su quello giudiziario l'applicazione della legge e la denotazione del fatto concreto senza aggravare ingiustificatamente la situazione del soggetto.

Beccaria scrisse che "una pena accresciuta al di là del limite fissato dalle leggi è la pena giusta più un altra pena; dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino"[47]. L'eccesso di zelo può affliggere tanto il legislatore quanto i magistrati. Il principio di tassatività nella

---

[44] G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., lib II, parte II, ca. XXV, p.189.
[45] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit. p. 76.
[46] *Ibid.*
[47] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cap. III, p. 14.

formulazione dei presupposti della pena e dei connotati della pena si rivela un'efficace garanzia per evitare che la pena risulti, in sede di minaccia legale, sproporzionata rispetto all'ipotesi di reato, e, in sede esecutiva, aggravata ingiustificatamente. L'inosservanza del principio di tassatività è una porta aperta all'aggravamento ingiustificato della pena, principalmente della pena carceraria, del tutto svincolato da criteri oggettivi e controllabili.

Sul rapporto fra eguaglianza e tassatività sono pienamente condivisibili le osservazioni di Palazzo: "l'eguaglianza di trattamento certamente non è estranea al fondamento della determinatezza, ma le teorie che concepiscono l'obbligo della rigorosa descrizione della fattispecie in funzione esclusiva dell'eguaglianza, non possono essere considerate assolute, in quanto in realtà non possono che esprimere solo la preferenza per un particolare modo di attuare la uguaglianza di trattamento"[48]. Il punto, allora, è individuare quali siano "gli strumenti di formulazione legislativa delle norme più idonei nelle date condizioni storiche, ad assicurare il massimo di eguaglianza e di certezza"[49]. E il principio di tassatività sia delle fattispecie che delle pene sicuramente ne è uno strumento importante.

4.2.2. *Tassatività e finalità delle pene*

Come è successo su ogni altro aspetto della teoria della pena, anche la valenza del principio di tassatività di essa è stata permeata dal dibattito sullo scopo della pena. Per alcuni autori, uno degli elementi che si vuole garantire col principio di tassatività, cioè la certezza del diritto, può essere perseguita soltanto attraverso determinate finalità della pena e da altre no. Per Nagler soltanto la finalità retributiva garantisce il principio di legalità e di certezza mentre "le altre teorie della funzione penale, volte a scopi di emenda, di prevenzione e di intimidazione, di difesa sociale, non riescono invece a eliminare l'arbitrio"[50]. Giuseppe Maggiore predilige la teoria della retribuzione poiché "più si accosta ad una visione totalitaria del diritto penale" e considera che per la sua "proprietà di contenere in sé il meglio delle altre teorie (in quanto la retribuzione della colpa con la pena corregge, rieduca l'individuo e tutela l'ordine giuridico politico), la teoria della retribuzione ha, più di ogni

[48] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit., p. 86.
[49] *Ibid.*
[50] Cfr. M.A. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana,* cit., p. 243.

altra, carattere totalitario"[51]. Bettiol, retributivista anch'egli, associa invece retribuzione e limitazione del potere statale: "parlare di retribuzione nel quadro delle esigenze di una politica criminale totalitaria è un contro senso perché retribuzione significa misura, limite, conguaglio, proporzione, mentre tali remore non si addicono quando per presunti interessi di categoria si vuole far prevalere la forza dello Stato. Fine del diritto penale diventa la prevenzione generale intesa come terrorismo vero e proprio e strumento diventa l'eliminazione di ogni soggetto pericoloso"[52].

Per Bettiol, dunque è la retribuzione la finalità compatibile con lo stato di diritto. Per Palazzo, invece, la rieducazione è lo scopo compatibile con l'odierno stato costituzionale di diritto. Ed entrambi criticano la finalità preventiva generale:

> Pur non potendosi ovviamente sottovalutare l'essenziale momento intimidativo della pena, che costituisce l'ineliminabile strumento della sua funzione di prevenzione generale, è chiaro che oggi un'integrale accoglimento della tesi feuerbachiana sarebbe non solo anacronistico ma anche difficilmente conciliabile col finalismo rieducativo assegnato alla pena dalla nostra Costituzione. Inoltre, un sistema penale ruotante interamente intorno al polo della intimidazione non sarebbe in armonia nemmeno con lo spirito della Legge fondamentale, la cui impronta nettamente «personalistica» pare escludere la legittimità di una sanzione penale che, avendo contenuto e finalità esclusivamente intimidativa, attribuisca a ogni individuo assoggettato a pena il ruolo di cieco strumento di un programma di prevenzione generale[53].

Per Moccia, invece, la finalità di stampo liberale compatibile con l'esigente paradigma dello stato di diritto è proprio la prevenzione generale dei reati operata nel rispetto del principio di legalità, cioè così come intesa da Feuerbach: "va detto che l'impegno di Feuerbach per stabilire il primato della legge penale era funzionale, prioritariamente, alla realizzazione dell'idea dello stato di diritto nel campo della legislazione penale. Il principio di legalità non nasce, dunque, con una sua dimensione eminentemente tecnicistica: la chiarezza dei concetti penalistici, la precisa determinazione della fattispecie e la loro applicazione tassativa esprimono esigenze di tipo politico-giuridico di derivazione liberale"[54].

---

[51] G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario,* in "Riv. it. di dir. e pro. pen.", 1939, XI, pp. 153-155.
[52] G. Bettiol, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo* (1952), in Id. *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova 1966, p. 820.
[53] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit. p. 90.
[54] S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', cit., p. 15.

Moccia rammenta che Feuerbach è stato uno dei primi autori a mettere in rilievo il rapporto fra finalità della pena e certezza del diritto penale:

> il dato della rilevanza della determinatezza/tassatività anche in relazione alla finalità della pena non è certo un'acquisizione recente. È stato Anselm Feuerbach che tra la fine del XVIII e gli inizi del XIV secolo, nel quadro di una valorizzazione dei diritti dell'uomo, operata dalla tradizione giusnaturalistico-illuministica, ha collegato in maniera limpida la tutela della libertà dell'individuo con la realizzazione della funzione della pena - vista in termini di prevenzione generale -, attraverso la chiara e pericolosa affermazione del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cioè della legalità e della certezza del diritto penale[55].

"Se il significato della sanzione penale per Feuerbach consiste principalmente nell'effetto d'intimidazione connesso alla comminatoria legale - scrive Moccia - e se la sua concreta inflizione serve soltanto a rafforzare l'efficacia della minaccia, potrà e dovrà, allora, essere inflitta soltanto la pena che la legge stessa ha minacciato. Appare qui evidente la funzionalità di tipo teleologico della determinatezza/tassatività per la realizzazione della finalità della pena"[56]. In effetti, grazie all'affermazione del principio di legalità per via dei contributi di grandi filosofi e giuristi, tra cui Feuerbach, emerge la rilevanza della tutela della libertà attraverso la predeterminazione legale della sanzione penale nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico. Sia Beccaria che Feuerbach individuano non solo una finalità del diritto penale (quella preventiva), ma, soprattutto, la cornice legale entro la quale quella finalità svolge una funzione di tutela dell'individuo.

La prevenzione generale negativa è la finalità del diritto penale più accolta ai nostri giorni. Rispetto alla critica di considerare il condannato come un mero strumento di un programma di politica criminale, il correttivo che propone la dottrina affinché il perseguimento di questo scopo non sia attuato rinunciando alla considerazione dei connotati del caso concreto è la valutazione della colpevolezza. A riguardo Roxin sostiene che

> vincolando la pena al principio di colpevolezza si eliminano le obiezioni che partono dal fatto che per via della persecuzione di finalità preventive si tratta l'individuo come "mezzo per il fine", e quindi lo si pregiudica nella sua dignità di persona [...]. Tuttavia, nella misura in cui le finalità della pena continuino a consistere nell'assicurazione individuale e generale e in quella intimidativa, tale

[55] Ivi, p. 14.
[56] Ivi, p. 15.

obiezione può avere luogo solo nel presupposto che l'individuo diventi oggetto delle finalità preventive al di là della misura della sua responsabilità[57].

In questo modo Roxin fa notare che i rischi di sovrastare i connotati propri del caso singolo per perseguire la finalità preventiva generale possono essere temperati dall'adozione della colpevolezza come parametro per fissare il limite massimo della pena. Rispetto al rapporto fra tassatività, comminatoria legale delle pene e commisurazione[58] giudiziaria delle pene, è ancora Moccia a rilevare che "è evidente [...] che la presenza di margini eccessivamente ampi di manovra non può essere accolta, in quanto il principio di responsabilità personale e la previsione di affidabili parametri di commisurazione tutelano in via diretta libertà e personalità dell'individuo. Naturalmente, in questo contesto anche la precisazione di affidabili limiti edittali ha un'importanza notevole ai fini di una corretta ed accettabile misura della pena".[59] Anch'egli individua nella colpevolezza un limite massimo alla pena nel caso singolo che invece il solo scopo general-preventivo non è in grado di dettare.

Si capisce allora che la l'adozione di una determinata finalità non impone di per sé limiti al contenuto delle pene. Nemmeno la finalità rieducativa, giacché, anche se esclude la pena di morte e l'ergastolo, non vale invece a escludere di per sé pene detentive eccessivamente lunghe né trattamenti coattivi per piegare la volontà del condannato. L'individuazione della pena nel caso singolo deve passare tramite l'osservanza di principi che limitano la persecuzione sregolata di una determinata finalità. Le indicazioni su come riempire di contenuto le singole pene non possono esaurirsi nelle direttive riguardanti la finalità delle pene. Per evitare la mera strumentalizzazione dell'individuo nell'inseguimento di una determinata politica criminale è fondamentale la previsione del principio di colpevolezza, ma esso è in grado di incidere soltanto sulla misura delle pene in quanto sia adottata come criterio per stabilire il limite massimo della pena nel caso singolo. Invece, non è in grado di offrire linee guida sulla natura delle pene.

Senza queste linee guide, la scelta della natura e quindi del contenuto delle pene è affidato del tutto alla discrezionalità del legislatore. Fino a questo punto, il tentativo di tem-

---

[57] C. Roxin, *Derecho penal. Parte general*. Civitas, Madrid 2008, tomo I, p. 83. Traduzione mia.
[58] Sulla commisurazione della pena cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena: la pena detentiva,* CEDAM, Padova 1979.
[59] S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', cit., p. 87.

perare il perseguimento di un determinato scopo non offre un "complesso di regole stabili e non caduche, durature e non provvisorie" sul contenuto delle pene. Il principio di tassatività svincolato da parametri limitativi sul contenuto delle pene non rappresenta una garanzia per il cittadino né risulta indicativo di un modello di Stato orientato alla tutela dei diritti individuali. L'esigenza di una legge previa e resa nota alla generalità dei consociati è compatibile anche con modelli espansivi di diritto penale. L'obiettivo non può essere solo la conoscibilità delle norme. Su questo punto Bricola puntualizza che

> Il requisito obiettivo della conoscibilità delle leggi s'inserisce armonicamente sia in sistemi penali poggianti essenzialmente su una visione utilitaristica del diritto penale e della sanzione penale, concepita quale mero strumento di coazione psicologica e quindi priva di qualunque connotazione di valore, sia in sistemi penali ispirati ad una concezione prevalentemente etica del diritto e della sanzione penale, nella quale l'individuo delinquente si pone non tanto quale essere psicologicamente condizionabile quanto quale persona moralmente responsabile[60].

La pretesa di attuare la certezza del diritto solo per via di una determinata teoria dello scopo della pena si affievolisce sempre di più, "si impone quindi, dal punto di vista generale, - scrive Cattaneo - la conclusione che non è giustificata la connessione esclusiva di una data teoria sullo scopo e sul fondamento della pena con il principio della legalità e della certezza del diritto":

> nessuna di quelle teorie può pretendere per sé l'esclusiva di tale principio; questo non appartiene di pieno diritto a nessuna di esse. Il principio di legalità e certezza è quindi [...] un principio autonomo, che - quale sia la soluzione che si sceglie circa il problema della giustificazione della pena (ma abbiamo visto che alcune soluzioni ad esso ripugna direttamente) - deve essere accolto e applicato per poter costruire una filosofia del diritto penale che non sia in contrasto con il valore della dignità dell'uomo[61].

La teoria garantista della pena, dunque, accoglie il principio di tassatività del contenuto delle pene non per fedeltà a un determinato scopo. Lo fa, da una parte, per garantire il rispetto della dignità dell'individuo come soggetto della punizione, che allora deve essere messo in conoscenza dei connotati concreti della pena che dovrà scontare. Ma questo non

---

[60] F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in Novissimo digesto italiano, vol. XIX, Torino, 1973. p. 50.
[61] Cfr. M.A. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana,* cit., p. 250.

basta perché l'obiettivo non è la sola conoscibilità del contenuto delle norme. La determinatezza delle pene è un principio fondamentalmente formale che deve essere accompagnato da altri principi sostanziali limitativi della natura e della misura delle pene. Potremmo dire che così come la teoria del reato fa ricorso al principio di offensività per stabilire, in linea di massima, quali sono i beni la cui tutela giustifica l'intervento del sistema penale, la teoria della pena può fare ricorso al principio di *non offensività* orientato a delimitare quali sono i beni sui quali si conviene che non si giustifica la loro limitazione da parte del sistema punitivo, per stabilire, in negativo, quali sono i diritti di cui nessun programma di politica criminale o, meglio, punitiva, giustifica la limitazione totale o parziale. La prospettiva garantista, dunque, accoglie il principio di tassatività non in quanto dichiarazione trasparente del contenuto delle pene, qualsiasi esso sia a seconda della politica criminale, ma soprattutto in quanto dichiarazione di come devono essere le pene secondo i principi limitativi dell'intervento punitivo.

Oltre alla colpevolezza, che può limitare la misura delle pene in concreto, è richiesto un principio in grado di limitare anche la natura delle pene in generale, che non sia sussidiario ma limitativo di qualsivoglia finalità del diritto penale e delle pene. Questo principio sostanziale può essere il rispetto dell'intangibilità della dignità dell'uomo.

4.2.3. *Tassatività e tutela della dignità umana*

Assumendo la prospettiva della teoria garantista della pena, il principio di tassatività, come d'altronde qualsiasi altro principio relativo al diritto penale, deve essere concepito in termini limitativi e non espansivi del potere punitivo. Zaffaroni nella sua indagine *alla ricerca delle pene perdute* coglie il fatto che proprio "il sistema penale non rispetta la legalità, poiché [...] la legge stessa si occupa di rinunciare alla legalità concedendo un ampissimo margine di arbitrio alle sue agenzie" e giunge a parlare di violazioni della legalità per via di una "rinuncia pianificata dalla legge stessa"[62]. Nello Stato costituzionale di diritto la legge penale è chiamata a soddisfare le istanze di tutela individuale contro l'arbitrio ad essa assegnata, e per realizzarlo non può cedere sregolatamente terreno al governo degli uomini.

[62] E.R. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, cit., p. 33. Traduzione mia.

Muovendo da una concezione etero-poietica dello Stato, in base alla quale l'artificio del potere politico è giustificabile solo come strumento di tutela degli individui, occorre guardare al diritto penale come a un insieme di regole la cui funzione non è solo quella di frenare i delitti, ma anche quella di limitare il potere punitivo: il più minaccioso e il più invasivo dei poteri dello Stato e vincolarlo in funzione della garanzia dei diritti fondamentali, sulla cui base – nel paradigma del costituzionalismo – si misura la legittimità delle istituzioni. Dato che la tutela dei diritti individuali è la ragion d'essere dell'artificio statale, tali diritti rappresentano al contempo i limiti del suo operato. La tassatività o determinatezza della pena non può essere concepita come mero depliant informativo del contenuto delle pene. La stretta legalità della pena non si soddisfa soltanto con la previsione tassativa del contenuto delle pene, ma con la previsione tassativa di obblighi e divieti compatibili con i principi dello stato costituzionale di diritto. Il principio di legalità detta le regole sul *chi* e il *come* dell'esercizio del potere punitivo, indicando come suo unico titolare la autorità pubblica e come unico mezzo di previsione di conseguenze punitive la legge penale. Il principio di stretta legalità, proprio dello stato costituzionale di diritto, detta quanto meno il *che cosa non* della comminazione e dell'esecuzione delle pene, precludendo che le pene consistano in trattamenti inumani o degradanti, come ha costituzionalizzato l'ordinamento italiano. Il contenuto delle pene deve, dunque, essere prestabilito dal legislatore e stabilito dal giudice nel rispetto innanzitutto del principio della dignità umana.

"Fino a tanto che potremo ancora credere nella dignità della persona, dovremo postulare come dogma il principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale*"[63], scrisse Bettiol. C'è un nesso inscindibile fra autolimitazione del potere statale e tutela dei diritti dell'uomo, primo fra tutti il diritto che si fonde con il concetto d'umanità senza che sia possibile distinguerli: l'intangibilità della dignità personale. In questa prospettiva garantista, il principio di determinatezza delle pene deve rispettare la regola secondo cui il diritto penale ha il compito di identificare i beni che non devono essere lesi né con i reati né con le pene[64].

Secondo l'insegnamento garantista di Beccaria gli uomini, "stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla" hanno sacrificato soltanto una minima porzione di libertà, quella "inutile libertà di far male

[63] G. Bettiol, L.P. Mantovani, *Diritto penale,* cit., pp. 133-134.
[64] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 130.

altrui" per entrare nello stato sociale e "goderne il restante con sicurezza e tranquillità". Nella prosa beccariana non si rinuncia ai diritti ma alla facoltà di cagionare danni ad altri. In questo senso il patto sociale implica non l'alienazione di alcuni diritti - in quanto danneggiare terzi con la propria condotta non è un diritto ma una "libertà" selvaggia, una facoltà - ma la garanzia di tutti i diritti in risposta alla convenzione sociale di non far male altrui. Ma questo vincolo garantista fra sottoposizione alle regole e tutela dei diritti è sovente scavalcato dal diritto penale. "Per 'contratto politico' - scrisse Bobbio - distinto dal contratto economico, si deve intendere un rapporto di scambio fra protezione e obbedienza: infatti la crisi di questo rapporto nasce quando un potere pretende obbedienza ma non riesce più a dare protezione"[65].

Il potere punitivo oggi esige ubbidienza (anche se ammette che non è possibile che gli individui vengano a conoscenza di tutti i divieti che prevede), ma non è più in grado di fornire quella protezione che ha spinto gli uomini a convenire nella creazione dell'artificio statale: la tutela dei diritti. Se il diritto penale deve solo proibire, giudicare e processare, tutte e tre le cose, in realtà, possono essere fatte senza un potere pubblico a ciò adibito. La beccariana ragion d'essere di un potere punitivo *super partes* è che possa progettare risposte istituzionali come reazione al delitto, sorrette dal principio di stretta legalità e del rispetto dei diritti individuali, e che stipuli secondo regole previe, tassative e chiare "se, cosa, quando e come proibire, punire e giudicare", il che non sarebbe possibile agli individui coinvolti nella tragica vicenda del reato; i quali, presumibilmente, nella gestione del tutto privata del fenomeno del reato, difficilmente potrebbero prefigurare i limiti affinché alla violenza innescata dal reato non consegua una reazione violenta. Il mezzo che gli uomini nello stato sociale convengono come misura contro la violenza è la legge, uno strumento, quindi, che deve essere gestito dalla sfera pubblica. E per porre un punto alla catena di violenza che può avviare il reato la legge proibisce anche eventuali reazioni violente, come i linciaggi, ad esempio. Al diritto penale è attribuito il fondamentale compito di scoraggiare la violenza privata, proibendola. E di precludere la violenza pubblica predisponendo le garanzie legislative, processuali ed esecutive relative alla minima pena possibile, dal punto di vista della natura e della misura.

---

[65] N. Bobbio, *Contratto sociale, oggi,* Guida, Napoli 1980, p. 20.

Nello stato sociale di diritto nessuna motivazione su interessi riguardanti un'astratta difesa sociale è ammessa per attuare la privazione totale dei diritti fondamentali: ne consegue che è esclusa la privazione della vita e della libertà personale tutta intera. Il rispetto dell'intangibilità della dignità umana esclude anche le pene corporali e le pene infamanti. Spetta al legislatore prestabilire pene compatibili con i limiti ed i vincoli imposti dallo stato costituzionale di diritto. Corrisponde al giudice effettuare il calcolo di dosimetria punitiva per commisurare la pena ai connotati di ogni reato. Oltre ad essere proporzionate alle particolarità proprie del reato commesso, tenendo conto della gravità del danno e dell'entità della colpa, ogni pena deve, prima ancora, essere rispettosa della dignità umana. E l'osservanza di questo principio vale a escludere alcune tipologie di pene e alcune modalità di inflizione.

Moccia sostiene che le esigenze di commisurazione della pena debbono essere temperate con il limite massimo dettato dalla colpevolezza e bilanciate "con quelle derivanti dai principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e finalismo rieducativo"; e ribadisce che

> dal contemperamento dei principi di determinatezza/tassatività, proporzione, responsabilità personale, finalismo rieducativo risulta, quindi, sul piano della comminatoria edittale, l'illegittimità costituzionale sia delle pene fisse, in quanto insuscettibili di individualizzazione e perciò incompatibili con i principi di cui agli artt. 3, 27, co. 1, 27 co. 3, sia di pene eccessivamente indeterminate, che si pongono in chiaro contrasto con il principio di determinatezza/ tassatività [66].

Proprio la pena principale ai nostri giorni, la pena carceraria, è afflitta da eccessiva indeterminatezza ed è quindi in contrasto col fondamentale principio di tassatività delle pene. Ma è anche una pena opaca che favorisce la violazioni della dignità umana. Non è una pena trasparente. È una 'pena in bianco'.

[66] S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', cit., p. 88-89.

4.3. *Definire la pena*

4.3.1. *Il condannato come soggetto della pena*

Claus Roxin, contestando le critiche sollevate alla teoria della prevenzione generale negativa per far diventare il soggetto "un mezzo per il fine", afferma che

> **ogni** pena, dato che è imposta al soggetto contro la sua volontà, suppone trattare l'individuo come mezzo per un fine che primariamente non è il suo; e che questo fine sia di tipo preventivo-sociale o, al contrario, ideale (retribuzione compensatoria della colpevolezza), non cambia in assoluto il fatto che il condannato è sempre l'oggetto del potere coercitivo dello Stato. Considerare questo inammissibile significherebbe che lo Stato dovrebbe rinunciare assolutamente alla pena e a la coercizione, e di questo non è stato capace ancora nessun ordinamento giuridico conosciuto[67].

La risposta di Roxin è efficace per la critica che si propone di confutare, ma eccede il proposito di difendere la teoria general-preventiva. Il punto cruciale della sua affermazione è che la costrizione è l'essenza della pena, ma il rapporto fra entrambi i concetti è interpretabile in diversi modi. Anche se è vero che la punizione per definizione si esercita senza che sia richiesto consultare la volontà del destinatario della sanzione, estrapolare questo presupposto fino a considerare il condannato come oggetto del potere punitivo non è una tesi neutrale e può comportare la legittimazione di approcci espansivi dell'intervento punitivo. La posizione di Roxin e, parimenti, la tradizionale definizione della pena come male o come sofferenza può considerarsi un mero dato di fatto; ma, tenendo conto dei progressi che deve ancora fare la teoria della pena è utile approfondire sulla questione della posizione dell'individuo rispetto all'esercizio del potere punitivo.

La teoria della pena ha bisogno di tradurre in termini di obblighi e divieti i principi che proclamano la tutela dei cittadini rispetto alla violenza punitiva, tra cui il conclamato principio del rispetto della dignità umana. Secondo Beccaria "non vi è libertà ogniqualvolta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa"[68]. Nella formulazione kantiana del principio l'uomo non può mai esser trattato esclusivamente

---

[67] C. Roxin, *Derecho penal: Parte general,* cit., tomo 1, p. 83. Grassetto presente nel testo.
[68] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene,* cit., cap. XX, p. 50.

come mezzo di intenzioni altrui[69]. Secondo Bricola questo principio È intimamente collegato a quello di responsabilità personale proprio per evitare la strumentalizzazione del condannato:

L'art. 27 1° della Costituzione, disponendo, disponendo [...] che «La responsabilità penale è personale», si propone la finalità immediata di impedire sanzioni collettive e forme di responsabilità penale per fatto altrui, sperimentate in un passato non troppo remoto. L'idea centrale che anima la disposizione può dirsi, pertanto, la seguente: l'uomo non può mai essere considerato, nel sistema penale, come semplice *mezzo* per il perseguimento di finalità politico-criminali[70].

La posizione di Bricola è lontana da quella di Roxin giacché considera che si possa disgiungere l'imposizione coattiva della pena dalla strumentalizzazione del condannato, sempre che ciascuno risponda penalmente soltanto per le sue condotte. In effetti, il fatto che l'imposizione della pena non richieda il consenso del condannato non implica che questo possa essere considerato un oggetto del potere punitivo. Il principio del rispetto alla dignità umana in ambito punitivo può essere tradotto in un requisito che le pene, di regola, debbano avere: che il condannato sia il soggetto, non l'oggetto della sanzione penale. Questo requisito si pone in linea di discontinuità con la concezione tradizionale della pena.

In *Diritto e ragione*, nella parte in cui si espongono le riforme urgenti rispetto al sistema punitivo, Ferrajoli sostiene che in ogni caso la pena

deve sempre consistere in un *pati*, cioè nella privazione di un diritto subita passivamente. In questo risiede la sua differenza con le sanzioni civili, come il risarcimento del danno e l'esecuzione in forma specifica, che sono prestazioni positive che soddisfano obblighi di fare ed hanno un contenuto riparatorio. Possiamo alterare il contenuto della pena, mutando i diritti classicamente indicati come oggetto di privazione o la natura delle loro restrizioni: non più la privazione integrale della libertà personale, che consegna corpo ed anima ad un'istituzione totale ed è quindi un misto di pena corporale e di pena disciplinare, ma solo una sua limitazione parziale, o meglio ancora la pri-

---

[69] "Gli enti la cui esistenza non deriva dalla nostra volontà, bensì dalla natura, quando siano realtà prive di ragione, hanno unicamente un valore relativo, di mezzi, e si chiamano perciò "cose". Per contro, gli esseri razionali son chiamati "persone", perché la loro natura li designa, già essa, come fini in sé, cioè come qualcosa che non può venire adoperato esclusivamente quale mezzo". I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 50., Cfr. M.A. Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant* (1785), Giuffrè, Milano 1981.

[70] F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit.,, p. 353.

vazione o restrizione di altri diritti. Ciò che non può essere alterato è il carattere privativo della pena, che è condizione della sua certezza, legalità e determinatezza[71].

La pena è comunemente definita come una sofferenza, come un male. Secondo la definizione più moderna essa consiste nella "privazione o diminuzione di un bene individuale"[72]. Come fa notare Ferrajoli, il carattere privativo della pena è un aspetto insopprimibile. Lo è nella misura in cui la pena, che per convenzione deve avere un carattere deterrente, deve allora consistere in un "evento spiacevole" che la moderna teoria della pena descrive come la privazione o limitazione di un bene. Ciò che invece non sembra affatto scontato è che la privazione in cui consiste la pena deva essere sempre subita passivamente e che questo rappresenti il suo tratto distintivo rispetto ad altri tipi di sanzioni.

Le misure che limitano l'esercizio della libertà personale, esclusive dell'ambito punitivo, consistono perlopiù in obblighi di non fare garantiti dalla costrizione alla quale è sottoposto il condannato. Il carcere, in particolare, è l'esempio paradigmatico della pena come *pati.* In essa*,* la privazione del bene *libertà personale* è operata in modo passivo e la sua esecuzione è assicurata non tanto dalla condotta tenuta dal condannato quanto dalle condizioni di sicurezza a cui è sottoposto. Ma il carcere non è l'archetipo di come deve essere la pena. Anzi, implica la deroga dei più nobili principi teorici riguardanti il dover essere delle sanzioni penali.

La centralità della privazione subita passivamente nella concezione della pena si spiega considerando due aspetti: il primo è che le pene, fatta l'eccezione delle pene pecuniarie, hanno tradizionalmente consistito in qualcosa che si fa sul condannato - così erano quasi tutte le pene di antico regine: frustare, impiccare, ecc. sono appunto azione eseguite sul condannato-; il secondo è che un'elemento tipico delle pene è che esse si irrogano e si applicano a prescindere dalla volontà del condannato. Ma la definizione di come *devono essere* le pene può essere riformulata in modo tale da poter rompere con una tradizione giuridica che mira il condannato come oggetto della sanzione, il che, in fondo, può risultare lesivo della dignità personale.

Sul ruolo della costrizione nella teoria della pena le opzioni sono fondamentalmente due: considerarla l'essenza della pena oppure soltanto una garanzia della sua esecuzione.

---

[71] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 419.
[72] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 676.

Von Liszt appartiene al primo indirizzo secondo il quale la costrizione è un tratto che contraddistingue e definisce le pene: "la pena è costrizione. Essa si rivolge contro la volontà del reo, ledendo o distruggendo quei beni giuridici che allo stesso fanno capo"[73]. È interessante rilevare, che, d'altro canto, Bobbio, nella sua acuta definizione della voce "sanzione" si è espresso rispetto al rapporto fra pena e coazione senza fare di questa l'essenza di quella: "la pena può anche essere considerata come una sanzione coattiva propriamente detta", scrisse Bobbio[74]. E Sulle sanzione giuridiche in generale, poi, escludeva che il loro aspetto principale fosse l'uso della forza:

> una sanzione giuridica [...] di risposta alla violazione, non consiste quasi mai direttamente in un atto di forza, com'è lo schiaffo dato dal padre al figlio disubbidiente e l'atto di guerra compiuto da uno Stato contro contro un altro Stato. Essa si risolve generalmente in un obbligo di non fare o di dare sostitutivo a quello non adempiuto, o come si dice abitualmente, in un obbligo secondario [...]. Ciò che caratterizza le sanzioni nell'ordinamento giuridico è il fatto che il loro adempimento è garantito in ultima istanza dalla minaccia e dall'uso (nel caso che la minaccia fallisca lo scopo) della forza, più precisamente dalla minaccia di mettere in moto, prima, e dalla messa in moto, poi, di un apparato esecutivo di mezzi coattivi che sono o tendono ad essere irresistibili, allo scopo di ottenere con la forza, cioè costringendo ad obbedire o impedendo di resistere, l'adempimento dell'obbligo secondario oppure un adempimento alternativo e sostituivo[75].

La definizione bobbiana di sanzione giuridica come obbligo di fare o di non fare rispetto al quale la costrizione è una garanzia di adempimento può essere adottata come moderna definizione di sanzione penale. Potremmo dire che la costrizione, a seconda della tipologia di pena, è un elemento per garantire eventualmente la sua esecuzione, oppure, se la pena consiste in una condizione di assoggettamento, coincide del tutto con l'esecuzione della pena. Più la pena è corporale e infamante, più si identifica con la costrizione. Più la pena è umana e civile, meno centrale diventa il concetto di costrizione. Per questo motivo è possibile sostenere che, mentre il carattere di conseguenza negativa è ineliminabile e fa parte della definizione di pena, la costrizione, invece, può avere un ruolo più o meno centrale a seconda del tipo di pena e dunque non deve per forza far parte della definizione di esse. Soprattutto perché le definizioni giuridiche debbono registrare il dover essere delle figure

---

[73] F. Von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale,* cit. p. 52.
[74] N. Bobbio, *Sanzione*, cit., p. 538.
[75] *Ibid*.

dell'ordinamento, e la condizione di assoggettamento non deve considerarsi l'aspetto sul quale deve ruotare la pena moderna.

Secondo i principi assiologici dell'odierno costituzionalismo, infatti, il condannato, in quanto persona, è *inderogabilmente* un soggetto titolare di diritti. Il diritto penale deve guardare il condannato come il soggetto destinatario dei suoi interventi, non come l'oggetto su cui esercita il suo potere. Ne consegue che la pena deve consistere nell'imposizione di obblighi e/o divieti del quale il condannato è per l'appunto il soggetto. Questo vale a escludere che la pena sia qualcosa che si fa *sul* condannato, sul suo corpo o sulla sua mente: ciò delegittima, da un lato, le pene corporali e la pena di morte; dall'altro, i trattamenti coattivi.

La raffigurazione tradizionale della pena prende le mosse dal concetto di sofferenza. Nell'Ottocento Carrara sosteneva che "la società ha il diritto (salva la dignità e la personalità umana) di far patire il delinquente"[76] e nel Novecento Antolisei definisce la pena come "*la sofferenza comminata dalla legge e irrogata dall'Autorità giudiziaria mediante processo a colui che viola un comando della legge medesima*"[77]. Dato che il diritto è un universo linguistico le scelte lessicali contano. È vero che è ineliminabile la componente della pena, per dirla con Amato, di "conseguenza negativa, sfavorevole, spiacevole"[78], ma è altrettanto vero che la definizione di pena come male che consiste in una privazione che si deve solo subire non giova al perfezionamento dei concetti della teoria della pena.

Dato che la definizione del concetto di pena riguarda il suo dover essere, conviene che sia formulata in modo stringente, qualificando gli elementi che debbono avere in comune le risposte sanzionatorie e, di conseguenza, valga a escludere quelle risposte che non soddisfino gli elementi qualificanti. La definizione della pena come privazione passiva non è ispirata a una prospettiva limitativa dell'intervento punitivo ed è compatibile perfino con la pena di morte. Inoltre, può accreditare l'espansione delle misure coercitive, dato che l'atto di punire è del tutto identificato con la costrizione. Partire dal presupposto del condannato come soggetto di obblighi e divieti, invece, consente di responsabilizzare l'autorità punitiva nel senso che non si da per scontato che la pena sia costrizione , ma si esige che sia prestabilito legalmente il contenuto prescrittivo delle sanzioni e in questo modo si limita

---

[76] F. Carrara, *Programma*, cit., §670, p. 472.

[77] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 676.

[78] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere,* Giuffrè editore, Milano 1987, p 51.

l'esercizio del potere coercitivo, che, se occorre, può essere esercitato soltanto per garantire l'adempimento di quei obblighi e di quei divieti concreti. Da questa prospettiva risulta delegittimata la coercizione come regola e viene relegata a eccezione.

Michel Foucault, richiamando Nietzsche, si dolse del fatto che "le nostra società non sanno più cosa significhi punire". Ricorda alla punizione, come per sedimentazione, sono stati dati significati diversi riguardanti perlopiù lo scopo della pena "senza che le nostre società siano state capaci di scegliere una interpretazione o di sostituirne un'altra e di fondare razionalmente l'atto di punire su una di queste interpretazioni. E io credo che noi siamo sempre a quel punto. Ora per noi è necessario riflettere proprio si queste cose"[79]. Invece di accettare passivamente che la pena è tutt'uno con la costrizione possiamo scegliere di rifondare razionalmente il rapporto fra queste due forze riducendo la seconda al minimi possibile.

4.3.2. *Le pene (il)legitime*

L'identificazione del condannato come soggetto degli obblighi e/o i divieti tassativi nei quali consistono le pene deve essere accompagnata da limiti rispetto al concreto contenuto di essi. Innanzitutto, il primo limite è che la prescrizione della pena deve consistere in una *limitazione* dell'esercizio di un diritto o di una facoltà del condannato, non in una sua *privazione* totale. Esso è funzionale a garantire l'aspetto temporaneo e solo parziale delle pene. All'interno della teoria della pena si è ricavato uno spazio per fissare le regole sulla commisurazione delle pene che hanno condotto a conclusioni importanti che sono state poi positivizzate e riguardano la graduabilità delle pene, cioè l'*estensione* di esse, ma non è successo altrettanto con la riflessione sull'*intensione* delle pene, per cui non esistono regole legislative altrettanto chiare sull'intensità delle pene. La regolazione dell'intensità delle pene ha a che fare con la chiara distinzione del livello di afflittività di ogni pena e del limite massimo di ogni pena.

Nell'ordinamento giuridico italiano esistono pene senza un limite massimo: l'ergastolo, le pene pecuniarie proporzionali, le pene interdittive perpetue. Ciascuna argomenta le sue

[79] Intervista pubblicata in appendice a M. Foucault, *L'emergenza delle prigioni*, La casa Usher, Firenze 2011, p. 281.

ragioni di legittimità: la prima perché si propone di isolare un condannato ritenuto pericoloso, le seconde perché vuole rendere la pena proporzionale al ricavato dell'attività delittuosa e al patrimonio del condannato, le terze perché è volta a impossibilitare l'esercizio di una facoltà della quale il condannato abbia abusato. Fra queste, l'ergastolo e alcune pene interdittive hanno in comune la perpetuità. Mentre questo elemento così definitivo rispetto all'ergastolo si considera del tutto disumano (anche se a riguardo la legge prevede correttivi con base ai quali, di fatto, si supera la perpetuità), rispetto alle pene interdittive la tolleranza della perpetuità è maggiore.

Se i riformatori più radicali riescono ad immaginare un sistema punitivo senza la pena di morte, senza l'ergastolo, senza il carcere e senza pena detentive eccessivamente lunghe, argomentando in sostanza la dignità del condannato, che ha diritto a tornare nell'alveo della società. E secondo Pagano, tornerebbe innocente, come prima di aver scontato la condanna, perché non immaginare anche un sistema punitivo senza pene perpetue? Nemmeno quelle interdittive. Ammettere tipologie di pene perpetue implica riconoscere tacitamente la finalità di incapacitazione, di neutralizzazione delle pene, oramai superate, tranne rispetto al carcere e, in specie, dalla sua versione di carcere duro.

Come si ricordava nel primo capitolo, probabilmente l'istanza di razionalità insita nel taglione, rispetto all'irrogazione della pena di morte soltanto nei casi di omicidio, non è stata accolta fra i popoli primitivi perché il principio di omogeneità fra pena e reato limitava, ma al contempo accreditava il ricorso alla pena di morte. E la lezione storica da trarre da questa vicenda è che una volta che una pena sia avallata dalla teoria, non si potrà più garantire che sia applicata con la parsimonia che la teoria stessa consiglia. La teoria della pena dovrebbe imparare la lezione e fare molta attenzione alle figure a cui dà il suo avallo. Credo che avallare l'incapacitazione totale come pena è pericoloso. Ogni figura del potere punitivo deve essere ricondotta alla legalità e soggetta alla limitazione delle sue manifestazioni, e risulta difficile progettare come limitare lo scopo neutralizzante della pena, giacché si identifica del tutto com l'impedimento, con la costrizione, anche se giuridici.

Nella letteratura penalistica si prospetta regolarmente un rinnovamento delle sanzioni punitive, ma questa volta è la vicenda della pena detentiva a insegnarci che la mera sostituzione di alcune pene con altre apparentemente meno afflittive non basta[80]. Ferrajoli ci ha

[80] Sul rapporto fra le odierne pene principali e le misure alternative chiamate a sostituirle cfr. F. Mantovani, *Pene e misure alternative*, "Riv. it. dir. proc. pen.", 1977, pp. 77-114.

insegnato come ragionare intorno alla questione punitiva e lo ha fatto ponendosi fondamentali che la teoria della pena dovrebbe ricollegare a ciascuna delle eventuali risposte sanzionatorie a cui intenda fare ricorso: "se, perché, quando e come?" quella specifica pena. Non basta solo che in apparenza sembri più moderna. Sul "come" delle pene, che si divide nei sottoproblemi relativi alla natura e la misura della pena, considerando che il diritto penale non deve essere altro che il sistema che raccoglie le convenzione giuridiche sulla minimizzazione della violenza, è opportuno che la domanda relativa a "quanta pena" trovi sempre la risposta beccariana della minima pena necessaria nelle date circostanze, che preclude la perpetuità. Impedire con mezzi costrittivi il rischio che il condannato torni a delinquere non può essere lo scopo di nessuna pena, poiché difficilmente può essere sottoposto al principio di legalità. Come diceva Carrara "la scienza penale non può correre dietro seducenti illusioni"[81].

Al diritto penale si chiede sempre tanto per cui avanza continuamente deroghe alle regole. Il rispetto della libertà come regola dello stato costituzionale di diritto e la sua restrizione solo come eccezione richiede che il carattere temporaneo delle pene sia la regola. E che ogni eventuale pena perpetua sia considerata come una deroga a un principio cardine della modernità che può intervenire soltanto rispetto a reati estremamente gravi e dolosi in cui si consideri necessario un intervento più incisivo.

Al carattere temporaneo dell'intervento punitivo si aggiunge un altro limite relativo specificamente al contenuto delle pene. Affinché sia chiara non soltanto l'estensione, ma anche l'intensione delle pene, occorre che gli obblighi e i divieti associati come conseguenza di ciascun reato siano tassativamente definiti. Questa delimitazione implica l'intangibilità di tutti gli altri diritti del condannato, che non solo non dovranno essere limitati, ma dovranno essere tutelati dall'autorità pubblica. La delimitazione del contenuto prescritto delle pene implica la linea di demarcazione fra i diritti che possono legittimamente essere limitati nella fase esecutiva e l'arbitrio punitivo.

Nel momento in cui la limitazione che si considera giustificata - in quanto trova diretto fondamento nella disposizione legale che stabilisce la sanzione per il reato commesso, e, di conseguenza, nella sentenza - coinvolge l'esercizio di altri diritti la cui limitazione non è prevista dalla legge penale di riferimento, lo Stato dovrebbe non solo tutelare questi ultimi

[81] F. Carrara, *Programma,* cit., p. 200.

ma farli prevalere rispetto all'esercizio del suo potere di punire. Opzioni paradigmatiche, in questa prospettiva, si riscontrano in materia di pena pecuniaria, il cui contenuto è il pagamento di una determinata somma di denaro allo Stato. Poiché essa non può compromettere il diritto alla sussistenza, nei casi che lo richiedano, la somma da pagare può essere rateizzata e/o ridotta. Lo stesso passo indietro dello Stato per assicurare la tutela dei diritti individuali potrebbe verificarsi rispetto alla pena detentiva. Ed è questa l'unica via per renderla compatibile con i principi dello Stato Costituzionale di diritto.

La traduzione in linguaggio giuridico di questi passi in dietro dello Stato sono le cause di non punibilità. Ma questo è un altro fronte che consente di palpare con mano l'arretratezza della teoria pena e la sua sussidiarietà rispetto alla teoria del reato. Alcune delle cause riguardano l'imputabilità, non la punibilità. Questa categoria può essere ampliata soprattutto rispetto alle cause esimenti della pena la cui valutazione sia assegnata al giudice. La predeterminazione legale in modo tassativo di obblighi e divieti concreti e ragionevoli rispetto a ogni reato comporta, come regola, che il legislatore prestabilisca la natura della pena e al giudice sia lasciato di stabilirne la misura nel caso concreto. Fatta eccezione per la valutazione delle cause di non punibilità che incidono sull'*an e* non solo sul *quid* della pena.

La dottrina penalistica ha accolto il principio di colpevolezza come fattore determinante del limite massimo della pena nel caso concreto. Ma ha riflettuto molto di meno rispetto alle causali esimenti della pena e ai connotati del caso concreto che indichino l'opportunità perfino della rinuncia all'esercizio del potere punitivo. Un esempio di questo passo in dietro è rinvenibile nell'articolo 34, 2° comma del codice penale colombiano, che, sviluppando la disposizione contenuta nell'articolo 3 dello stesso codice, il quel indica fra i principi cardini delle sanzioni penali anche il principio di necessità, dispone che

> negli eventi di delitti colposi o in quelli puniti con pene non privative della libertà, quando le conseguenze della condotta abbiano raggiunto soltanto l'autore o i suoi ascendenti, discendenti, coniuge, compagno o compagna permanente, fratello, adottante o adottato, o parente fino al secondo grado di affinità, si potrà prescindere dall'imposizione della sanzione penale quando essa non risulti necessaria.

Un principio così formulato può essere temuto da alcuni, e considerato come pericolo poiché lascia nelle mani del giudice la decisione sull'applicazione della pena, ma in realtà è un valido esempio di osservanza del carattere di *extrema ratio* della pena. Ma se pensiamo ai non pochi casi di incidenti stradali in cui si cagionano lesioni o si perde un parente così vicino vedremo che una disposizione del genera ha senso. Tale disposizione è un tentativo di rinunciare a punire le tragedie. E questo è un valido limite dell'intervento punitivo.

A riguardo, Zaffaroni espone una tesi secondo cui queste rinunce dello Stato non sono incompatibili con i principi regolatori del diritto penale, anzi, rispondono ai principi più nobili del sistema punitivo, sempre che siano anch'essi limitati:

È possibile che considerazioni che emergono dal discorso giuridico proprio della pena e dei principi limitativi generali che istituiscono ulteriori limiti alla responsabilità criminalizzante dell'agenzia giudiziale, impongano ad essa la riduzione della quantità della pena o perfino la sua eliminazione. Possono mediare cause personali di esclusione e di cancellazione della punibilità e può succedere anche che i cosiddetti principi di umanità e di personalità (o intrascendenza) segnalino nel caso concreto limiti più bassi di quelli indicati dalla colpevolezza [...], il che non rappresenta nessun inconveniente logico né etico all'agenzia giudiziale, nella misura in cui non si tratti di benefici *ad hoc*, che pretendono consacrare una selettività ancora maggiore di quella corrente e strutturale dell'esercizio del potere del sistema penale[82].

Rimane il fatto che il potere concesso al giudice in questo senso riguarda soltanto la diminuzione della pena, invece non può essere ammesso nessun tipo di aggravamento una volta emessa la condanna definitiva. In questo senso per aggravamento si intende non soltanto l'eventuale innalzamento della condanna in seguito a un formale intervento giudiziario, ma anche all'inflizione di fatto di ogni afflizione non prevista espressamente nella legge penale di riferimento. L'operazione di amplificazione del contenuto afflittivo[83] delle pene nella fase esecutiva, come accade rispetto alla pena carceraria, è ingiustificata. Equiparare la restrizione della libertà personale alla restrizione di tutte le libertà del condannato, non è altro che un'interpretazione estensiva della portata del bene 'libertà personale' operata *in malam parte.*

---

[82] E.R. Zaffaroni, *En busqueda de las penas perdias,* cit., p. 284. Corsivo presente nel testo.

[83]

Un ulteriore garanzia rispetto al carattere tassativo, temporaneo e limitativo (anziché privativo) delle pene è che esse non siano irreparabili. Sebbene è possibile affermare con Rocco che "non solo la pena di morte, ma tutte le pene sono in sé irreparabili, perché vi sono conseguenze delle condanne che nessuna riparazione vale a cancellare"[84], il senso di questo requisito è che l'esecuzione della pena non abbia connotati assoluti. Questo vale a escludere, ad esempio, le mutilazioni, la pena di morte, l'ergastolo, ma anche le pene detentive eccessivamente lunghe. La consapevolezza dell'errore giudiziario implica che la possibilità di chiedere allo stato la riapparizione dopo aver subito una condanna ingiusta sia un diritto del cittadino. La pena, scrive Carrara, "deve essere, per quanto si può, *riparabile*; perché troppo è facile un errore giudiziario: e troppo ne sono fatali le conseguenze. La condanna dell'innocente è un rovescio di idee: perché lo strumento della giustizia si converte in fattore d'ingiustizia"[85].

4.3.3. *La pena come insieme di obblighi e/o divieti*

La pena è innanzitutto una convenzione giuridica, per cui non ha una natura propria. L'ordinamento giuridico è chiamato - attraverso definizioni che appartengono al discorso del dover essere - a stipulare, da una parte, cosa si intende quando si parla di pene, di tutte le pene, e dall'altra, in cosa deve consistere ciascuna pena. Rispetto alla definizione delle pene in generale, occorre soffermarci sulla convenienza di stipulare che, insieme alla caratteristica di essere sempre una conseguenza negativa, le pene debbono consistere sempre in obblighi di non fare e che è questo elemento a distinguerla da altri tipi di sanzioni.

Esigere dal punto di vista teorico che l'obbligo sia di non fare, da una parte esprime un'istanza garantista in quanto vale a escludere che per via del potere punitivo sia richiesto al condannato di eseguire comandi autoritari, che è legittimo presumere che talvolta possano essere infamanti o che possano degenerare nello sfruttamento, com'è accaduto in passato con i lavori forzati. Il diritto penale moderno ha accolto la tesi di Mill secondo cui gli interventi dell'autorità pubblica sono giustificati soltanto per prevenire eventi indesiderati e, dunque, in virtù dello scopo preventivo si può argomentare che la pena può soltanto im-

---

[84] A. Rocco, *La formazione dello stato fascista. Scritti e discorsi di Alfredo Rocco 1925 - 1934*, a cura di M. Piraino e Stefano Fiorito, Lulu press, 2013 vol. III, p. 855.

[85] F. Carrara, *Programma*, cit., § 651, p. 427.

porre di non fare qualcosa. L'obbligo di non fare può essere percepito come meno oneroso e meno invadente rispetto all'esigenza di fare qualcosa.

In effetti il diritto penale non può divenire uno strumento di comando sociale. Le sue prescrizioni debbono avere il minimo contenuto possibile. La questione è analizzare se davvero l'obbligo di non fare è sempre più consono al principio di minimizzazione degli interventi punitivi e quindi sempre preferibile rispetto all'obbligo di fare. Su questo punto va detto che il *genus* delle pene detentive, effettivamente si contraddistingue perché l'esecuzione di esse è assicurata non tanto dalla condotta richiesta al condannato quanto dalle misure di sicurezza prese dall'autorità pubblica per garantire che la pena sia scontata. Il carcere, *in primis*, è un paradigmatico obbligo di non fare. Tuttavia, nessuno direbbe mai che è meno onerosa una pena detentiva in quanto corrispondente a un obbligo di non fare rispetto, ad esempio, a una pena pecuniaria che richiede al condannato di pagare una somma di denaro.

Si capisce, dunque, che anche se di primo acchito l'obbligo di non fare si presenta come meno oneroso, in pratica può essere afflittivo e autoritario quanto un impegnativo obbligo di fare. Se conveniamo che è così, possiamo convenire anche che il carattere oneroso o mite della pena non è rappresentato tanto dalla natura negativa o positiva dell'obbligo quanto dal contenuto specifico di ogni singola pena. Quello che tutela l'individuo rispetto alle derive autoritarie del potere punitivo sono i limiti imposti al concreto contenuto di ogni pena.

Ferrajoli stesso, che prospetta che le pene devono consistere in obblighi di non fare, contempla nel progetto di minimizzazione del sistema penale, come una delle pene principali, l'affidamento in prova ai servizi sociali[86], che non corrisponde né a una pena subita passivamente né a un mero obbligo di non fare. La dottrina penalistica si mostra favorevole all'inclusione di questo tipo di misure per diversificare il sistema delle pene e per sanzionare ipotesi di reato meno gravi. A riguardo, Amato, fa un'interessante elogio a quello che ha chiamato la penalità del fare:

[86] Sui connotati di questa pena cfr. F. Bricola, *L'affidamento in prova al servizio sociale:"fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in "La questione criminale", 1976, 2-3, pp. 370 ss., L. Eusebi, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in "Riv. ital. di dir. e proc. pen.", 1993, pp. 495 ss.

mi parrebbero, ad esempio, tutt'affatto apprezzabili l'efficacia deterrente e quella inabilitante, connesse al ritiro della patente per l'automobilista responsabile di lesioni od omicidio colposi, e al divieto di esercitare un'industria per chi ne abbia abusato, inquinando l'ambiente o mettendo in circolazione prodotti adulterati. Penso, soprattutto, ad una penalità del «fare», alle indicate forme di lavoro socialmente utile, come l'assistenza ai malati, agli handicappati, ai tossicodipendenti, il soccorso alle vittime di pubblica calamità o di eventi bellici o terroristici, la costruzione di scuole, fabbriche, ospedali, strade, ponti, la bonificazione di zone coltivabili e la coltivazione di zone agricole, il restauro di opere artistiche, il riordino di biblioteche.[87]

Avallare l'affidamento ai servizi sociali come pena implica accettare tacitamente che la definizione delle pene come obblighi di non fare è riduttiva. Si può, dunque, prescindere dalla considerazione del connotato in negativo dell'obbligo come aspetto differenziale delle pene da altri tipi di sanzioni. Secondo l'opinione di Antolisei, condivisa da gran parte della dottrina, sono due le caratteristiche che differenziano le pene da altre tipologie di sanzioni giuridiche: "una concerne l'organo che le applica, l'altra il modo con cui vengono applicate. L'organo è l'autorità giudiziaria; il modo è quel caratteristico insieme di atti che costituisce il processo"[88]. Questi due connotati, al di là delle deroghe nella prassi, sono i classici elementi sui quali le pene vengono distinte dalle sanzioni amministrative e civili. E ad essi si aggiunge un terzo, di carattere sostanziale: nonostante i confini fra il diritto penale e quello amministrativo spesso non siano netti, rimane ancora salda la certezza di una potestà del diritto penale preclusa del tutto al settore amministrativo: il potere di comminare sanzioni restrittive della libertà. Non c'è bisogno di continuare a sostenere che il fattore differenziatore è la natura positiva o negativa degli obblighi imposti.

Oltre all'affidamento in prova ai servizi sociali ci sono altri tipi di pene che consistono in obblighi di fare. Il lavoro socialmente utile, ad esempio, o "lavoro di pubblica utilità", introdotto in Italia dal d.lgs. del 28 agosto 2000, n. 274. Carrara riporta nel suo *Programma* che "alcuni schifiltosi hanno accusato di immoralità il concetto di infliggere il lavoro come pena"[89]. Essa, invece, ha ricevuto l'avallo della scuola classica. Per Carrara, in sostanza, si tratta sempre di una restrizione della libertà: "se la società ha diritto d'infliggere al delinquente una restrizione di libertà con impedirgli certi atti, non veggo perché non possa re-

[87] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., p. 211.
[88] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 675-676.
[89] F. Carrara, *Programma*, § 670. pp. 451-452.

stringerne la libertà con obbligarlo a certi lavori che mentre giovano allo stato giovano altresì al fisico ed al morale del condannato stesso"[90].

Le destinazioni elaborate dalla filosofia analitica consentono di specificare che il lavoro come pena consiste specificamente in un obbligo di fare. Analogamente all'affidamento in prova ai servizi sociali, i lavori socialmente utili possono essere associati a ipotesi di reato meno gravi.

Altra cosa è, invece, l'obbligo di lavoro rispetto a chi sta scontando una pena detentiva. I progressi della civiltà impongono di richiedere che, quanto meno, il lavoro non equivalga allo sfruttamento del condannato: deve essere remunerato e deve essere sottoposto alle norme dell'ordinamento che regolano il diritto al lavoro, prima fra tutte, che il lavoro rimanga appunto un diritto, non un obbligo, come invece indica l'articolo 23 primo comma del codice penale - e negli stessi termini l'articolo 25 primo comma- del codice penale italiano: "la pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno", e l'articolo 20 della legge 354 del 26 luglio 1975: "il lavoro è obbligatorio per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro". Quello che è un diritto per i cittadini liberi, non può essere considerato un obbligo per i cittadini reclusi. Il diritto punitivo non può arrogarsi la potestà di capovolgere in questo modo le categorie dell'ordinamento giuridico. Dato che il condannato sta già scontando una pena altamente afflittiva, l'imposizione di un ulteriore obbligo, di natura prettamente disciplinate, è ingiustificato.

Un'altra tipologia di sanzione rientrante negli obblighi di fare è la pena pecuniaria. Essa, ha un connotato che può rappresentare sia il motivo per cui accoglierla fra le sanzioni penali e, al contempo, il motivo per cui respingerla nettamente: la sua mitezza. Uso questo termine che Beccaria osai inserire fra i concetti attinenti alla pena confortata dall'esplicita ammissione della pena pecuniaria in *Dei delitti e delle pene* per ipotesi di reato meno gravi: "i furti che non hanno unito violenza dovrebbero essere puniti con pena pecuniaria. Chi cerca d'arricchirsi dell'altrui dovrebbe esser impoverito del proprio"[91]. Tuttavia, prendendo in considerazioni altri brani potremmo invece concludere che Beccaria ha stigmatizzato la pena pecuniaria: "fu già un tempo nel quale quasi tutte le pene erano pecuniarie. I

[90] *Ibid.*
[91] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XXII, p. 52.

delitti degli uomini erano il patrimonio del principe. Gli attentati contro la pubblica sicurezza erano un oggetto di lusso. Chi era destinato a difenderla aveva interesse di vederla offesa. L'oggetto delle pene era dunque una lite tra il fisco (l'esattore di queste pene) ed il reo; un affare civile, contenzioso, privato piuttosto che pubblico[...]"[92]. C'è una divergenza fra queste argomentazioni, ma ci sono alcuni aspetti in questo secondo brano in cui Beccaria si occupa *Del fisco* che risulta interessante rilevare dato che possono consentire di risalire alla *ratio* della suo ragionamento sulla pena pecuniaria.

Il primo è che tutti i riferimenti per criticare la pena pecuniaria sono declinati al passato, il tono è quello critico descrittivo che analizza come "erano" le pene in un tempo nel quale la pena e il processo corrispondevano a una logica mercantilista. Mentre nel primo brano riportato il livello del discorso si usa il condizionale: il fulcro della questione è che coloro che hanno commesso un reato senza violenza cagionando solo danni economici "dovrebbero essere puniti con pena pecuniaria". Si tratta dello stesso tempo verbale utilizzato per fare riferimento alla graduazione proporzionale delle pene in un'apposita scala: "se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene; che discendesse dalla più forte alla più debole"[93].

Nonostante l'impresa di disporre le pene in una scala dipenda da fattori che sfuggono al controllo del sistema punitivo per cui, probabilmente, la composizione di essa nella pratica non risponderà fedelmente ai principi teorici in cui la proposta si ispira, queste difficoltà non sono un impedimento per cercare di realizzare quantomeno la ragion d'essere della scala: "basterà al saggio legislatore di segnarne i punti principali, senza turbar l'ordine, non decretando ai delitti del primo grado le pene dell'ultimo"[94]. *Mutatis mutandis* potremmo dire che le particolari dinamiche della pena pecuniaria complicano l'applicazione pratica del principio che richiede di impoverire del suo coloro che cercano di arricchirsi dell'altrui, avendo cagionato solo danni economici, ma parimenti, si può tentare di realizzare questo principio minimizzatore delle risposte punitive *nella misura del possibile.*

Un altro elemento importante è che nel secondo brano sembra che il tentativo sia quello di criticare non tanto la pena pecuniaria quanto uno specifico approccio a questa sanzione.

---

[92] *Ibid.*
[93] Ivi,cap VI, pp. 20-21.
[94] *Ibid.*

Il capitolo si apre con una serie di rilievi critici non sulla *natura della pena pecuniaria*, ma piuttosto sembra una critica sull'*approccio rispetto alla pena pecuniaria* segnato da dinamiche oppressive ispirati a interessi propri dello Stato. Non si tratta di una disamina nella quale si valuta la convenienza di tale pena, la sua utilità o necessità, come era stato fatto invece con la pena di morte. Così Beccaria, nelle sue argomentazioni, avanza critiche non contro la pena pecuniaria ma contro un sistema: "siccome in questo sistema il confessarsi delinquente era un confessarsi debitore verso il fisco, il che era lo scopo delle procedure criminali d'allora, così la confessione del delitto, e confessione combinata in maniera che favorisse e non facesse torto alle ragioni fiscali, divenne ed è tuttora [...] il centro intorno a cui si aggirano tutti gli ordini criminali"[95]. Ed è qui, con la confessione, che si inizia a parlare al presente, ed è quello l'argomento al centro della sua analisi.

La critica demolitrice non mira alla sanzione pecuniaria ma a un approccio autoritario ed espansivo verso la questione punitiva che comporta lo svilimento dello scopo della pena e la deformazione del processo e del ruolo delle parti che in esso sono chiamate a intervenire, in quanto del tutto fondato sulla confessione raggiunta a tutti i costi: "con questa il giudice s'impadronisce del corpo di un reo e lo strazia con metodiche formalità, per cavarne come da un fondo acquistato tutto il profitto che può [...]. Il giudice diviene nemico del reo, di un uomo incatenato, dato in preda allo squallore, ai tormenti, all'avvenire il più terribile; non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce"[96]. È in questo capitolo, infatti, che Beccaria contrappone il processo *offensivo* al processo *difensivo*, cioè il processo inquisitorio al processo accusatorio. E l'epilogo del capitolo trae conclusioni generali rispetto, non a una pena, ma al processo: "il vero processo, l'informativo, cioè la ricerca indifferente del fatto, quello che la ragione comanda [...], è pochissimo in uso nei tribunali europei"[97].

In ciò che attiene specificamente alla pena pecuniaria, in *Dei delitti* è rinvenibile, innanzitutto, un chiaro nesso di opportunità stabilito fra essa e i reati ispirati all'avidità. Inoltre delle raccomandazioni rispetto al suo uso. La prima è considerare che impossessarsi dei beni altrui "non è per l'ordinario che il delitto della miseria e della disperazione" e che allora le pene pecuniarie "accrescono il numero dei rei al di sopra di quello de' delitti e [...]

---

[95] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XXII, p. 52.
[96] *Ibid*.
[97] *Ibid.*

tolgono il pane agli' innocenti per toglierlo agli scellerati", per cui Beccaria propone una sostituzione della pecuniaria per una sorta di lavori di pubblica utilità. Ma considerando che egli non afferma che i reati che rispondono a motivazioni economiche siano *sempre* i reati della miseria, ma "per l'ordinario", cioè tendenzialmente; allora, la sostituzione sembra legata a quei casi in cui "il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto) non ha lasciato che una nuda esistenza"[98].

Ed è per questi motivi - e in generale per la capacità della pena pecuniaria di rispondere al paradigma della minima necessaria per alcune tipologie di reati - che autori come Marinucci richiamano Beccaria nell'argomentazione a favore di questo tipo di pena: "è chiaro che la partita si gioca - sin d'ora - sull'effettività della sanzione pecuniaria, come pena reale e indefettibile, in obbedienza alla regola aurea della "certezza" delle pene anche se "moderate" coniata una volta per tutte da Beccaria"[99].

"Quali pene?" è una domanda che non riceverà mai una risposta pienamente soddisfacente e definitiva. I parametri per prestabilire le tipologie e il contenuto delle pene cambiano a seconda del paradigma di giustizia dominante. Il paradigma nel quale si cercava un nesso naturale fra pena e reato è del tutto superato; ma un nesso che ci consenta di adeguare l'una all'altro deve pur deve esserci. Ad oggi è ampiamente condiviso che il nesso è del tutto artificiale e convenzionale. Riguardo a questo punto conviene soffermarsi sul nesso fra i beni che il diritto penale tutela e beni che esso limita. Le ipotesi rispetto alla accettazione delle sanzioni pecuniarie come pene sono sostanzialmente due: o si sostiene che il diritto penale deve tutelare soltanto diritti primari della persona, escludendo la tutela dei beni materiali, e allora ha senso escludere le pene che abbiano un contenuto economico data la non monetizzazione dei beni tutelati[100]; oppure si accoglie la tendenza a considerare il patrimonio come un aspetto che l'individuo moderno vuole tutelato anche dal diritto penale e, allora, il fatto che le ipotesi di reato a cui dà luogo questo tipo di tutela prevedono eventi danni valutabili economicamente implica uno spazio legittimo per le sanzioni penali

---

[98] *Ibid.*

[99] Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano 2012.

[100] Cfr. S. Moccia, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della* postmodernità, cit., p. 134. Questa opzione è quella più conforme al carattere di *extrema ratio* del diritto penale. Tuttavia, se non è accompagnata da una seria politica di depenalizzazione finisce per allargare il terreno della pena detentiva nel sistema delle pene.

di natura patrimoniale. Lo spazio delle pene pecuniarie può considerarsi legittimo, a prescindere della monetizzazione del bene tutelato, le ipotesi di reato meno gravi[101].

In *Diritto e ragione*, sulle sanzioni destinate ai reati meno gravi, si registra una preferenza perfino delle pene detentive brevissime rispetto alla pena pecuniaria. Da questo punto di vista Ferrajoli si mostra molto carrariano. Carrara, in effetti, scrisse che gli arresti in casa "possono riuscire utilissimi come infima pena afflittiva [...]. E poiché ad un infimo grado di responsabilità può adattarsi un infimo grado di restrizione della libertà personale (che, per quanto infimo, può essere sentito più della multa), non è razionale disprezzarlo"[102].

L'accettazione delle pene detentive brevissime è frutto del riconoscimento del fatto che il sistema punitivo richiede anche pene di affettività minore, da associare ai delitti meno gravi. Se non sono da disprezzare gli arresti in casa, giustificati solo in quanto pena infima, non lo sono nemmeno le pene pecuniarie, per lo stesso motivo.

Il dato di fatto è che l'odierno diritto penale tutela non solo le *persone* ma anche le *cose*, e dunque alcuni delitti producono danni solo materiali. Finche questi delitti non siano depenalizzati, almeno in questi casi ci sono le premesse per ammettere sanzioni pecuniarie in qualità di compensazione o risarcimento alla vittima. Per alcuni autori, partendo dal presupposto dell'esistenza di queste ipotesi di reato, e finche ci sono, alle sanzioni pecuniarie aspetta un posto fra le sanzioni punitive. Per Amato, ad esempio, "gli unici scopi che possono essere legittimamente segnati alle pene sono la deterrenza ed il risarcimento"[103]. Ed il risarcimento è ammesso, appunto, nei casi di danneggiamento ed ipotesi di reato simili.

Bobbio, alludendo al rapporto fra misure preventive e misure successive (tra cui è elencata la pena), ha precisato che

> non si sarà mai sottolineato abbastanza che i diversi gradi di misure non si possono dividere con un taglio netto, anzi in molti casi si richiamano e s'integrano l'uno con l'altro [...]. Punizione (e riparazione) entrano in funzione quando fallisce lo scoraggiamento ma sono alla loro volta scoraggianti. [...]. D'altro canto, punizione e riparazione, per quanto astrattamente distinguibili se non

[101] La pena pecuniaria, in effetti, è considerata come una sanzione importante nel sistema delle pene per occupare, diciamo così, la parte base della scala delle pene. Cfr. E. Dolcini, *La pena pecuniaria come alternativa alle pene detentivi brevi*, in "Jus", 1974, pp. 529- 556. Id., *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in "Riv. it. di dir. e proc. pen.", 1972, pp. 408-459, E. Dolcini, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi,* in "Riv. it. dir. proc. pen", 2006, pp. 95-110.

[102] F. Carrara, *Programma*, cit., §671, p. 453.

[103] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., p 237.

altro dal punto di vista funzionale, in pratica spesso si sovrappongono. Un premio può assumere l'aspetto di riparazione per lo sforzo e i costi di un comportamento osservante, e viceversa, una riparazione per un danno arrecato può assumere l'aspetto di pena per il danneggiante. È spesso difficile stabilire in concreto dove finisce il premio e dove comincia l'indennizzo; dove finisce il risarcimento e dove comincia la punizione[104].

Le recenti e compiute indagini di Luciana Goisis sulla pena pecuniaria hanno rilevato i pregi di questa pena, e hanno evidenziato che anche se essa è afflitta da uno stato di inefficacia attualmente, questo stato è rimediabile se si prendono le appropriate misure legislative relative alla comminatoria e alla riscossione della pena, affinché possa divenire efficace nella prassi e sottrarre terreno alla pena detentiva, come di fatto accade in altri paesi europei[105]. Musco dichiara che la pena pecuniaria è la "tipica sanzione di questo tempo"[106], e su questa scia Goisis manifesta le sue perplessità dinanzi alle proposte di abolizione della pena pecuniaria: "davvero non è dato comprendere come, alla luce dei pregi indiscussi della pena pecuniaria - assenza di effetti di emarginazione, economicità e redditività per lo Stato, graduabilità, efficacia in ragione dell'alto valore attribuito al denaro nella società odierna -, si possa pensare di rinunciarvi in assoluto"[107].

Le proposte di rinunciarvi in assoluto riguardano progetti di radicale ridimensionamento dei beni a cui è conferita la tutela penale. La teoria ferrajoliana del diritto penale minimo auspica che siano declassati a "torti civili tutte le lesioni comunque riparabili, e a illeciti amministrativi tutte le attività che violano regole amministrative, o che producono danni a beni non primari o che siano solo astrattamente presunte come pericolose"[108]. Questa tesi implica un rafforzamento dell'antigiuridicità verso una sorta di *stretta offensività.* La proposta è ambiziosa e rispecchia una prospettiva conforme al carattere di *extrema ratio* attribuito dal diritto penale. Il problema è definire, da una parte, quali sono i beni primari e

---

[104] N. Bobbio, *Sanzione*, cit., p. 53.

[105] Sulla media di condanne alla sola pena pecuniaria in altri paesi, Dolcini mette in evidenza che "la situazione italiana appare particolarmente distante, ad esempio, da quella tedesca e da quella inglese. Secondo quanto segnalano Jescheck e Weigend, nel 1991 le condanne a pena pecuniaria rappresentavano in Germania l'84% del totale delle condanne: una quota raggiunta già nel 1970, E poi mantenutasi sostanzialmente costante. Quanto all'Inghilterra […] negli anni 80 del secolo scorso le condanne a pena pecuniaria oscillavano tra l'82 e l'86% del totale delle condanne". E. Dolcini, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi,* cit. pp. 101-102.

[106] Musco, *La pena pecuniaria*, CULC, Catania 1984, p. 57.

[107] L. Goisis, *La pena pecuniaria, un'indagine storica e comparata: profili di effettività della sanzione*, Giuffrè, Milano, Introduzione, p. 5.

[108] L. Ferrrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 400.

decidere se comporre tale classifica partendo dal presupposto che sono solo quelli stabiliti espressamente nella costituzione e/o quelli la cui lesione comporta un danno a una persona "in carne ed ossa"[109], e dall'altra, definire se la tutela di soli beni primari implica l'adozione come pena soltanto di misure restrittive della libertà e quindi la preclusione delle pene pecuniarie.

Il progetto di diritto penale minimo intende sviluppare le implicazioni del principio di offensività fino alle ultime conseguenze per minimizzare le proibizioni penali. La riforma comprende una restrizione di carattere quantitativo che propugna l'abolizione dei reati bagatellari, e anche una restrizione qualitativa delle figure di reato. Ferrajoli critica "le innumerevoli astrazioni catalogate dal codice Rocco come «beni giuridici»" - come la personalità dello Stato, l'attività giudiziaria, oppure l'industria e il commercio, la famiglia ecc. - e sostiene che "il nostro principio di offensività consente di considerare beni solo quelli la cui lesione si concreta in un'offesa in danno di altre persone in carne ed ossa"[110]. Il proposito di questa tesi è quello di delegittimare i reati "non lesivi di terzi"[111], fra i quali si conta l'uso di stupefacenti.

Rispetto all'importanza del concetto di bene giuridico all'interno della teoria della pena le posizione sono nettamente divise. Bricola sostiene che "la concezione del diritto penale come forma di tutela *sussidiaria* riceve impulso e maggior solidità attraverso la tesi che aggancia alla Costituzione in maniera vincolante la politica dei beni tutelabili penalmente, selezionando l'oggettività giuridica del reato con riguardo ai soli interessi costituzionalmente significativi"[112]. La caratteristica di questa posizione è che si tende a prediligere le pene detentive. Bricola ritiene che dall'art. 13 costituzionale consegue che

> la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che si opera in via effettiva o potenziale tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio.* Per precisare tale concetto che è di vecchia acquisizione può affermarsi oggi, con una maggiore consapevolezza costituzionale, che la sanzione penale può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrifica-

---

[109] *Ibid.*

[110] Ivi. p. 481.

[111] *Ibid*.

[112] F. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale, alternative di tutela,* a cura di M. De Acutis, G. Palombarini, CEDAM, Padova 1984, p. 9.

to, sia almeno dotato di rilievo costituzionale. Ossia: l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante[113].

Su cosa significa la rilevanza costituzionale di un bene, egli precisa che essa "non significa semplicemente non *antiteticità* del bene rispetto alla Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale [...] ricoprendo [...] anche quei valori che sono obiettivamente tutelati"[114].

Per Pulitanò, invece, parlare di un obbligo costituzionale di prevedere la punizioni di determinante condotte implica che "la penalizzazione di dati comportamenti viene imposta al legislatore in nome di valori sovraordinati, come soluzione vincolata di dispute politiche o problemi tecnici, contro le scelte legislative di tipo diverso"[115]. Questa lettura mette in rilievo la potenziale conflittualità con il principio di riserva di legge in materia penale[116], stabilito costituzionalmente.

Ferrajoli considera che "la questione del bene giuridico offeso dai reati non è altra cosa da quella dello scopo del diritto penale: e cioè la sostanza stessa del problema della giustificazione del diritto penale, considerata non più dal lato dei costi delle pene ma da quello dei benefici qui esse sono finalizzate"[117]. E che questi beni non possono essere beni qualunque, ma soltanto quelli ritenuti primari, in seguito a una seria revisione volta a stabilire quali, da una parte sono meritevoli di tutela penale, e dall'altra possono davvero essere tutelati attraverso le proibizioni penali e le punizioni. "Un programma di diritto penale minimo - scrive Ferrajoli - deve conseguentemente puntare, sulla base di una rielaborazione della gerarchia dei beni ritenuti meritevoli di tutela in relazione ad essa delle pene a tal fine proporzionate, a una massiccia deflazione dei «beni» penali delle proibizioni legali quale condizione della loro legittimità sia politica che giuridica"[118].

A scanso di equivoci, egli precisa che costituisce un fattore di deformazione del problema del bene giuridico

---

[113] F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., p.15-16.
[114] *Ibid.*
[115] Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?* in "Riv. it. dir. e proc. pen." 1983, p. 508.
[116] Cfr. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., p.12.
[117] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* cit., p. 469.
[118] Ivi, p. 479.

l'idea che una risposta al problema assiologico esterno "cosa proibire?" debba fornire un criterio positivo di identificazione dei beni giuridici che richiedono una tutela penale e quindi un parametro ontologico di legittimazione aprioristica delle proibizioni e delle punizioni penali. [...]. Una teoria del bene giuridico non può dirci quasi mai in positivo - e tutto sommato non serve che ci dica - che una determinata proibizione penale è giusta in quanto protegge un determinato bene giuridico. Essa può solo offrirci una serie di criteri negativi di delegittimazione [...] la cui funzione di limite o garanzia consiste precisamente nel fatto che la lesione di un bene dev'essere una condizione necessaria ma non è mai una condizione sufficiente[119].

Chiariti questi equivoci si dissipano molte critiche riguardanti il cosiddetto obbligo costituzionale di tutela penale che contestava Pulitanò. C'è ancora da chiarire per un verso, se un parametro per delimitare i beni meritevoli di tutela pena è che la loro lesione comporti danni a persone "in carne ed ossa"; e per altro verso, se conferire tutela penale soltanto a beni primari implica adottare come pene soltanto misure restrittive della libertà[120].

Sul primo aspetto la risposta di Ferrajoli sembrerebbe negativa. Dato che considera che la tutela penale è estendibile anche alla conservazione dell'ambiente e alla corretta amministrazione della giustizia, che implicano danni non immediatamente ricollegabile a persone in carne ed ossa. Sul secondo aspetto la risposta invece sembra positiva. Giacché, come succede anche nelle proposte di Bricola, il parametro ideale per identificare i beni meritevoli di tutela penale è che sia "di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato". Ferrajoli afferma che i "profili di effettività" della tutela penale "dipendono essenzialmente dalla sproporzione tra il valore della libertà personale sottratta dalle pene e quello dei beni offesi dai reati, nonché dalla scala distorta dei valori espressa dalla scala delle pene per ciascuno di essi stabilite"[121].

I riferimenti di entrambi gli autori alla libertà personale sacrificata, e il richiamo specifico di Bricola alla cautela con cui conviene applicare la *massima restrizione della libertà personale*, sono indicativi del fatto che il calcolo sui beni meritevoli di tutela penale è effettuato partendo dalla base che la tutela sarà affidata alla pena detentiva. Ma proprio l'ideale della scala delle pene richiede la diversificazione punitiva invece di partire dal presupposto che la risposta istituzionale al reato possa consistere nella diversa intensità di un tipo di pena.

---

[119] *Ibid.*
[120] *Ibid.*
[121] *Ibid*.

Configurare una scala delle pene è una delle proposte del progetto riformatore illuminista. In effetti, tale scala non era rappresentata come la graduazione diversa di una sola tipologia di pene, come accade oggi con le pene detentive, ma come una rosa di pene disposte a seconda della gravità dei reati a cui sono associate. La scala delle pene dovrebbe corrispondere più esattamente a una piramide la cui cuspide sia riservata alle sole ipotesi gravissime di reato. Le pene pecuniarie di natura compensatoria o risarcitoria possono integrare la parte più bassa della piramide nei casi in cui l'ordinamento preveda ipotesi di reato che comportino danni soltanto economici. Soltanto in questi casi ha qualche senso cercare un rapporto sulla natura della pena e quella del reato. Nei casi in cui, invece, i danni cagionati dal reato non siano solo economici tale ricerca è del tutto inutile. È questo il caso di tutti i reati contro la persona, contro la vita, la libertà, l'integrità fisica e sessuale, ad esempio. La gravità di queste condotte costituisce una premessa per escludere le pene pecuniarie e fare ricorso a pene più gravi, come quelle restrittive della libertà dell'individuo.

Amato auspicava un cambio di paradigma verso la penalità del fare ma anche verso "una penalità dell'avere", pensando a "sanzioni pecuniarie - di cui, magari possano beneficiare le vittime dei delitti - ed a forme di risarcimento del danno, che, però, negli importi, nei modi di pagamento, nelle procedure di attuazione, siano proporzionalmente accessibili a tutti, non privilegino i ricchi rispetto ai poveri e non lascino i più deboli alla mercé dei più forti"[122]. Anche Beccaria aveva proferito consigli analoghi. L'importanza di questi tentativi di approfondire sul contenuto delle pene è superare il paradigma della privazione della libertà personale come pena ideale. Le espressioni cognate da Amato non sono state accolte dalla dottrina e tuttavia la loro pregnanza garantista è mirabile in quanto si propone che siano prospettate "sanzioni diverse dalla reclusione, questa penalità dell'«essere» che investe l'uomo nella sua totalità, in larga misura svuotandolo della sua stessa umanità"[123].

[122] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., p. 220.
[123] *Ibid.*

4.4. *Il carcere come pena in bianco*

4.4.1. *L'affermazione del carcere come pena*

La pena carceraria "costante caratteristica dei sistemi penali moderni" è stata elogiata da importanti giuristi per i suoi connotati di pena moderna e civile rispetto all'arsenale punitivo di antico regime. Carrara si compiace che nel Settecento un Tribunale possa irrogare "il semplice carcere" anziché pene come lo squartamento. E contesta gli argomenti contro l'applicazione della pena detentiva ai reati minori[124]. Liszt apprezza "l'importanza della pena detentiva [...] la quale, proprio per l'adattarsi al raggiungimento di tutti gli scopi della sanzione come nessun altro tipo di pena potrebbe, è chiamata senza dubbio a ricoprire il posto di maggiore rilievo nel sistema delle pene"[125]. E così è stato.

La storia della reclusione[126] mette in evidenza il suo lato oscuro[127] e racconta che "il carcere è nato, più che come sanzione, come polizia della società dai suoi scarti: poveri, vagabondi, mendicanti, sbandati, irregolari d'ogni genere, da offrire in sacrificio all'ordine sociale"[128]. Ma la dottrina penalistica ha inclinato la bilancia verso i suoi pregi. Sullo sviluppo di questa sanzione Amato osserva che

nell'affermazione del carcere come pena confluiscono varie ragioni storiche e motivazioni ideologiche. Esso, certo, sorge come sanzione funzionale al sistema del nascente capitalismo industriale, cioè come mezzo di controllo istituzionalizzato di masse crescenti di popolazione emarginata e disfunzionale rispetto a quel modello di organizzazione sociale. Determinando, di conseguenza, processi di proletarizziate coatta e generalizzata. Ma esprime, pure, un principio di legalitarismo borghese, di uguaglianza formale, il principio di un castigo egalitario, in quanto la libertà di cui

---

[124] "Van der Brugghen ha elevato obiettivi contro l'applicazione di questo sistema ai minori delitti; ma sono equivocati: assurdo rimedio dove minore è il bisogno: ma un vecchio facineroso può commettere reati minori. detenzione è di troppo breve durata per sperare un miglioramento. L'isolamento oltre al fine secondario della istruzione dei detenuti ha il fine principale e primario d'impedirne il pervertimento, il quale pur troppo può derivare da un solo mese ed anche da pochi giorni di promiscuità". F. Carrara, *Programma*, cit., § 669, p. 450.

[125] F. Von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale,* cit. pp. 52-53.

[126] Cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire: nascita della prigione* (1975), Einaudi, Torino 2011. Sul contesto italiano cfr. C. D. De Vito, *Camosci e girachiavi, Storia del carcere in Italia,* Laterza , Roma-Bari 2009.

[127] Cfr. Kirchheimer O., Rusche G., *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978.

[128] G. Zagrebelsky, *Postfazione* a *Abolire il carcere*, L. Manconi, S. Anastasia, V. Calderone, F. Resta, Chiarelettere, Milano 2015, p. 110.

priva è un bene, ossia un prezzo, uguale per tutti. Quantificando la pena secondo la variabile del tempo, è «naturale», appunto come l'uso del tempo"[129].

In effetti, l'avallo elargito dalla cultura penalistica al carcere rispondeva alla sua conformità con i rinnovati criteri sul dover essere delle pene una volta superato l'antico regime. Le nuove esigenze borghesi richiedono che la pena sia astratta ed formalmente uguale per tutti, e inoltre che sia "quantificabile e misurabile e perciò pre-determinabile legalmente e determinabile giudizialmente sia nella natura che nella misura"[130]. Questo aspetto è messo in rilievo da Luigi Ferrajoli:

> Questa tipizzazione e formalizzazione legale delle pene moderne è resa possibile dalla loro configurazione non più come *afflizioni* ma solo come *privazioni*: «privazione di diritti», secondo la formula di Filangieri e Pagano, e precisamente dei tre specifici diritti a tutela dei quali, come scrisse Locke, si costituisce e si giustifica lo Stato moderno: la vita, la libertà e la proprietà. I tre tipi di pene consistente nella privazione di questi tre tipi di beni o diritti [...] sono tutte configurabili, infatti, come formalmente *uguali*, colpendo in eguale misura e con lo stesso tipo di sofferenza, a prescindere dalle condizioni personali del reo e sulla base soltanto del tipo di reato[131].

Il principio di uguaglianza in ambito penale è stato sovradimensionato. Stando a un notevole postulato di Beccaria, l'obiettivo di vincolare le pene al rispetto del principio di uguaglianza non poteva essere colpire con lo stesso tipo di sofferenza i condannati, ma precludere le misure discriminatorie: "l'uguaglianza delle pene non può essere che estrinseca, essendo realmente diversa in ciascun individuo"[132]. La modernità accoglie il carcere e stigmatizza le afflizioni di antico regime in quanto "disuguali a seconda della sensibilità di chi li patisce e della ferocia di chi li infligge"[133]. Tuttavia il primo aspetto è inevitabile: la pena non è mai sentita ugualmente da tutti. Se si trattasse di cercare che la pena colpisce ugualmente a tutti, sarebbe esclusa la detenzione domiciliare perché c'è chi abita in una mangione e chi abita in una baracca. La pena, comunque sia, colpisce tutti in maniera diversa.

---

[129] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., p 211.
[130] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 386.
[131] *Ibid.*
[132] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit. cap. XXI, p. 51.
[133] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 385.

L'obiettivo ragionevole, garantista e moderno è che le pene non discriminino negativamente nessuno per condizioni sociali, di razza ecc.[134], e che non siano disuguali per la ferocia di chi le infligge. E mentre il carcere era elogiato per la sua conformità con i paradigmi borghesi di graduabilità e uguaglianza formale, veniva tralasciato il fatto che con esso, in quanto chiuso e opaco, si consegnava il reo alla ferocia dei carcerieri. Dietro la pretesa di uguaglianza formale della reclusione si nascondeva che "il carcere prima di tutto è segregazione"[135], e quindi emarginazione e discriminazione.

L'affermazione di una pena segregativa è stata possibile poiché la cultura penalistica ha espresso il suo apprezzamento nei confronti della segregazione, fino a farla apparire come una scelta civile: "la società deve proteggersi contro gli irrecuperabili; dal momento che noi non vogliamo né decapitare né impiccare, ne possiamo usare la deportazione, la possibilità che ci rimane è l'isolamento perpetuo, oppure a tempo indeterminato"[136].

Dal punto di vista teorico è stata avallata la classificazione dei delinquenti a seconda della loro pericolosità. E il pericolo che rappresentano alcuni soggetti è stato adottato come presupposto e come alibi per derogare nella pratica al principio di uguaglianza formale davanti alla legge. La scuola sociologica e la scuola positiva hanno precostituito diverse tipologie di delinquenti ed associato a ciascuna di esse un trattamento diverso: "*risocializzazione* dei delinquenti che di essere risocialiizzati abbiano bisogno e siano suscettibili", "*intimidazione* di quei delinquenti che non abbiano bisogno di risocializzazione" e "*neutralizzazione* dei delinquenti che di risocializzazione non siano suscettibili"[137].

La segregazione, dunque, diventava così, ed è tuttora, una scelta. Tale scelta ha ricevuto l'avallo della dottrina poiché rispondeva a determinati scopi di difesa sociale e di prevenzione speciale negativa. Lo stesso Von Liszt riconosce le colpe delle dottrine giuridiche sullo scopo della pena rispetto alla degenerazione della pena detentiva: "oggi il sistema delle pene, tanto in senso positivo quanto negativo, in particolare tutta la formazione e de-

---

[134] "Il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, secondo un'interpretazione restrittiva, imporrebbe al legislatore ordinario l'astrattezza e la generalità della normazione, in guisa da evitare quei provvedimenti specifici e privilegiati che costituiscono il retaggio di un'epoca storica ormai superata; secondo un'interpretazione estensiva, esso vincolerebbe il legislatore non solo ad un pari trattamento degli uguali ma, altresì, ad una diversificazione dei distinti o, almeno, data l'impossibilità di un perenne o completo adeguarsi del diritto al fatto, di ciò che è ragionevolmente differenziabile". F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 352.

[135] G. Zagrebelsky, Postfazione a *Abolire il carcere*, cit., p. 107.

[136] V. Liszt, *La teoria dello scopo,* cit., p. 56.

[137] Ivi, p. 53.

formazione della pena detentiva, costante caratteristica dei sistemi penali moderni fu reso possibile, iniziato e condotto a termine attraverso la lotta delle teorie relative contro le assolute, come pure delle prime tra di loro: in una parola, attraverso l'accentuazione degli scopi della pena[138].

Von Liszt ricordava la capacità del carcere di "adattarsi al raggiungimento di tutti gli scopi della sanzione". Effettivamente al carcere, in quanto rende disponibile il condannato, possono essere collegate praticamente tutte le finalità elaborate dalla teoria della pena: si può dire che risponde alla prevenzione generale negativa per l'effetto deterrente della sua minaccia, e a quella positiva per via della sua esecuzione, si può dire che il carcere può essere un mezzo per attuare una pena retributiva attentamente graduata a seconda dei particolari connotati di ogni reato, o che neutralizza i soggetti pericolosi, oppure che in esso si può rieducare e risocializzare il condannato.

Questi cose si possono e sono state dette, ma la prassi ha confutato quasi tutte. "Secondo i riformisti la prigione «può e deve» rieducare, secondo i reazionari essa «non deve» farlo anche se può, secondo gli utopisti «non può» farlo anche se vuole. Epperò, tutti sono d'accordo nel rilevare che, di fatto, almeno fino ad ora, il carcere non abbia riabilitato"[139]. E non ha nemmeno svolto un ruolo preventivo-generale o preventivo-speciale dei reati. Ma anche se un'indagine fosse in grado di dimostrare l'idoneità del carcere per il raggiungimento di un qualche scopo, quello di difesa sociale ad esempio, ancora non sarebbe stato raggiunto il livello di giustificazione dei suoi costi.

Se la deformazione della pena detentiva, per dirla con Von Liszt, è un prodotto anche dello scontro e dell'incontro delle dottrine sullo scopo delle pene, non è con nuovi intrecci fra essi che tale deformazione sarà superata. I problemi del carcere sono strutturali e riguardano il suo "se, perché, quando e come". L'appellativo di pena civile si è rivelato immeritato e nessuno scopo glielo può ridare:

> È giunto, mi pare, il momento di superare una vecchia e radicata ma insoddisfacente impostazione. Non è, infatti, accettabile che si faccia dipendere il grado di civiltà della pena detentiva - in genere, di qualunque pena - esclusivamente da quello delle funzioni ad essa assegnabili. Sicché il carcere sarebbe tanto più civile, quanto più capace di rieducare, e tanto meno civile, quanto più, invece, costretto a punire ed a controllare. Nel presupposto, tra l'altro, di una non superabile au-

[138] Ivi, p. 6.
[139] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., p 215.

tonomia, e di una reciproca esclusione, fra castigo e inabilitazione da una parte, e riabilitazione dall'altra[140].

Fra le poche certezze che ci sono rispetto al carcere. Una di esse è che la risocializzazione in un'istituzione totale[141] non è possibile. Alla base dal carcere, afferma Zagrebelsky,

c'è l'idea implicita che la società sia l'effetto di due forze contrastanti, una forza di aggregazione e una di segregazione. L'aggregazione universale, l'agape fraterna estesa a tutti può essere un nobile ideale, ma è un ideale utopico [...]. La socialità implica l'antisocialità. Tutti associati equivale a nessuna associazione. Affinché per alcuni vi sia convivenza, per altri deve esserci separazione, esclusione. Si può parlare di polarità di forze in equilibrio. L'una si appoggia all'altra. C'è una figura universale che esprime questa tensione tra il dentro e il fuori, ed è il capro espiatorio, una figura della psicologia collettiva che si presenta in forme diverse ma svolge sempre la stessa funzione di tenuta, rassicurazioni e autoassoluzione del gruppo sociale dalle proprie colpe attraverso la polarizzazione su di lui come unica vittima della violenza ch'esso cosa endemicamente[142].

Prendere atto di questa co-responsabilità della società implica, non la socializzazione della responsabilità penale attraverso il superamento del principio cardine di responsabilità individuale[143], ma la presa d'atto di alcune premesse fondamentali: che il carcere non è sempre esistito, che esiste ancora per una scelta politica, che in quanto prodotto umano lo si può riformare, rifondare o abolire e che il disinteresse totale rispetto a quello che accade al suo interno ci rende complici taciti della sua conclamata deformazione.

Se le carceri sono un problema, lo sono innanzitutto per noi, che ci interroghiamo sui caratteri della società in cui vogliamo vivere e sui principi ai quali diciamo di essere affezionati [...]. Parlando del carcere non parliamo solo dei carcerati: parliamo in primo luogo di noi stessi. Non ce ne si rende conto facilmente. Di solito si ragiona come se ci fossimo noi e loro, distanti gli uni dagli altri[144].

---

[140] Ivi, p. 232.

[141] Sulle istituzioni totali cfr. E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza,* Einaudi, Torino 2008.

[142] G. Zagrebelsky, Postfazione a *Abolire il carcere*, cit., p. 107-108.

[143] Su questa proposta di stampo marxista cfr. L. Ferrajoli, D. Zolo, *Marxismo e questione criminale*, in "La questione criminale", 1977, III, 1, pp.97-133.

[144] *Ibid.*

La questione del carcere è un problema dello stato di diritto e allora riguarda tutti noi. Ma certamente riguarda in prima linea gli attori della politica e della cultura giuridica[145]. Il cambio di paradigma sociale può avvenire dopo il cambio di paradigma giuridico. Se Beccaria avesse aspettato che la società fosse pronta per sentire parlare di dolcezza delle pene non lo avrebbe mai fatto.

Il ruolo dei giuristi, quindi, è determinante. La vicenda del carcere dimostra quant'è importante che il paradigma di legittimità delle pene sia esigente. Agli albori dell'affermazione del carcere come pena si esigeva che le pene fossero formalmente uguali, privative di diritti e graduabili. In questo contesto, il carcere, che proclama di limitare solo il diritto alla libertà personale, specificamente alla libera circolazione, si ammanta di legittimità in quanto, sulla carta, rispetta tutti questi connotati. Ma questo è solo il suo statuto teorico, smentito dalla realtà: non è uguale giacché lascia spazio a pratiche discriminanti; non priva di un solo diritto ma di tanti, di tutti; non è sempre personale perché si accetta che in carcere vadano a finire anche figli minori che patiscono la condanna imposta ai genitori, e in ogni caso, la sua potenza demolitrice non punisce solo il reo, ma frantuma tutti i suoi rapporti, devasta le famiglie. Resta solo il pregio della graduabilità, ma questo è un aspetto formale che all'interno di uno stato costituzionale di diritto non può bastare.

Occorre riportare i riflettori sul contenuto di questa pena com'è stato fatto 3 secoli fa rispetto ai supplizi. La gogna, la forca e il rogo non sono stati esecrati per aspetti formali. Anche oggi siamo chiamati a proscrivere le pene arbitrarie e incompatibili con i canoni di civiltà raggiunti a prescindere di qualunque possibile ragione di tipo utilitaristco per mantenerle.

4.2.2. *Indeterminatezza della pena carceraria*

La storia delle pene dimostra che non ci è dato presupporre l'astratta giustizia di nessuna pena. E invece continuiamo a farlo.

Come la natura distoglie il sano dal raffigurarsi i tormenti della malattia, l'uomo libero rifugge dall'immaginare la vita del recluso. Se il suo pensiero vi è per un momento attratto, subito l'idea

---

[145] Cfr. E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 2004.

della giustizia della pena lo tranquillizza e lo allontana. Ora è chiaro che la giustizia della pena non deve soltanto, come sempre avviene, essere oggetto di una indagine esterna alla pena, per cui ci si convinca, in genere, della giustizia dell'espiazione. Dovrebbe'essere oggetto di un'indagine interna alla pena, per cui ci si convinca della giustizia di quella pena. Ed è appunto l'indagine che tutti ricusiamo, accettando dogmaticamente le pene tradizionali[146].

Quell'indagine che continuiamo a ricusare deve essere fatta innanzitutto sul carcere dato che sul suo contenuto non ci sono certezze. L'informazione sulla sua sostanza è che il bene giuridico che si vuole limitare è la libertà personale. Ma è del tutto evidente che la libertà personale è un contenitore di diverse tipologie di diritti e allora questo dato non basta[147].

Mentre l'articolo 24 del codice penale contiene una definizione di cos'è la multa[148] che si apre con "la pena della multa consiste" (e lo stesso vale per l'articolo 26 che definisce l'ammenda), l'articolo 23, relativo alla reclusione, così come l'articolo 25, relativo all'arresto non stipulano nessuna definizione della pena detentiva, non stabiliscono il *che cosa* della pena, non ci dicono in cosa consistono queste due modalità punitive. L'esordio di queste disposizioni è "la pena di reclusione si estende", "la pena di arresto si stende". Sappiamo dunque quanto durano le pene detentive ma non in cosa consistono. Poiché in definitiva sulla sostanza della pena detentiva ben poco dicono entrambi gli articoli del codice, questa è una paradigmatica 'pena in bianco'. Esiste, dunque, un vuoto legale sul contenuto della pena detentiva, per cui le dottrine e le ideologie sulla finalità di esse hanno avuto un laboratorio per sperimentare, riempiendo il vuoto con programmi, percorsi e trattamenti che considerano il condannato come un oggetto da punire, da plasmare, non come un soggetto titolare di diritti.

Questo paradosso è il prodotto dell'approccio moderno della teoria della pena che ha scelto come parametro di legittimità delle pene la proporzionalità. L'esaltazione della proporzionalità, però, ha spostato il baricentro della riflessione teorica sulla forma appunto graduabile della pena, tralasciando l'analisi sul loro contenuto. La pena moderna si contraddistingue, nella sua forma, in quanto personale, uguale e proporzionale, e nel suo contenuto perché identifica il bene giuridico di cui priva il condannato. Indicare il bene giuri-

---

[146] P. Rossi, *La pena di morte. Scetticismo e dogmatica,* cit., p. 211.

[147] Cfr. A. Gaboardi. *et al.* (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, Torino 2013.

[148] "la pena della multa consiste nel pagamento allo Stato di una somma non inferiore a euro 50, né superiore a euro 50.000"

dico limitato si è trasformato in una tesi apodittica per cui indicare, per esempio, che le pene preventive privano del bene giuridico "libertà personale" dovrebbe di per sé dimostrare il contenuto di questo tipo di pena. Ma non è affatto così.

"La pena detentiva - scrive Palazzo - incide su un bene, quello della libertà personale, per sua natura per così dire «comprimibile». Conseguentemente, il contenuto afflittivo di detta pena varia a seconda della misura in cui si intende comprimere la libertà del condannato. Naturalmente, il legislatore può determinare il contenuto della pena detentiva fissandolo in modo invariabile, oppure può far sì che il contenuto limitativo della libertà possa mutare durante l'attuazione del medesimo tipo di sanzione"[149].

Quello che manca è proprio la predeterminazione legislativa che definisca come *deve essere* la pena detentiva. Che renda noto in cosa *deve consistere*. Come nel caso della pena pecuniaria. Certamente si potrebbe dire che risulta più semplice definire una pena pecuniaria che il carcere, poiché più intuitivo è il suo nucleo. Se è vero che non è intuitivo sapere *cos'è* il carcere, è altrettanto vero che quello che a noi interessa è come *deve essere* il carcere. Poco importa se è facile o difficile, ma finché il carcere c'è bisogna farlo. Fare ricorso al carcere è innanzitutto una scelta politica del legislatore, e tale scelta, come ogni altra, deve corrispondere a un progetto istituzionale che, sul piano politico sappia rispondere alle domande sul perché del carcere, e sul piano normativo renda noto e chiaro il quando e il come del carcere. "Il diritto è politica - ricorda Moccia - nell'ordinamento giuridico vengono formalizzate le scelte della politica"[150].

"Col nome di *detenzione* - scrive Carrara - esprimono dunque tutte le forme congeneri di punizione, consistenti nel chiudere il reo in un luogo di pena: alle quali si dà il nome speciale dal nome dato al ricovero: che secondo le sue varietà dicesi *prigione, carcere, casa di forza, casa di disciplina, casa di correzione, ergastolo, galera*, e simili. Tale varietà di nome non hanno un senso determinato che possa offrirne una nozione costante"[151]. Anche se spesso si parla della natura del carcere, esso non ha una natura propria e costante. E non ce l'ha proprio perché non è un prodotto della natura. Conviene sempre ricordare che "l'esistenza stessa di un sistema penale induce a trascurare la pensabilità di soluzioni alter-

---

[149] F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 232.

[150] S. Moccia, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in Id, *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2003, p. 123.

[151] F. Carrara, *Programma,* cit. § 670, p. 451.

native e a dimenticare che le istituzioni sono convenzioni sociali che non rispondono a un ordine naturale"[152].

Il carcere è quindi una convenzione umana, che come ogni altra, nel suo inizio risponde a determinate esigenze ma il suo concreto sviluppo sfugge al totale controllo umano. Il fatto che il suo sviluppo abbia avuto diverse sfaccettature è una conferma di quanto il carcere non abbia una natura che gli è insita. Prima era prevalentemente un luogo di custodia degli accusati in attesa di giudizio[153], mentre oggi è considerato come una pena principale, che, però, continua ad essere destinata anche alla custodia cautelare.

Anche se non ha una natura certamente si possono rilevare alcuni connotati piuttosto stabili. Carrara definiva la detenzione indicando che "comprende qualunque modo di punizione con cui si priva il delinquente della sua libertà col chiuderlo per un determinato tempo in un ricovero a ciò destinato"[154]. Egli inizia la sua definizione facendo riferimento a un modo, ma potremmo dire che la detenzione è innanzitutto una condizione a cui è sottoposto il condannato. Lo stesso termine, sempre declinato al passivo, indica la posizione del condannato. Mentre la parte attiva di detenere è attuata dall'autorità. Il secondo elemento stabile è presente nella seconda parte della definizione carrariana. Il carcere è innanzitutto un luogo, e più specificamente il luogo istituzionale dove si scontano le pene detentive. Questa è la sua particolarità.

Le pene di antico regime facevano riferimento diretto al suo modo di esecuzione: "l'annegamento, la soffocazione nel fango, la lapidazione, la ruota, lo smembramento, la vivicombustione, la bollitura, l'arrostimento, l'impalamento, l'immuramento, la morte per fame, la consunzione delle carni ferro rovente"[155], ma anche la gogna, il marchio.

Il carcere invece è un luogo. Una casa di reclusione, ai sensi dell'articolo 61 della legge n. 354 del 26 luglio 1975. Il fatto che sia un luogo implica che anche le norme edilizie sono fondamentali[156], e il fatto che sia un luogo istituzionale implica che lo stato deve prendersi le responsabilità non solo di come deve essere, ma deve anche garantire che la prassi cor-

---

[152] D. Garland, *Pena e società moderna*, Il saggiatore, Milano 1999, p. 42.

[153] Cfr. D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*, Il mulino, Bologna 1977.

[154] F. Carrara, *Programma,* cit. § 669, p. 450.

[155] Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 382.

[156] Su questo punto cfr. S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi (a cura di), *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Ediesse, Roma 2011.

risponda ai principi al cui rispetto è vincolata la sfera pubblica, primo fra tutti il principio di legalità. Invece proprio all'interno di un'istituzione che esiste ancora per volontà politica dello stato come luogo pubblico per eseguire le pene, lo stato (di diritto) non c'è.

Tutto ciò nonostante il diritto penale sia riconosciuto come un campo privilegiato, circondato di garanzie volte a tutelare la libertà di tutti dal pericoloso, terribile e odioso potere punitivo.

Generalmente si ritiene che tutte le leggi odiose, ossia quelle che impongono pesi ed oneri o quelle che restringono la libertà personale, vadano interpretate nel modo meno gravoso per l'onerato o per colui la cui libertà viene limitata (Si parla di *favor debitoris* e di *favor libertatis*). Ciò comporta che in queste materie c'è una spiccata predilezione per le argomentazioni a contrario e un netto sfavore verso le argomentazioni a simili o verso quelle argomentazioni, che, comunque servono ad estendere il significato letterale delle disposizioni. Tale esigenza è particolarmente sentita nel diritto penale. Si vuole affermare che in questo campo vige il c.d. "principio di tassatività"[157].

Il principio di tassativa, si è detto, è una *promessa non mantenuta*. E lo è anche l'interpretazione restrittiva delle norme che limitano la libertà. Va detto subito che è stata operata un'interpretazione estensiva proprio del concetto di 'libertà personale', mentre il principio di *favor libertatis* imponeva di intenderlo nel suo nucleo minimo, cioè la libertà di circolazione. L'interpretazione estensiva del bene libertà personale ha comportato che in carcere la regola sia la limitazione della maggior parte dei diritti e l'eccezione l'esercizio di alcuni pochi. La corte costituzionale riconosce il diritto alla libertà anche ai detenuti lasciando, però, del tutto indefinito l'orizzonte del suo esercizio in quanto lo rende subordinato all'astratto stato di detenzione. Secondo la n. 349 del 1993 il diritto alla libertà personale "opera anche nei confronti di chi è sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che lo stato di detenzione comporta".

Lo stato di detenzione, come il carcere stesso, deve essere definito dalla legge. Ogni istituzione carceraria risponde a dinamiche diverse per cui un astratto stato di detenzione non esiste; esistono, invece, tanti modi diversi di scontare la pena detentiva a seconda del paese, della città, del singolo istituto di reclusione. Subordinare l'esercizio dei diritti del

[157] C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 373.

detenuto alle condizioni dello stato di detenzione è un'ingiustificata operazione che fa prevalere l'essere rispetto al dover essere.

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana il condannato a una pena detentiva conserva un residuo di diritti e potrà esercitare i diritti compatibili con lo stato di detenzione. Ma occorre capovolgere la prospettiva: prestabilire legalmente gli obblighi e i divieti in cui consiste la sanzione e rendere lo stato di detenzione compatibile con l'esercizio dei diritti fondamentali e col rispetto della dignità umana. Ed è questa la prospettiva delineata dalle Regole penitenziarie europee che stabiliscono fra i loro principi fondamentali che "le persone private della libertà conservano tutti i diritti che non sono stati tolti loro secondo la legge con la loro condanna".

Che non sia stata ancora osservata questa norma è indicativo del fatto che la pena carceraria la si vuole elastica in modo tale da poterla modellare nella prassi a seconda delle esigenze correnti di politica criminale. In questo contesto arbitrario sono ammesse le critiche che segnalano che i condannati sono strumentalizzati per fini politici.

Se assumiamo la prospettiva proposta in questa analisi in cui il paradigma di legittimità delle pene è quello della minima pena necessaria, il condannato è considerato il soggetto della sanzione e la pena è considerata un insieme di obblighi e/o divieti prestabiliti tassativamente, vediamo che il carcere non supera questi filtri poiché è irriducibile a un insieme di obblighi.

Non è possibile, dunque, garantire che nella prassi il suo contenuto sia solo quello del suo statuto teorico di limitazione della sola libertà di circolazione[158]. Il suo contenuto reale è lasciato all'arbitrio delle singole istituzioni carcerarie, e dunque al governo degli uomini[159]. Ma anche se l'esecuzione della reclusione fosse del tutto regolamentata e affidata ai funzionari meno arbitrari, rimane il fatto che questo tipo di pena rende davvero difficile tracciare la linea di demarcazione fra legittima punizione ed eccesso punitivo. Amato fa notare che per riformare il carcere non basterebbero misure correttive in sede di esecuzione, tra cui la buona gestione di esso e il trattamento rispettoso da parte del personale di sicurezza:

---

[158] Cfr. D. Gonin, *Il corpo incarcerato,* Edizioni Gruppo Abele, Torino 1994.

[159] Cfr. L.Castellano, D. Stasio, *Diritti e castighi*. *Storie di umanità cancellata in carcere*, il Saggiatore, Milano 2009.

pure se i gestori del carcere cercano, quanto più possibile, di ridurne gli effetti negativi e di estenderne quelli positivi, comunque la reclusione «punisce», non solo *in quanto* privazione della libertà, ma anche *a causa* di siffatta privazione, e cioè per le conseguenze che ad essa si legano, se non per la volontà degli uomini, almeno per la necessità delle cose. Come dire, la misura dei patimenti che infligge eccede sempre la misura della libertà che sottrae[160].

Nello Stato costituzionale di diritto il contenuto delle punizioni non può affidarsi al caso. Questa è un'indebita deroga al principio secondo cui "alla sola legge e agli atti ad essa equiparati è [...] affidata la determinazione della pena"[161].

"Paradossalmente - scrive Moccia - più il carcere fallisce più ne aumenta la richiesta"[162]. Nonostante le resistenze culturali e giuridiche la produzione intellettuale sull'abolizione del carcere continua a diffondersi[163]. Stefano Anastasia ci ricorda quante "utopie concrete" rispetto all'abolizione di istituti giuridici sembravano irraggiungibili ma sono state realizzate. Anche il carcere può essere abolito e il carcere come lo conosciamo oggi deve essere abolito[164].

Foucault dichiara che il proposito dei suoi scritti era mostrare che "l'utilizzazione sistematica della prigione come forma principale della punizione non costituiva che un episodio storico e che, conseguentemente, si potevano considerare altri sistema di punizione diversi da quello"[165]. In ogni caso, il fatto che al diritto penale sia richiesto di prevenire condotte anche gravissime implica che siano prospettate anche sanzioni gravi. La prigione occupa oggi il posto di sanzione più grave nel sistema delle pene in quasi tutti gli ordinamenti occidentali. La sfida principale della teoria della pena oggi è progettare una sanzione deterrente, destinata ad essere associata alle ipotesi di reato più gravi, ma compatibile con i principi di tutela della dignità umana e dei diritto fondamentali del condannato. Pavarini osserva che "inevitabilmente, certo comprensibilmente, chi condivide la censura radicale della pena carceraria verrà incalzato dalla richiesta di esprimersi in favore di quale diversa modalità di contrasto al delitto vada la propria preferenza"[166], ma ricorda ai giustificazio-

---

[160] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., p. 190.
[161] F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 337.
[162] S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta*', cit., p. 142.
[163] Oltre ai già citati *No prison*, e *Abolire il carcere*, negli ultimi anni sono stati pubblicati in Italia anche: S. Cecchi, G, Di Rosa, T.E. Epidendio, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Liberilibri 2015; S. Ferraro, *La pena visibile. O della fine del carcere,* Rubbettino, Catanzaro 2013.
[164] In *Abolire il carcere*, cit. pp. 14.29.
[165] Intervista pubblicata in appendice a M. Foucault, *L'emergenza delle prigioni*, cit., p. 282.
[166] M. Pavarini, *Perfezione* a L. Ferrari, *No prison*, cit., p. 10.

nisti delle risposte penali ai reati che sono loro coloro che debbono avanzare delle proposte, non certo chi critica la reazione penale al reato, altrimenti si inverte l'onere della prova.

Quale sanzione dovrà sostituire la pena carceraria come la consociamo oggi non è un tema semplice[167]. Su questo punto, però, occorre tenere conto del fatto che comminare pene detentive è una prerogativa del diritto penale alla quale sembra che non rinuncerà in temi brevi. Le riforme più urgenti[168], dunque, sono quelle relative a riportare alla legalità le diverse manifestazione delle pene detentive, soprattuto, finché c'è, della sua modalità più afflittiva, il carcere appunto. In prospettiva del superamento del carcere attraverso la rifondazione razionale del sistema punitivo e la costruzione di una piramide delle pene, una volta escluse la pena di morte e le pene corporali poiché fanno diventare il condannato il mero oggetto della punizione[169], sembrerebbe che la cuspide della piramide è destinata a una pena detentiva. E specificamente a un luogo istituzionale per la sua esecuzione. Sul quale converrebbe cambiare denominazione, ma soprattutto cambiare la sua sostanza. L'ordinamento penitenziario fa riferimento al termine casa per parlare dei luoghi di reclusione, e sarebbe auspicabile che il suo interno fosse il più simile possibile a un luogo di abitazione, dunque, senza celle e senza sbarre. Un luogo reso il più possibile come sola restrizione della libertà di circolazione senza previa autorizzazione. Una pena del genere deve essere associata soltanto alle ipotesi di reato più gravi. "Non tutti gli illeciti penali possono o debbono essere puniti con il carcere. Se soltanto le trasgressioni particolarmente gravi meritano di costituire reati, solo i reati particolarmente gravi meritano la risposta del carcere, che, come si è detto, comporta i più alti prezzi umani ed economici"[170]. Ma anche il carattere di *extrema ratio* del diritto penale e del carcere è una promessa non mantenuta.

Su questa pena *extrema*, come su ogni pena, gli obblighi che impone lo Stato Costituzionale di diritto richiedono che essa sia tassativa, non sia segregativa e non consista nella consegna di anima e corpo a un'istituzione totale. Non può rappresentare un'altra realtà nella quale il tempo si fermi[171]. Non può essere una condizione di assoggettamento totale

---

[167] Cfr. E. Dolcini, C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative?: le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano 1989, T. Padovani, *L'utopia punitiva,* Giuffrè, Milano 1981.

[168] Cfr. L. Eusebi, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?. Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2002, 1.

[169] Cfr. F. Corleone, A. Pugiotto, *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere,* Ediesse, Roma 2012; S. Anastasia, S., F. Corleone*, Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona,* Ediesse, Roma, 2009.

[170] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., p. 220.

[171] Cfr. S. Riccardi, *Cos'è il carcere,* Derive approdi, Roma 2015, p. 15.

alla quale il condannato è sottoposto. Che il contenuto della pena di reclusione sia lasciato nelle mani di autorità diverse da quella legislativa, come accade oggi, si pone in netto contrasto con la più grande portato dell'illuminismo: il governo delle leggi.

Il potere di punire attraverso la reclusione deve avere le caratteristiche di quello che Max Weber descrive come «potere legale», e che coincide del tutto con il progetto riformatorio illuminista: "che ogni diritto sia nella sua essenza concorso di *regole* astratte, e di norme statuite di proposito, che la giurisdizione costituisca l'applicazione di queste regole al caso particolare, e l'amministrazione rappresenti la cura razionale di interessi prescritti dagli ordinamenti del gruppo, entro limiti imposti dalle regole giuridiche e secondo principi generalmente accettate"affinché "colui che deve obbedire, obbedisca solo come consociato, e soltanto "al diritto"[172]".

"l'idea della impersonalità del comando della legge - scrive Cattaneo - , è una delle caratteristiche del potere legale. Uno dei fondamenti della concezione giuridica illuministica è quindi l'idea della sovranità della legge, della sottoposizione degli uomini alla legge, della liberazione dell'uomo da ogni dipendenza personale"[173]. La reclusione non può essere una deroga del principio di impersonalità del comando: deve punire la legge a seconda delle gravità dei reati, non l'amministrazione a seconda della personalità dell'agente, non i direttori degli istituti di reclusione a seconda di una politica di governo del carcere.

Se si vuole mantenere il carcere come pena, oltre alle urgenti riforme edilizie, e quelle rivolte alla depenalizzazione, decarcerizzazione, assoluta esclusività per i reati più gravi, e al numero chiuso, è necessario acquisire consapevolezza del dovere di circoscrivere, nella misura del possibile, i diritti che saranno limitati e tutelare tutti gli altri, e di consentire a questi fini l'ispezione da parte del governo e il controllo di un'autorità indipendente. Tutte queste misure, così come la proliferazione di carte dei diritti dei detenuti, la giurisdizionalizzazione della fase esecutiva e la proposta di un garante dei detenuti sono solo garanzie secondarie per contenere questa pena.

Occorre sottolineare che il primo compito istituzionale è quello di definire il suo dover essere: da una parte i suoi limiti negativi imposti dalla dignità, e dall'altra la sua sfera di azione, indicando il suo nucleo.

---

[172] M. Weber, *Economia e società*, cit., p. 174.
[173] M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 15.

Finché il carcere c'è bisogna esigere che sia riportato alla legalità. "Il carcere applicato in quanto previsto da regole ed applicato secondo le regole che lo prevedono. Il carcere come effetto ed oggetto di norme. Ecco, mi pare, la strada per la sua vera, radicale riforma, la sua rifondazione, la sua legittimazione"[174]. "Dunque meno carcere - scrive Amato -. Ma anche un carcere migliore. Che, poi, è la stessa cosa, perché il carcere è tanto migliore quanto è meno come quantità e come qualità. Se, dunque, vogliamo arrivare ad una pena più umana della prigione, cominciamo con il fare della prigione una pena più umana"[175]

4.4.3. *Lo stato di detenzione nello Stato di diritto*

La garanzia delle libertà dei cittadini è un compito primario dello Stato di diritto, nel quale "la libertà individuale costituisce la regola, mentre la punibilità è l'eccezione e la pena l'*ultima ratio*: questo rapporto viene garantito dalla frammentarietà del diritto penale e, cioè, dalla determinatezza della fattispecie"[176].

"Con espressione invero felicissima - afferma Palazzo - si è detto che caratteristica propria del diritto penale deve essere la sua «frammentarietà», nel senso cioè che le varie norme incriminatrici non debbono porsi l'una accanto all'altra senza soluzioni di continuità, così da identificare un campo di illiceità uniforme, continuo, di qui è impossibile scorgere i confini"[177].

Secondo questo principio il diritto penale nell'esercizio del suo potere proibitivo deve autodisciplinarsi al rispetto di limiti che consentano di circoscrivere i confini della sfera del proibito. La teoria del diritto penale minimo richiede, poi, che quella sfera sia ridotta al minimo possibile e che la sfera della liceità sia invece ampia. La frammentarietà del diritto penale rappresenta un limite per arginare le tendenze espansive del potere punitivo:

> il procedimento analogico, attraverso successive similitudini, porterebbe ad estendere senza limiti il campo del punibile, poiché il giudice penale, a differenza di quello civile, non trova un limite all'espansione della repressione nelle posizioni contrastanti delle parti. La frammentarietà del diritto penale, dunque, è ciò che garantisce la sua conciliabilità col principio di libertà, ed è attuata

[174] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere*, cit., p. 237.
[175] Ivi, p. 232.
[176] *Ibid.*
[177] F. Palazzo. *Il principio di determinatezza,* cit., p.172.

proprio dalla determinatezza di formulazione delle singole fattispecie, che - se «ben delimitate» - risultano l'un l'altra separate da più o meno ampie zone di liceità[178].

Anche se queste acute osservazioni sono perlopiù funzionali ad argomentare l'importanza della *tassatività dei presupposti delle pene*, è evidente che la *tassatività dei connotati delle pene* richiede altrettante garanzie di libertà. Considerando che "la mancata descrizione legislativa dei comportamenti ritenuti offensivi consente al potere statale di valutare l'offensività di *qualunque possibile azione*"[179], nella stessa misura, la mancata formulazione teorica di regole chiare sui diritti che si ritiene possano essere limitati dalle pene consente, da una parte, che il legislatore possa comminare *qualunque possibile sanzione*, e dall'altra, che le autorità incaricate dell'esecuzione delle pene possano *limitare qualunque possibile diritto* del condannato. Applicando lo stesso ragionamento alla teoria della pena - prendendo in prestito le parole di Palazzo e sostituendo i riferimenti relativi alla fattispecie con quelli relativi alle pene - potremmo dire che l'imprecisione e l'eccessiva elasticità nella formulazione del contenuto delle pene fa sì che la soggezione del condannato diventi un *continuum* nel quale il valore della libertà viene sospinto e compresso ai margini del sistema.

Questa comprensione della libertà è tipica del carcere, nel quale la limitazione dei diritti del condannato è un *continuum* che non consente di distinguere la sua sfera di autonomia. L'articolo 27 terzo comma della costituzione italiana dichiara un rispetto per la vita non solo come esistenza biologica, ma come esistenza circondata da determinate condizioni rispettose della dignità della persona. La totale soggezione del condannato, invece, comprime la vita a mera esistenza biologica. Il rispetto alla vita che ha portato all'abolizione della pena di morte dovrebbero portare all'abolizione di ogni irragionevole eccedenza afflittiva delle pene.

Le eccessive limitazioni che il carcere comporta, soprattutto nella sua modalità di carcere duro, continuano ad essere giustificate in relazione allo scopo di difesa sociale. Tuttavia occorre tener conto del fatto che "come dietro l'idea di un diritto penale necessariamente frammentario sta l'ideale della libertà individuale, dietro l'idea di un diritto penale privo di soluzioni di continuità premono esigenze di difesa sociale e di tutela di interessi, sovente

---

[178] *Ibid.*

[179] Ivi, p. 174.

ricondotti al valore della giustizia sostanziale, ma fatalmente coincidenti con la tutela del potere"[180]. I principi di determinatezza e di tassatività, invece, vogliono tutelare l'individuo contro il potere.

Palazzo si chiede se l'art. 25 del codice penale impone "l'integrale rispetto della legalità e del principio di giurisdizionalità nell'esecuzione penale", dato che l'adozione dello scopo rieducativo comporta prediligere una fase esecutiva flessibile in modo tale da poter individualizzare la pena considerando i connotati del caso singolo. Egli risponde che "sembra indubbio che evidenti imprescindibili esigenze di garanzia e di uguaglianza premono per l'osservanza, nella misura in cui è possibile in tal materia, sia del principio di legalità con il corollario della sufficiente determinatezza dei criteri cui debbono attenersi gli organi dell'esecuzione, sia del principio di giurisdizionalità"[181]. Invece, nella prassi, la fase esecutiva della pena carceraria è lasciata all'arbitrio.

Rispetto al vuoto legale degli articoli del codice penale sulla reclusione e sull'arresto, egli ha rilevato che "sono le norme sull'esecuzione della pena, e in particolare quelle concernenti le sanzioni disciplinari, che determinano il contenuto della detenzione" e che "la legge 26 luglio 1975 n. 354, contenente norme sull'ordinamento penitenziario (art. 39), ha operato l'adeguamento della normativa, che prima era contenuta nel regio decreto 29 giugno 1931 n. 787, al dettato costituzionale"[182]. Tuttavia egli stesso rende conto del massimo grado di indeterminatezza del regime di trattamento penitenziario:

> invero non è facile per l'interprete, anche solo rintracciare nel complesso normativo una concreta e puntuale disciplina del trattamento, che di questo ultimo faccia non già una suggestiva formula, ma uno strumento efficace per il recupero del reo. I testi normativi fanno solamente sapere che esso ha come scopo immediato quello di «promuovere un processo di modificazione degli atteggiamenti che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale» (art. 1/2 due Reg.), in modo da prendere come scopo ultimo il «reinserimento sociale» dei condannati ed internati (art. 1/6 legge), si sa poi che deve «rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto» (art. 13/1 legge) e che ne sono elementi o strumenti l'istruzione, il lavoro, la religione, le attività culturali, ricreative e sportive, gli «opportuni» contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia (art. 15/1 legge). Sulla base di questi dati normativi, oltre che di quelli criminologici forniti dall'osservazione scientifica della personalità, viene formulato il programma di trattamento individualizzato[183].

---

[180] Ivi, p. 172-173.

[181] Ivi, p. 233.

[182] Ivi, p. 232.

[183] Ivi, p. 235-236.

L'indeterminatezza del contenuto della pena detentiva, quindi, è massima. Finché tale è lo stato delle cose non si può sostenere che il regime della pena detentiva sia stato costituzionalizzato. Affrontare la questione carceraria a partire da un'ottica costituzionale implica analizzare il rapporto fra carcere e tutela dei diritti. Benché ogni pena consista in una menomazioni di diritti, infatti, un sistema garantista deve assicurare a chiunque subisca una pena la tutela di tutti diritti la cui menomazione non sia espressamente prevista dalla legge penale. In altre parole, deve tutelare il condannato dall'eccedenze afflittiva della pena.

Rispetto alla pena detentiva, la sfera della libertà personale la cui limitazione è costituzionalmente legittima è piuttosto chiara; e la sua chiarezza consente di delegittimare come eccesso ogni altra afflizione supplementare: il diritto limitato consiste nella libertà di movimento. Il condannato è obbligato a vivere in uno spazio ristretto. Le Regole penitenziarie europee stipulano che "le restrizioni imposte alle persone private di libertà devono essere ridotte allo stretto necessario", e il nucleo stretto necessario al quale deve essere ridotta la pena di reclusione è il divieto di circolazione esterna al luogo di detenzione senza previa autorizzazione. Il condannato può muoversi libero all'interno del luogo di detenzione, ma non fuori da esso. La cella, dunque, sarebbe, secondo la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, un luogo di pernottamento.

Mi pare che occorra riflettere sulla portata afflittiva di questa sanzione, partendo da una domanda radicale: quali sono i diritti individuali con cui essa interferisce? Per rispondere a questa domanda ho sfruttato le categorie analitiche elaborate da Ferrajoli e sono giunta a distinguere tre classi di diritti.

1) Esistono diritti che consistono in immunità fondamentali: che consistono in aspettative di non lesione. Diritti di cui non è possibile – logicamente e non solo costituzionalmente – parlare di limitazione, perché toccarli significa violarli. Sono diritti tutelati o violati. *Tertium non datur*. Gli esempi paradigmatici di questa tipologia sono quei diritti privi di esercizio. Mi riferisco a diritti quali l'immunità da torture e la libertà di coscienza, garantiti dal divieto assoluto di interferenze pubbliche o private. Ma appartengono a questa categoria diritti il cui esercizio è invece possibile, come il diritto ad essere informati: esercitabile attraverso l'acceso ai mezzi di comunicazione. La tutela di questi diritti richiede forti garanzie di fronte alle esorbitanze della pena detentiva. La trattazione tradizionale delle garanzie

dei diritti di immunità nel senso di assenza di interventi altrui non basta per coloro che si trovano dietro le sbarre.

Il carcere è, per dirla con Amato, "una delle più nocive istituzione totali"[184], che consacra corpo ed anima nelle mani dei carcerieri. Beccaria scrisse che "le pene pecuniarie accrescono il numero dei rei al di sopra di quello de' delitti" giacché patiscono i suoi effetti anche gli innocenti a carico del condannato. Ebbene, il carcere accresce il numero delle pene al di sopra di quello dei rei. Un reo, una pena (tassativa, temporanea e tendenzialmente riparabile). Questo dovrebbe essere un principio dello stato costituzionale di diritto. Ma invece oggi è accettato passivamente non solo il cumulo di molteplici pene di tipologia diversa, ma anche il cumulo di molteplici pene sotto l'etichetta unitaria della pena carceraria. Il "multiforme sovraccarico di punizione" insito nella pena carceraria, l'*overkill* atomico che non limita la libertà di circolazione ma priva della libertà personale nella sua integrità, per cui "la misura dei patimenti che infligge eccede sempre la misura della libertà che sottrae"[185], viola la matematica garantista.

Il modello di carcere totalizzante e opaco che vige incontrastato ai nostri giorni[186] implica che "perfino l'appagamento dei bisogni più semplici, più elementari, talvolta anche più essenziali come [...] scrivere una lettera, fare una telefonata, parlare con una persona, comprare o ricevere un libro [...], comporta una valutazione, in certi casi, addirittura una istruttoria, e si conclude con una decisione dell'autorità competente, talvolta positiva, ma talaltra negativa, sempre, comunque, nell'attesa e nell'incertezza angosciose dei reclusi"[187]. Allora si capisce che all'interno di una istituzione totale, afflittiva "*in quanto* privazione della libertà ma anche *a causa* di siffatta privazione"[188], non esistono diritti garantiti dalla semplice assenza di interferenze altrui.

I diritti di immunità sono relativi a "libertà da". La configurazione della portata di questi diritti è il prodotto delle sofisticate distinzioni teoriche, al cui perfezionamento ha dato un prezioso contributo la filosofia analitica. Luigi Ferrajoli, sulla scia dei *Due concetti di libertà* di Isaiah Berlin, distingue la *liberty from* dalla *liberty of:* il primo tipo di libertà, cor-

---

[184] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere,* p. 191.

[185] Ivi, pp.189-190.

[186] Cfr. E. Gallo, V. Ruggiero, *Il carcere immateriale: la detenzione come fabbrica di handicap*, Sonda, Torino 1989.

[187]N. Amato, *Diritto, delitto, carcere,* p. 192.

[188] *Ibid*.

risponde alla cosiddetta *libertà negativa*, che Ferrajoli chiama anche libertà passiva "definita dall'esistenza di una correlativa modalità: del divieto di lesioni o restrizioni o impedimenti in capo ad altri soggetti e perciò di una limitazione della libertà di questi ultimi"[189]. La seconda tipologia è relativa a una libertà positiva "cioè una libertà attiva cui non fa riscontro alcuna aspettativa, né positiva né negativa in capo ad altri soggetti"[190]. Berlin, l'antesignano di questa distinzione, definisce il primo tipo di libertà come "l'area entro cui una persona può agire senza essere ostacolata da altri"[191]. Ferrajoli definisce, da una parte, le "libertà da" come "i diritti primari di immunità", consistenti in "semplici aspettative negative o immunità, come il diritto alla vita e all'integrità personale, l'*habeas corpus*"; e, dall'altra, le "libertà di" come "i diritti primari facoltativi" consistenti "anche in facoltà di semplici comportamenti (e non di atti giuridici), come le libertà di parola, di stampa, di associazione, di riunione e simili"[192]. Invero, anche i diritti di libertà attiva hanno una componente negativa nel senso che implicano l'aspettativa "garantita dal relativo divieto, di non essere ostacolati nel [loro] esercizio"[193]. Insomma, mentre i diritti attivi sono anche libertà negativa, i diritti di immunità sono rappresentate come "*solo* (diritti o) libertà negative"[194].

La differenza principale rispetto al modo di tutelare queste libertà è che "la prima è la libertà-immunità quale «non impedimento» o «non costrizione» assicurata perciò dal divieto in capo ad altri di violarla. La seconda è una libertà-facoltà quale «autodeterminazione o autonomia», consistente perciò nell'assenza di obblighi o divieti che ne vincolino l'esercizio"[195].

Spiega Ferrajoli che

> l'asimmetria strutturale tra la «libertà da» (o «libertà negativa») e la «libertà di» (o di «libertà positiva») può essere identificata nel fatto che la prima, consistendo nell'aspettativa negativa dell'omissione di comportamenti altrui, implica [...] la *presenza* del divieto (e perciò della limitazione

---

[189] L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol I, p. 157.

[190] *Ibid.*

[191] I. Berlin, *Due concetti di libertà* (1958), a cura di M. Santambrogio, Feltrinelli, Milano 2000, p 12.

[192] L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol I, p.743.

[193] *Ibid.*

[194] *Ibid.*

[195] Ivi, p. 158.

della libertà) in capo ad altri di tali comportamenti; mentre la seconda, consistendo soprattutto in una facoltà di comportamenti propri, implica [...] l'*assenza*, in ordine a tali comportamenti, di aspettative positive o negative altrui[196].

Su questo punto, il divieto implicato dalle libertà negative, è relativo non soltanto alla limitazione della *libertà* in capo a terzi ma anche ai *poteri*, soprattuto quelli pubblici.

Queste distinzione hanno permesso a Ferrajoli di approfondire nell'elaborazione teorica dei connotati dei diritti individuali e dei diritti sociali, consistenti i primi in aspettative negative e i secondi in aspettative positive. "Consistendo gli uni in aspettative negative e gli altri in aspettative positive, i due tipi di diritti corrispondono a tecniche diverse di tutela della *sicurezza* delle persone. I diritti individuali [...] garantiscono una sicurezza per così dire negativa, cioè contro violenze, o censure o impedimenti da parte di altri soggetti, sia pubblici che privati. I diritti sociali garantiscono invece una sicurezza per così dire *positiva*, cioè grazie a prestazioni o servizi da parte di altri soggetti, di solito pubblici ma anche, talora, privati"[197]. I primi richiedono uno stato di diritto minimo "perché deputato a garantirne la non violazione", i secondi esigono uno stato sociale di diritto *massimo* "perché deputato altresì a garantire la loro soddisfazione"[198].

Le libertà negativa, dunque, si tutela attraverso i divieti di non fare[199] e richiede "*garanzie liberali negative*, cioè consistenti in divieti, coerentemente con il fine dello Stato liberale che è quello di preservare, non peggiorandole, le condizioni naturali di vita delle persone, attraverso la tutela delle loro immunità e libertà fondamentali". Mentre i diritti sociali si garantiscono anche attraverso vincoli che impongono obblighi di fare.

Si tratta di un perfezionamento dell'elaborazione teorica esposta in *Diritto e ragione*, dove venivano distinti i "diritti di" consistente in *facultates o protestates agendi*, e i "diritti a", consistenti in aspettative positive di comportamenti altrui. Tuttavia, è stato proprio il riconoscimento di quella tipologia di diritti che non consistono né in "diritti di" né in "diritti a" che Ferrajoli ha approfondito ulteriormente nelle distinzioni, puntualizzando che le immunità sono solo mere aspettative di non lesione.[200]

---

[196] Ivi, p. 160

[197] Ivi, p. 746.

[198] *Ibid.*

[199] "Gli uni sono garantiti da obblighi di prestazioni [...] gli altri lo sono da divieti di lesioni". Ivi, p. 645

[200] Cfr. la nota 33 del capitolo III di Principi iuris, vol. I, cit. p. 716.

2) Esistono diritti che consistono essenzialmente in libertà attive strettamente connesse alla libertà di circolazione, la cui sospensione, dunque, entra in conflitto con le condizioni spazio temporali imposte dalla pena detentiva. Come risolvere il conflitto è un problema giuridico. Il primo principio per risolverlo il conflitto fra reclusione e tutela dei diritti del detenuto è che può essere limitato soltanto il diritto indicato dalla legge che sanziona il reato commesso, se tale sanzione non fa riferimento in concreto a una certa libertà, allora, essa non può essere limitata in sede esecutiva; oppure, se la norma fa riferimento a un'astratta restrizione della libertà personale, quest'ultima deve interpretarsi come sola restrizione della libertà di circolazione e, di conseguenza, si deve promuovere la tutela delle altre '*libertà di*' del condannato. Fra le libertà attive, una in particolare risulta limitata come conseguenza necessaria della reclusione: la libertà di domicilio. Le altre libertà attive, come la libertà di riunione in luoghi pubblici, per esempio, può essere esercitata a seguito dei rispettivi permessi. Il rispetto per la vita non come semplice esistenza biologica implica che nemmeno la sanzione più grave dell'ordinamento può essere totalizzante. L'esercizio delle libertà attive dovrebbe costituire il primo presupposto dei permessi per uscire dal luogo di reclusione.

3) Inoltre esistono diritti fondamentali, e in quanto tali molecolari, che consistono sia in aspettative di non lesione che in aspettative positive di prestazioni, che non devono risultare compromessi in quanto il loro nesso con la libertà di circolazione non è strutturale e quindi potrebbero essere esercitati sia in carcere, predisponendo i luoghi a ciò adatti, che fuori, a seguito dei rispettivi permessi. Dai diritti sociali ai diritti politici; dal diritto di libera associazione al diritto di accesso alla giustizia. Un esempio interessante è l'esercizio della libertà sessuale. In quando nessuna sanzione limita questo diritto essa dovrebbe essere esercitata all'interno del carcere entro i limiti imposti dall'ordinamento, ma non dal sovraffollamento o dalla gestione arbitraria delle singole istituzioni carcerarie. È in questi casi che allo stato è richiesto di fare un passo indietro rispetto alla espansione del suo potere punitivo, e un passo in avanti rispetto alla tutela dei diritti del condannato. Opzioni paradigmatiche, in questa prospettiva, si riscontrano in materia di pena pecuniaria. Poiché essa non può compromettere il diritto alla sussistenza, nei casi che lo richiedano, la somma da pagare può essere rateizzata e/o ridotta. Lo stesso passo indietro dello Stato per assicurare

la tutela dei diritti individuali potrebbe verificarsi rispetto alla pena detentiva. Ed è questa l'unica via per renderla compatibile con i principi dello Stato Costituzionale di diritto.

Nella mirabile *Prefazione* a *Diritto e ragione*, Bobbio ci ricorda che "la battaglia in difesa del garantismo è pur sempre, malgrado le solenni dichiarazioni di principio non sempre confortate dai fatti, una battaglia di minoranza. Proprio per questo tanto più difficile e bisognosa di essere combattuta con armi temprate ed affilate"[201]. Le garanzie che riguardano nello specifico la pena, come la proporzionalità e la commisurazione in ragione della colpevolezza, nella prassi non sono altro che armi arrugginite di fronte alla vocazione espansiva dell'esecuzione delle pene. La cultura giuridico-penale continua ad accettare che in relazione al carcere si parli di restrizione della *sola* libertà personale, pur sapendo che la reclusione eccede smisuratamente tale definizione. Occorre che la rifondazione del luogo istituzionale per l'esecuzione della pena di reclusione passi attraverso un cambio di paradigma che parta dal presupposto che la reclusione risulta già molto afflittiva, anche se dovesse consistere nel solo obbligo di non circolare fuori dal carcere senza previa autorizzazione. La reclusione implica non poter decidere autonomamente dove andare e quando farlo e questa è una pena altamente afflittiva che può, dunque, svolgere il suo ruolo di pena più grave dell'ordinamento.

Proprio la definizione tradizionale di *pena* come privazione di diritti subita passivamente e consistente in obblighi di non fare, sviluppata come difesa contro la sregolatezza delle afflizioni di antico regime, si è anch'essa arrugginita, poiché, alla fine, la pena diventa tutt'uno con la costrizione, con l'impedimento giuridico attraverso le interazioni e con l'impedimento fisico attraverso la reclusione. Anche la promessa di bandire le pene corporali non è stata mantenuta. La reclusione è la sede della soggezione totale e questo è incompatibile con i principi che vigono nello stato costituzionale di diritto.

Un cambio di paradigma che non si accontenti di proclamare che la reclusione limita soltanto la libertà di circolazione, ma che si proponga di sviluppare le garanzie affinché le limitazioni siano le minimi possibili, apre il dibattito rispetto ai servizi che possono essere presenti nel luogo di reclusione. Se la pena, fondamentalmente, consiste solo nel non poter uscire a piacimento da un determinato luogo, allora non si deve aggiungere la pena di non poter essere raggiunto in quel luogo dai propri cari, il che richiede il rispetto assoluto del

---

[201] N. Bobbio, *Prefazione* a *Diritto e ragione*, cit., p. IX.

principio di territorialità dell'esecuzione della pena, e nel caso che, per via del rispetto alla regola del numero chiuso, non sia possibile scontare la pena nel luogo di abitazione per mancanza di spazio, il passo indietro dello Stato deve consistere nella sostituzione della pena di reclusione con un'altra modalità di pena detentiva: semilibertà, detenzione domiciliare. Non si può aggiungere la pena di non poter avere incontri, in luoghi a ciò adatti, con i figli, con il proprio partner. O la pena di non poter essere informati, di non poter informare. Considerare la pena di reclusione soltanto come un divieto di circolazione esterna al carcere apre il dibattito sui beni che possono circolare all'interno di quel luogo.

A riguardo si può assumere la prospettiva che amplifica il contenuto della reclusione e che fa delle limitazioni ai servizi in carcere la regola. Il motto di questo approccio è che il carcere "deve essere un carcere e i detenuti devono saper fare il loro mestiere". Era questa la prospettiva di Armida Miserere, che dichiarava di essere "una dura che non dirige certo un grand hotel"[202]. E il primo problema nell'approccio a questo tema sta lì: il tema dei servizi offerti in carcere non può essere una questione amministrativa su cui decidono i direttori delle carceri. È un problema legislativo rispetto ai diritti di cui si ritiene che possano essere limitati durante la reclusione e quali no. In questo orizzonte ogni Caino non ha più *il diritto ad avere diritti*[203] né di usufruire dei servizi che fuori dal luogo di reclusione si ritengono leciti. Vale il principio *chi sbaglia paga*, ma "non si paga in questo modo - scrive Roberto Saviano sulla situazione delle carceri in Italia -. Non si paga defecando e cucinando nello stesso metro quadrato. Non si paga vivendo senza acqua calda e riscaldamento. Non si paga perdendo dignità"[204]. Ma questo non è altro che un modello di reclusione, lontano da quello che il dover essere costituzionale impone. Assumendo un'altra prospettiva, secondo cui la regola è la libertà e l'eccezione sono le limitazioni ad essa, la conclusione a cui si giunge è che tutti i beni leciti possono circolare nel luogo di reclusione: libri, giornali, computer con accesso a internet. Negare questi servizi alle ipotesi di reato più gravi,

---

[202] Sono queste le risposte offerte da Miserere in un'intervista al settimanale del Corriere della sera "Io Donna" il 15 novembre 1997. Consultabile nel sito http://www.iodonna.it.

[203] Prendo in prestito questa espressione dall'omonimo libro di Rodotà. Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Roma-Bari 2013.

[204] R. Saviano, *Dentro Poggioreale*. *Se questo è un carcere.* Articolo pubblicato su Repubblica il 15 novembre 2015. Nell'articolo si rendono pubbliche le foto che Valerio Bispuri ha scattato nel carcere di Poggioreale. L'articolo è disponibile nel sito: http://www.repubblica.it/cronaca/2015/11/15/news/saviano_dentro_poggioreale_se_questo_e_un_carcere-127389825/.

quelle punite oggi con la modalità di carcere duro, è una scelta politica, che, però, non può essere estesa a tutti i reclusi.

Un altro modello carcerario è quello, ad esempio, delle carceri di Europa del Nord. In particolare Bastoy, in Norvegia[205]. Il modello Bastoy suggerisce come deve essere il luogo di esecuzione della pena detentiva: pochi reclusi, senza celle, senza sbarre, con libera circolazione e autodeterminazione all'interno, regolari permessi, molteplici servizi e interazione non autoritaria col personale amministrativo, aderenza a un percorso rieducativo per scelta, personale competente e sensibile. La scelta di aspettare di avere il reddito procapite norvegese e i tassi di delinquenza norvegesi per rispondere in modo così civile al reato ci consegna a un assurdo circolo vizioso che ci impedisce di investire nella civiltà perché non siamo ancora civili. Bobbio, richiamandosi a Kelsen, ci ricorda che, in politica, la nostra passività decreta i nostri fallimenti:

> egli rimprovera i politici di non aver fiducia nella virtù della forza del movente morale, e di ripetere «il mondo è andato sempre così com'è andato sinora». Costoro, commentava, con questo loro atteggiamento fanno sì che l'oggetto della loro previsione, vale a dire l'immobilità e la monotonia ripetitiva della storia, si avveri. In tal modo ritardano ad arte i mezzi che potrebbero assicurare il progresso verso il meglio. Rispetto alle grandi aspirazioni degli uomini di buona volontà siamo già troppo in ritardo. Cerchiamo di non accrescerlo con la nostra sfiducia, con la nostra indolenza, con il nostro scetticismo. Non abbiamo molto tempo da perdere[206].

Dovremmo essere consapevoli del fato che non possiamo trincerarci più dietro la concezione ideologica della giustizia della pena che retribuisce il male col male. Dovremmo anche abbandonare la prospettiva di noi e loro: le carceri sono la cartina di tornasole dello stato della democrazia di un paese e lo stato della democrazia riguarda tutti noi. Ma se questo argomento non bastasse, dovremmo considerare che accettare il modello generale di reclusione autoritario e ampiamente restrittivo implica che la minaccia di tutta la sua superflua afflittività grava anche su di noi. "Siamo sicuri che la giustizia penale non possa sfio-

---

[205] "La prigione di Bastoy, che si trova sull'isola del sud della Norvegia, ospita solo 115 detenuti. È un carcere modello, senza sbarre e senza celle. L'obiettivo è evitare che, una volta scontata la pena, gli ex carcerati commettano di nuovo dei reati. Il progetto funziona, e la recidiva è al 16 per cento contro una media europea del 75 per cento". "*Dentro il carcere più bello del mondo*", Reportage di A. Borella e C. A. Bacci per il settimanale "Internazionale" del 3/06/2015. Il punto di forza di questo luogo è che la rieducazione è una scelta del condannato.

[206] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, in *Etica e politica*, cit., pp. 1185-1186.

rarci con la sua ruvida mano?", ci domanda Dario Ippolito, invitandoci a una riflessione consapevole:

Siamo certi di non doverci preoccupare del suo funzionamento, delle sue regole e delle sue prassi? È sufficiente il guanciale bianco della nostra rettitudine a farti dormire sonni tranquilli? Certo che sì, rispondere qualcuno, fiero di rivendicare la propria onestà. Ma in questa risposta, a ben vedere, si scorge il segno di una pericolosa ingenuità [...]. Pericolosamente ingenuo è reputarsi immuni - in quanto «cittadini onesti» - Dalle volizioni sanzionatorie dello Stato; considerare le imputazioni e le condanne come problemi altrui: di coloro che, avendo commesso reati, meritano di essere puniti [...]. Fattispecie criminali aperte, connotate da parole ambigue, vaghe o prive di consistenza empirica, compromettono la conoscibilità del diritto e la prevedibilità della giustizia penale[207].

Se poi ad essere del tutto indeterminato è proprio il contenuto della pena principale dell'odierno sistema repressivo, la nostra preoccupazione sul funzionamento del diritto penale dovrebbe accrescersi. L'indeterminatezza delle fattispecie grava su tutti noi, in astratto; ma l'indeterminatezza delle punizioni grava ora, sui reclusi, e può gravare domani su di noi, con una concretezza che deve spronarci a uscire da questo stato di indifferenza e di torpore rispetto alle eccedenze afflittive della pena:

chiunque non si senta in dovere di lavorare perché questo carcere cambi, deve temere di poterne diventare una vittima - e delle più fragili, perché disarmata, perché convinta che quello in cui vive sia un sistema infallibile, che punisce i cattivi e salvaguarda i buoni [...]. Ma il carcere non deve essere più giusto solo per evitare che l'ingiustizia travolga i giusti, il carcere deve essere giusto soprattutto per i colpevoli, soprattutto per chi ha sbagliato. Non permettiamo che esistano tante Guantanamo, luoghi cioè dove il Diritto finisce e inizia l'arbitrio, la punizione giustificata dall'errore. In un paese civile il carcere deve essere il culmine dello Stato di Diritto[208].

Ora che non possiamo più legittimare il sistema punitivo argomentando la messa in pratica di un disegno divino, ora che con Montesquieu e Beccaria abbiamo colto la pregnanza politica del diritto penale, è responsabilità nostra che lo stato di detenzione sia compatibile con lo Stato di diritto. Abolire o rifondare strutturalmente il carcere è sempre un progetto di domani, mentre oggi si prendono solo misure palliative. Ma le violenze che all'interno si

---

[207] D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, cit., pp. 4-6.

[208] R. Saviano, *Dentro Poggioreale*. *Se questo è un carcere,* cit.

consumano richiedono interventi che non consentono dilazioni. L'obbligo di interpretare restrittivamente le norme penali ci impone di delegittimare l'odierno e tacito allargamento del contenuto della pena carceraria. È probabile che la reclusione non potrà diventare limitazione della *sola* libertà di circolazione: questa è una promessa giuridica che si aggiunge all'elenco delle tante promesse non mantenute; ma, finché il carcere c'è, bisogna sviluppare le garanzie per raggiungere questo scopo *nella misura del possibile*. Non possiamo rassegnarci "ad allontanare ogni giorno di più i nostri sogni di domani, lasciando morire le nostre speranze di oggi. Perché non possiamo fare tutto ma dobbiamo fare tutto quel che possiamo. Né possiamo farlo quando vorremmo ma dobbiamo farlo appena possibile"[209]. Dobbiamo farlo adesso.

[209] N. Amato, *Diritto, delitto, carcere,* p. 215.

BIBLIOGRAFIA

Agostino d'Ippona, *La città di Dio*, a cura di D. Marafioti, Mondadori, Milano 2000.

Agostino d'Ippona, *La natura del bene*, a cura di G. Reale, Rusconi, Milano 1995.

Amato N., *Diritto, delitto, carcere,* Giuffrè editore, Milano 1987.

Anastasia S., Corleone F., Zevi L. (a cura di), *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Ediesse, Roma 2011.

Andrés Ibañez P., *Garantismo: una teoría de la jurisdicción*, in *Garantismo. Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, a cura di M. Carbonell, P. Salazar, Trotta - IIJ UNAM, Madrid 2005.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte generale,* Giuffrè, Milano 2003.

Audegean P.,*"Dei delitti e delle pene": Significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in *La libertà attraverso il diritto*, a cura di Dario Ippolito, Editoriale Scientifica, Napoli 2014.

Baratta A., Pavarini M., *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in "Dei delitti e delle pene", 1995, 1, pp. 7-28.

Beccaria C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino 1965.

Bentham J., *A fragment of government* (1891), The law book exchange, Union, New jersey 2001.

Bentham J., *Teoria delle pene e delle ricompense* (1811), Rassegna della giustizia militare, Quaderni, Roma 1987.

Bergoglio J.M., *Risponde Papa Bergoglio*, a cura di G. Maria Vian, Marsilio, Venezia 2015.

Bergson H., *Le due fonti della morale e della religione* (1932), SE, Brescia 1996.

Berlin I, *Due concetti di libertà* (1958), a cura di M. Santambrogio, Feltrinelli, Milano 2000.

Bettiol G., *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo* (1952), in Id. *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova 1966.

Bettiol G., Mantovani L.P., *Diritto penale: Parte generale,* CEDAM, Padova 1982.

Bobbio N., *Contratto sociale, oggi,* Guida, Napoli 1980.

Bobbio N., *Contro la pena di morte,* in Id., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Arnoldo Mondadori editore, Milano 2010.

Bobbio N., *L'età, dei diritti* (1990), in *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Arnoldo Mondadore editore, Milano 2010, p. 1185.

Bobbio N., *La certezza del diritto è un mito?*, in "Riv. int. di fil. del dir.", 1951, 1, pp. 146-152.

Bobbio N., *Sanzione*, in Novissimo digesto italiano, XVI, Torino 1969.

Bobbio N., *Thomas Hobbes,* Einaudi, Torino, 2004.

Borowski, M., *La estructura de los Derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003.

Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano 1965.

Bricola F., *Teoria generale del reato*, in Novissimo digesto italiano, vol. XIX, Torino, 1973.

Cafardone R., *L'Illuminismo tedesco*, Loescher, Torino 1983.

Carnelutti F., *Il problema della pena*, Tumminelli, Roma 1945.

Carnelutti F., *La certezza del diritto*, in appendice a F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968.

Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale* (1860)*,* Il mulino, Firenze 1993.

Cascavilla M., *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*, Giappichelli, Torino 1995.

Castellano L., Stasio D., *Diritti e castighi*. *Storie di umanità cancellata in carcere*, il Saggiatore, Milano 2009.

Catechismo della chiesa cattolica. Compendio, San Paolo Edizioni, Milano 2005.

Cattaneo M.A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Edizioni di comunità, Milano 1970.

Cattaneo M.A., *Considerazioni sul significato dell'espressione "i giudici creano diritto"*, in "riv. int. fil. dir.", 1966, pp. 250 ss.

Cattaneo M.A., *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius,* Giuffrè*,* Milano 1976.

Cattaneo M.A., *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant* (1785), Giuffrè, Milano 1981.

Cattaneo M.A., *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di comunità, Milano 1966.

Cattaneo M.A., *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale,* Giappichelli*,* Torino 1988.

Cavallo M., *Punire perché. L'esperienza punitiva in famiglia, a scuola, in istituto, in tribunale, in carcere: profili giuridici e psicologici,* Franco Angeli, Milano,1993.

Cecchi S., Di Rosa G,, Epidendio T.E., *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Liberilibri 2015.

Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad*. *Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires 2004.

Cocco G., *I diversi volti della sicurezza*, Giuffrè Editore, Milano 2012.

Colombo G., *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla,* Ponte alle Grazie, Milano 2011.

Condorcet, *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, Paris 1847.

Corleone F., Pugiotto A., *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere,* Ediesse, Roma 2012.

Correra M. M., Martucci P., *Elementi di criminologia*, CEDAM, Padova 2013.

Costa P., D. Zolo, *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.

Costa P., *Un modello per un'analisi: la teoria del "garantismo" e la comprensione storico-teorica della "modernità" penalistica*, in *Le ragioni del garantismo, Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Giappichelli, Torino 1993.

Curi U., Palombarini G., *Diritto penale minimo,* Donzelli, Roma 2002.

D'Agostino F., *La sanzione nell'esperienza giuridica,* Giappichelli, Torino 1989.

De Maistre J., *Le serate di Pietroburgo* (1821), Biblioteca cattolica, Napoli 1827.

De Tocqueville A., *La democrazia in America*, in Id., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Utet, Torino 1968.

De Tocqueville A., *Scritti penitenziari,* a cura di L. Re, Edizioni di storia e letteratura, Roma 2002.

De Vito C. D., *Camosci e girachiavi, Storia del carcere in Italia,* Laterza , Roma-Bari 2009.

Del Vecchio G., *Sul fondamento della giustizia penale*, in "Archivio penale" 1945, I.

Derathé R., *Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Il mulino, Bologna 1993.

Díez J., *La racionalidad de las leyes penales*, Teoría y práctica, Trotta, Madrid 2003.

Dolcini E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà,* in "*Riv. it. dir. proc. pen*." 1979, pp. 469 ss.

Dolcini E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva,* CEDAM, Padova 1979.

Dolcini E., *La pena in Italia, oggi: tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. Paliero, Giuffrè, Milano 2006.

Dolcini E., Paliero C.E., *Il carcere ha alternative?: le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano 1989.

Dolcini E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 1999, pp. 10 ss.

Dworkin R., *I diritti presi sul serio* (1977), Il mulino, Bologna 1982.

Eusebi L., *La chiesa e il problema della pena, Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica,* Editrice La scuola, Brescia 2014.

Eusebi L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?. Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in "Riv. it. dir. proc. pen.", 2002, 1.

Falcón y Tella M.J., *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire*?, Giuffrè, Milano 2008.

Falcone M., *Carceri, lo spazio è finito. Emergenza sovraffollamento nelle prigioni italiane,* Edizione Infinito, Modena 2012.

Fernandez Carrasquilla, J., *Derecho penal liberal de hoy*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2002.

Ferrajoli L., *Dal regolamento fascista Rocco al nuovo progetto di riforma carceraria*, in "Problemi del socialismo", 1974, pp. 420-439.

Ferrajoli L., *Dei diritti e delle garanzie,* Il mulino, Bologna 2013.

Ferrajoli L., *Democracia y garantismo*, a cura di Miguel Carbonell, Trotta, Madrid 2008.

Ferrajoli L., *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, a cura di Miguel Carbonell, Cedh, Mexico DF 2006.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione* (1989), Laterza, Roma-Bari 2011.

Ferrajoli L., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, con Juan Ruiz Manero, Trotta, Madrid 2012.

Ferrajoli L., *Garantismo y derecho penal. Un dialogo con Luigi Ferrajoli*, Ubijus, Mexico DF 2010.

Ferrajoli L., *Il paradigma garantista*, Editoriale scientifica, Napoli 2014.

Ferrajoli L., *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in "Riv. int. fil dir.", 1967, III, pp. 514-545.

Ferrajoli L., Principia iuris, *Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007.

Ferrajoli L., Zolo D., *Marxismo e questione criminale*, in "La questione criminale", 1977, III, 1, pp.97-133.

Ferrajoli L., S*ulla sanzione*, in *Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx*, Bulzoni, Roma 1979.

Ferrari L., *No prison*, Rubbettino, Catanzaro 2015.

Ferraro S., *La pena visibile. O della fine del carcere,* Rubbettino, Catanzaro 2013.

Feuerbach A., *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano* (1797), a cura di M.A. Cattaneo, Giuffrè, Milano 1972.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Roma 2015.

Filangieri G., *La scienza della legislazione* (1780-1788), Grimaldi & C. Editori, Napoli 2003.

Finzsch N., Jütte R., *The History of ideas and its significance for the Prison System*, in, *Institutions of confinement. Hospitals, Asylums, and Prisons in Western Europe and North America, 1500-1959*, Cambridge University Press, Cambridge 1966.

Foucault M., *L'emergenza delle prigioni*, La casa Usher, Firenze 2011.

Foucault M., *Sorvegliare e punire: nascita della prigione* (1975), Einaudi, Torino 2011.

Francioni G., *Beccaria, filosofo utilitarista*, in Aa.Vv., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa* (Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano), Cariplo-Laterza, Milano-Roma-Bari 1990.

Gaboardi A. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Giappichelli, Torino 2013.

Gallo E., Ruggiero V., *Il carcere immateriale: la detenzione come fabbrica di handicap*, Sonda, Torino 1989.

Garland D., *Pena e società moderna*, Il saggiatore, Milano 1999.

Garofalo R., *Criminologia*, Bocca, Torino 1885.

Gascón M., *La teoria general del garantismo. Rasgos principales*, in *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, a cura di M. Carbonell, P. Salazar, Trotta - IIJ UNAM, Madrid 2005.

Giasanti A., *Le misure alternative al carcere,* FrancoAngeli, Milano 2004.

Goffman E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza,* Einaudi, Torino 2008.

Gonin D., *Il corpo incarcerato,* Edizioni Gruppo Abele, Torino 1994.

Gonnella P., *Carceri. I confini della dignità*, Jaca book, Milano 2014.

Grimaldi G., *Leviatano o Behemoth. Totalitarismo e franchismo*, Morlachi editori, Perugia 2009.

Grosso C.F., *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano fra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia*, a cura di Luciano Violante, Annali 12, *La criminalità*, Einaudi, Torino 1997.

Guillaume L., *Le congrès pénitentiaire de Stockholm* 15-26 août 1878, Nabu press, Charleston 2011.

Hart H.L.A., *Responsabilità e pena* (1968)*,* Edizioni di Comunità, Milano 1981.

Hassemer W., *Perché punire è necessario*. *Difesa del diritto penale*, a cura di Domenico Siciliano, Il mulino, Bologna 2012.

Hayek F.V., *Law, Legislation and Liberty* (1973)*,* The University of Chicago press, Chicago 1983.

Hegel G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Rusconi, Milano 1996.

Hegel G.W.F., *Lo spirito del cristianesimo e il suo destino* (1799), in Id., *Scritti teologici giovanili*, Guida, Napoli 1972.

Henting H.V., *La pena: origine, scopo, psicologia*, Bocca, Milano 1942.

Hobbes T., *Elementi filosofici sul cittadino* (*De cive)*, a cura di Norberto Bobbio, Tea, Milano 1994.

Hobbes T., *Leviatano* (1651), Laterza, Roma - Bari 2008.
Hobbes T., *The elements of law, Natural and Politic* (1640), in *The elements of law, Natural and Politic, and the De Corpore Politico,* a cura di J. C. A. Gaskin, Oxford University Press, Oxford 2008.

Horkheimer M., Adorno T., *Dialettica dell'illuminismo* (1947), Einaudi, Torino 1995.

Ippolito D., *Contratto sociale e pena capitale: Beccaria vs. Rousseau*, in "Riv. int. di fil dir.", 2004, 4.

Ippolito D., *Lo spirito del garantismo*. *Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, Roma 2016.

Ippolito D., *Mario Pagano. Il pensiero giustopolitico di un illuminista*, Giappichelli, Torino 2008.

Jhering R.V., *Lo scopo nel diritto* (1884), a cura di M.G. Losano, Argano, Torino 1972.

Jori M., *La cicala e la formica*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Giappichelli, Torino 1993.

Kant I., *Fondazione della metafisica dei costumi* (1797), in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Laterza, Roma-Bari.

Kant I., *Primi principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), Laterza, Roma-Bari 2005.

Kelsen H., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di comunità, Milano 1965.

Kirchheimer O., Rusche G., *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna 1978.

Locke J., *Trattato sul governo* (1691), a cura di Lia Formigari, Editori riuniti, Roma 1994.

Lopez de Oñate F., *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968.

Luzzati C., *La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico,* Giuffrè, Milano 1990.

Maggiore G., *Diritto penale totalitario nello stato totalitario,* in "Riv. it. di dir. e pro. pen.", 1939, XI, pp. 153-155.

Manconi L., Anastasia S., Calderone V., Resta F., *Abolire il carcere*, Chiarelettere, Milano 2015.

Manti F., *Locke e il costituzionalismo*. *Etica, politica e governo civile*, Name, Genova 2004.
Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano* (1908), Utet, Torino 1933.

Marx K., Engels F., Lenin, *Sulla scienza,* a cura di G. Barletta, Dedalo, Bari 1977.

Mathieu v., *Perché punire. Il collasso della giustizia penale,* Macerata, Liberilibri 2007.

Melossi D., Pavarini M., *Carcere e fabbrica, alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bologna, 1977.

Melossi D., Pavarini M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*, Il mulino, Bologna 1977.

Mill J. S., *Saggio sulla libertà* (1858), Il saggiatore, Milano 2009.

Mill J.S., *L'utilitarismo* (1861), in *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, a cura di Enrico Mistretta, Bur, 2013.

Moccia S., *La 'promessa non mantenuta*', Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2001.

Montesquieu, *Lettere persiane* (1721), Rizzoli, Milano 2006.

Padovani T., *L'utopia punitiva,* Giuffrè, Milano 1981.

Palazzo F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale,* CEDAM, Padova 1979.

Pavarini M., *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessione su una "Recherche"*, in "Rassegna penitenziaria e criminologia", 2001, 1/3, pp. 113-141.

Pavarini M., *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale*, in "Dei delitti e delle pene", Bologna, 1986, 2, II.

Pavarini M., *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in "Dei delitti e delle pene", 1985, III.

Pavarini M., *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto. Verso una pena senza scopo*, in "Rassegna penitenziaria", 1983, I, pp. 2 - 44.

Pifferi M., *L'individuazione della pena*, *Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2013.

Pino G., *The place of legal positivism in contemporary constitutional states*, in "Law and philosophy", 18, 1999.

Pio XII, *Principi fondamentali del diritto penale*, in "Archivio penale", 1953, I, pp. 435-436.

Prieto Sanchiz L., *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra editores, Lima 2002.

Prieto Sanchiz L., *Constitucionalismo y garantismo*, in *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, a cura di M. Carbonell, P. Salazar, Trotta - IIJ UNAM, Madrid 2005.

Riccardi S., *Cos'è il carcere,* Derive approdi, Roma 2015.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Roma-Bari 2013.

Romano S., *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1945.

Ronco M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino 1996.

Rosemann W., *Peter Lombard*, Oxford University press, New York 2004.

Ross A., *Colpa, responsabilità e pena* (1970), Giuffré, Milano 1972.

Rossi P., *La pena di morte. Scetticismo e dogmatica*, Pan, Milano 1978.

Rousseau J. J., *Il contratto sociale,* Einaudi, 1969 Torino.

Rousseau J.J., *Emilio, o dell'educazione* (1762), Armando editore, Roma 1994.

Rousseau J.J., *Il contratto sociale* (1762), in Id., *Scritti politici*, Laterza, Roma-Bari 1997.

Roxin C., *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid 2008.

Roxin, C., *La teoría del delito en la discusión actual*, Frijley, Lima 2007.

Ruggiero V., *Il delitto, la legge, la pena. La contro-idea abolizionista*, Edizioni Gruppo Abele, Torino 2011.

Ruggiero V., *Penal abolitionism,* Oxford University Press, Oxford 2010.

Ruotolo M., *Diritti dei detenuti e costituzione*, Giappichelli, Torino 2002.

Ruotolo M., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Sanchez, S., *La Expansión del derecho penal*, Civitas Ediciones, Madrid 1999.

Santoro E., *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli 2004.

Serra C., *Istituzione e comunicazione. Segni e simboli della rappresentazione sociale del carcere*, Seam, Roma 1998.

Spinoza, *Tutte le opere,* a cura di A. Sangiacomo, Bompiani, Milano 2010.

Spirito U., *Storia del diritto penale italiano. Da Beccaria a* Carrara, C. De Alberti, Roma 1925.

Sul problema della rieducazione del condannato (con scritti di Bettiol G., Glaser, S. Zuccalà G., Baratta A.,. CostaP.J, Gunal Y., Durigato L., Quintano Ripolles A., Molari A., Bricola F., Azzali G., Bouzat P., Guarneri G., Calvi A.A., Solnar V., Pagliaro A., Beristain A., P. Nuvolone), II convegno di diritto penale, Bressanone, 1963, CEDAM, Padova, Milano 1964.

Taparelli B. L., *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto,* Mansi, Livorno 1845.

Terradillos J., *Función simbolica y objeto de protección del derecho penal*, in *Pena y Estado*, a cura di Juan Bustos Ramírez, ConoSur, Santiago 1995.

Trapani M., *Consideraciones sobre la legitimación y los limites del derecho penal*, in *Estudios de derecho penal. Homenaje a Juan Fernandez Carrasquilla,* Universidad de Medellin, Medellin 2012.

Trapani M., *La dinamica del derecho penal, el sentido de la pena y la critica del perdón*, Grupo editorial Ibañez, Bogotá 2013.

Trapani M., *La dinamica del derecho penal: el sentido de la pena y la critica del perdón*, in *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*,Grupo editorial Ibañez, Bogotá 2013.

Vassalli G., *Le funzioni della pena nel pensiero di Aldo Moro*, in Aa.Vv., *Aldo Moro e il problema della pena*, Il mulino, Bologna 1982.

Weber M., *Economia e società* (1923), Edizioni di Comunità, Milano 1980.

Wiesnet E., *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena* (1980), Giuffrè, Milano 1987.

Wines F.H., *The new criminology,* Press of the James Prester Kempster Printing, co., New York, 1904.

Wolf P., *Esplendor y miseria de las teorias preventivas de la pena*, in "Poder y Control", PPU, Barcelona 1986.

Zaffaroni E.R, *En busqueda de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal,* Ediar, Buenos Aires 1989.

Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Il mulino, Bologna 1988.