

Pasquale Troncone

Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive



Giappichelli

PRESENTAZIONE

Ho ritenuto opportuno riportare la presentazione che il mio Maestro concesse alla prima edizione del Manuale di diritto penitenziario di cui il volume odierno rappresenta lo specchio dell'evoluzione legislativa nel settore della pena nella fase della sua concreta applicazione.

Torna utile rileggerla perché poneva seri interrogativi sulla deriva che mostrava la fase dell'esecuzione della pena e lascia constatare quanto sforzo è stato compiuto nel corso degli ultimi venti anni per dare un volto costituzionale alla sanzione penale, necessario per assicurare una pronta e tempestiva risposta punitiva al reato commesso:

“Lo studio del diritto penitenziario rappresenta il terreno privilegiato per una riflessione sul significato che assume attualmente la sanzione penale.

Messo per un attimo da parte il lungo dibattito sulle finalità della pena, il cui contributo alla crescita civile di una Nazione non può essere in alcun modo trascurato, resta da considerare nell'attuale momento storico sotto quale veste si presenta la minaccia punitiva dello Stato e quale reale immanenza assumono i concetti di effettività e di afflittività della punizione.

La rapida evoluzione che ha caratterizzato la disciplina normativa degli ultimi trent'anni in materia di misure alternative alla detenzione sembra aver condotto a una realtà dissociata tra la fase della commisurazione e/o irrogazione della pena e quella della esecuzione della sentenza di condanna. Un malinteso senso di premialità, fondato sulle possibilità di accesso ad un'ampia fascia di benefici penitenziari, ha indotto a ritenere che, se nella fase della commisurazione della pena lo Stato manifesta appieno la sua forza intimidativa, nella successiva fase

di attuazione della sanzione si determina un dissolvimento delle aspettative punitive, attraverso l'applicazione generalizzata dei numerosi istituti di favore.

Il tutto è stato poi ulteriormente compromesso dal ricorso che il legislatore repubblicano, sulla consolidata esperienza dello Stato liberale, ha sovente fatto ai provvedimenti di clemenza generalizzati che, oltre a sfolgire il numero dei detenuti negli istituti penitenziari, ha finito per compromettere il senso di effettività della pena.

L'impressione che si ricava dall'esperienza è che il tempo e la prassi sembrano quasi avere privato il diritto penale sostanziale del catalogo sanzionatorio, trasferito sotto mentite spoglie nella legislazione penitenziaria.

Occorre invece rimeditare il ruolo e la dimensione dell'intervento punitivo dello Stato e soprattutto occorre riaffermare che la fase della esecuzione della sanzione penale non è, e non può essere, l'oggetto di iniziative di 'metamorfosi sanzionatorie'. La pena resta il momento centrale dell'esercizio della forza di uno Stato che, anche in presenza del principio costituzionale di 'rieducazione' del condannato, attualizza l'istanza punitiva con strumenti diversi, i cui profili tuttavia confermano la natura repressiva della pena.

Le misure alternative non devono intendersi come gli strumenti normativi di elusione della pena detentiva, ma i mezzi più efficaci per confermarne, sotto una diversa veste, i criteri di afflittività e di proporzione rispetto al reato commesso. Non deve essere, infatti, trascurato che mentre il modello di origine anglosassone della probation si fonda sull'assunto della libertà del condannato, il modello italiano, seppure fondato sulla messa alla prova, trova la sua giustificazione in una esperienza di 'affidamento in prova' che se negativa impone la sottoposizione della detenzione in carcere del condannato per tutta la durata della pena originaria.

La ricaduta di tali premesse sull'assetto della giurisdizione si rivela peraltro quanto mai significativa. La presenza della Magistratura di Sorveglianza, che vedeva i suoi precorsi nell'organo amministrativo dell'Ufficio di sorveglianza, è il segno di una precisa svolta di valorizzazione dei canoni costituzionali della pena che indica continuità tra la fase dell'accertamento della responsabilità, con tutte le implicazioni di tipo prognostico ed individualizzante, e quella dell'applicazione in concreto

della sanzione penale portata dal titolo esecutivo. Anche in questo ambito, peraltro, devono essere confermate le esigenze poste dal principio del contraddittorio e sancite dall'art. 111 della Carta costituzionale.

Si potrà, in buona sostanza, recuperare il senso profondo del principio di rieducazione della pena soltanto se l'ordinamento nel suo complesso sarà in grado di coltivare le ragioni e la necessità dell'istanza punitiva, considerata come occasione di risocializzazione e di integrazione sociale del condannato. Anche le nuove tipologie di pene introdotte con la legge istitutiva del Giudice di Pace in materia penale coltivano concretamente le ragioni di una pena che sia funzionale a scopi di reinserimento nel tessuto sociale con i 'Lavori di pubblica utilità'.

I diversi progetti di riforma del codice penale, nella parte relativa al catalogo sanzionatorio, offrono ampio spazio per un recupero di centralità e di legalità della pena, recependo in un ampio ventaglio di sanzioni penali, la gran parte delle misure alternative alla detenzione varate nell'ambito della legislazione penitenziaria a partire dalla legge 26 luglio 1975 n. 354 e soprattutto con la successiva legge 'Gozzini' del 1° ottobre 1986 n. 663.

Né va sottovalutato il dato in controtendenza rappresentato dalle misure di estremo rigore introdotte con la legislazione dell'emergenza degli ultimi anni, altrimenti nota come del 'carcere duro'. Si presentano tutti come tentativi di riabilitare la originaria forza punitiva di uno Stato che convulsamente ha smarrito la coerenza nel rigore e le ragioni di tempestività dell'intervento punitivo.

Un manuale di diritto penitenziario, oltre agli evidenti scopi di tipo didattico, non può non offrire spunti di seria riflessione sui compiti di una democrazia moderna, chiamata ad elaborare un giusto sistema di equilibri tra sicurezza dei cittadini, afflittività della sanzione penale e prospettive di integrazione sociale del condannato. Questo ci sembra il profilo più moderno ed interessante di questo volume che rappresenta un contributo significativo all'elaborazione di tematiche che, per i caratteri e le finalità della pena, sono sempre attuali e presenti all'attenzione del legislatore.

Vincenzo Patalano”

PREMESSA

L'attuale assetto legislativo della materia della sanzione penale mostra un quadro radicalmente mutato rispetto al recente passato.

Nel corso dello scorso secolo la materia della pena espandeva la sua disciplina tra il diritto penale sostanziale e il diritto processuale penale, tenute però nettamente distinte tra loro, ritrovando una sorta di coesione disciplinare nella materia denominata diritto penitenziario che regolava unicamente la fase esecutiva della pena, quando ormai la conclusione del processo penale aveva adottato in via definitiva il titolo esecutivo della condanna.

Occorre oggi riconoscere, invece, che la materia della pena ha assunto una dimensione molto più ampia sull'orizzonte della penalità, includendo segmenti che appartengono sia alle fasi processuali di accertamento della responsabilità penale dell'indagato o imputato sia a quella che sopravviene alla condanna rivolta alla concreta esecuzione della pena irrogata.

Questo nuovo ampio quadro operativo della punizione penale vede anche l'intervento di competenze e organi giurisdizionali diversi e perfino l'intervento di organismi amministrativi per le necessarie sinergie che si intrecciano nel proposito di individuare il percorso sociale riabilitativo più adatto alla persona condannata.

Se un tempo la pena e l'attuazione della sua finalità erano patrimonio esclusivo della fase dell'esecuzione, oggi l'intero settore disciplinare impone di riconsiderare anche il nuovo ambito di appartenenza della materia della pena, abbandonando l'asse portante del superato diritto penitenziario e inaugurando un moderno e diverso settore disciplinare che va ridenominato: *diritto della pena in esecuzione*.

La punizione, nelle sue molteplici forme e generi, la si ritraccia sull'intero itinerario del processo penale italiano e non più soltanto nella fase esecutivo-estintiva.

Prima di ogni altra cosa la nostra legislazione in materia penale ha dato piena attuazione al *probation system* di conio anglosassone, introducendo due diverse, ma per molti versi omologabili soluzioni: il *probation* processuale, vale a dire la sospensione del procedimento con messa alla prova; e il *probation* penitenziario, con l'affidamento in prova al servizio sociale. A tale proposito va ribadito che anche la fase dell'esecuzione cui appartengono le diverse misure alternative alla detenzione nel corso degli anni ha acquistato una vera e autentica dimensione punitiva, dal momento che le misure alternative, un tempo considerate tipiche misure con natura amministrativa, sono state riconosciute come vere e proprie pene, seppure diverse nel genere da quelle annoverate dal catalogo sanzionatorio del codice penale.

Tra queste due estreme sponde, costituite dalla fase della cognizione da una parte e da quella della esecuzione dall'altra, si pongono le pene sostitutive di nuova istituzione introdotte con l'appendice al catalogo sanzionatorio del codice penale del 1930 con l'art. 20-*bis* c.p.

Anche le pene sostitutive appartengono alla fase della cognizione nella quale il giudice chiamato ad accertare la responsabilità penale dell'imputato, può fare ricorso all'applicazione immediata della pena, evitando i tempi lunghi della esecuzione al termine del processo penale di cognizione e realizzando il proposito invocato da Cesare Beccaria che alla condanna seguisse tempestivamente la punizione del colpevole.

In definitiva, la pena è destinata, in larga misura, a non trasformarsi in una dimensione attuativa diversa, come accadeva solo con le misure alternative alla detenzione, ma a mantenere la sua originaria dimensione punitiva, gestita e finalizzata dallo stesso giudice che ha accertato la responsabilità penale del fatto di reato, adeguandola alla personalità del soggetto condannato.

Questo nuovo punto di caduta è stato raggiunto introducendo il concetto operativo di *pena-programma*, non solo uno stato afflittivo, ma una sequenza di stadi, fasi e prescrizioni che costituiscono in nuovo modo di concepire una punizione in forma dinamica, divisa tra obblighi da osservare e divieti.

L'introduzione, inoltre, di un processo bifasico istituzionalizzato,

nel far leva sulle molteplici soluzioni afflittive, condurrà certamente alla riduzione del fenomeno dei cc.dd. “*liberi sospesi*”, i condannati che dopo il giudizio di cognizione restano in attesa per molti anni del provvedimento di esecuzione della condanna.

Per giungere a comprendere fino in fondo l’attuale dinamica delle pene orientate alla finalità dello statuto costituzionale italiano diventa tuttavia decisivo conoscere il lungo percorso secolare di maturazione del concetto di sanzione penale, a partire dalla teoria della retribuzione per giungere all’approdo preventivo, e con esso alla rieducazione come la punta più avanzata, ma ancora la più enigmatica tra le rifrazioni special-preventive della pena.

Un contributo volto a conferire un assetto costituzionalmente orientato alla pena di rilevante valore è stato fornito senza dubbio dalla Corte costituzionale che fin dal suo esordio, nei suoi compiti di controllo delle leggi ordinarie, non ha mancato contributi additivi che hanno sempre più affinato la comprensione della funzione rieducativa della pena.

Occorre rilevare che l’attuale sistema punitivo, nel suo complesso e composito ambito disciplinare, non è immune da taluni profili che lasciano margini di perplessità in ordine alla loro piena coerenza con il quadro dei principi costituzionali cui l’assetto delle pene deve essere reso funzionale dal legislatore ordinario.

Del resto, è ancora del tutto insondato il quadro disciplinare che regola la c.d. *giustizia riparativa*, chiamata su percorsi paralleli a restituire e ristabilire un ordine dialogico alla relazione colpevole e vittima, per giungere alla composizione del conflitto come tassello di una più generale composizione della pace sociale.

Non va trascurato che molte delle riforme messe in campo negli ultimi anni recano in sé il tratto identitario della necessità deflattiva che al sistema penitenziario italiano si imponeva dopo la pronuncia della sentenza Torreggiani emessa dalla Corte EDU del 2013. Proprio da questo movente genetico sono state favorite discrasie concettuali che accompagnano talune scelte legislative in materia di pena e che non risultano sanate dagli ultimi interventi, ma per alcuni tratti addirittura enfatizzate.

D’altro canto, la spinta dell’Unione Europea a conformare i diversi ordinamenti nazionali verso assetti di coerenza normativa conti-

nentale registra anche la presenza di istituti processuali estranei alla nostra tradizione culturale.

Va, in ultimo, sottolineato che con la massiva modifica apportata dalla c.d. Riforma Cartabia con il D.Lgs. n. 150 del 10 ottobre 2022 si è creato un nodo sistematico inestricabile tra scelte normative processuali e presidi di diritto sostanziale in materia di pena, per cui la pena è stata definitivamente sottratta all'esclusività del codice penale, per diventare oggetto di diretta gestione condotta da soluzioni processuali la cui reciproca influenza appare innegabile.

Da questo momento in poi, dunque, l'ordinamento giuridico italiano declina la funzione rieducativa della pena intesa come una punizione con marcato significato preventivo che si sostanzia in un percorso trattamentale di reintegrazione sociale del condannato o dell'imputato, mirando all'obiettivo di impedire la commissione di nuovi reati con l'abbattimento della recidiva.

L'odierno assetto della legislazione in materia di pena conferisce una posizione centrale alla figura dell'assistente sociale operante nelle strutture degli Uffici per l'Esecuzione Penale Esterna (UEPE) delle varie province, un ruolo di riferimento irrinunciabile per partecipare alla individuazione del tracciato punitivo più individualizzante possibile per il soggetto condannato.

L'UEPE in questo modo diventa il momento di raccordo, non solo di vigilanza e controllo bensì operativo, tra gli organi della giurisdizione penale, così come uno spazio autonomo di contribuzione al nuovo schema conciliativo viene assunto dall'Ufficio di mediazione con l'opera di mediatori professionali che veicolano le istanze riparative e conciliative auspiccate dall'ordinamento.

Bibliografia essenziale

AA.VV., *Punibilità e pene*, a cura di G. Cocco-E.M. Ambrosetti, Wolters Kluwer, Milano, 2015. AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Monduzzi, Milano, 2019. AA.VV., *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di A. Giarda-G. Forti-F. Giunta-G. Varraso, Wolters Kluwer, Milano, 2021. ALEO S., *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2016. ARDITA S.-DEGL'INNOCENTI L.-FALDI F., *Diritto*

penitenziario, Laurus, Roma 2014. BETTIOL G., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1982. CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2021. CANEPA M.-MERLO S.-MARCHESELLI A., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010. COMMISSIONE GIOSTRA, *Il progetto di riforma penitenziaria*, Nuova Editrice Universitaria, Roma, 2019. DELLA CASA F.-GIOSTRA G., *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2023. DI GENNARO G.-BONOMO M.-BREDA R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1997. FIANDACA G.-DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003. FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Editore Laterza, Bari-Roma, 2017. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019. FILIPPI L.-SPANGHER G.-CORTESI M.F., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2016. FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Torino, 2020. FIORENTIN F.-FIORIO C., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2020. GAITO A.-RANALDI G., *Esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2016. GUAZZALOCA B.-PAVARINI M., *L'esecuzione penitenziaria*, Utet, Torino, 1995. MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2021. PALAZZO F.-VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018. PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2021. PALAZZO F., *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022.

Sezione I

**FINALITÀ DELLA PENA
E FONTI NORMATIVE**

Capitolo I

SCOPI E FUNZIONI DELLA PENA NELLA SUA DIMENSIONE STORICO EVOLUTIVA

Sommario: 1. La pena: nozione e natura. – 2. Le diverse teorie della pena e la scelta sanzionatoria. – 3. Le teorie assolute della pena. – 3.1. La pena come retribuzione morale. – 3.2. La pena come retribuzione giuridica. – 4. Le teorie relative della pena. La pena in una dimensione preventiva. – 4.1. La pena come prevenzione generale. – 4.2. La pena come prevenzione speciale. – 5. Le teorie e i limiti della prevenzione nel pensiero penalistico italiano. – 6. I profili problematici delle teorie preventive. – 6.1. Gli aspetti negativi e controversi della teoria della prevenzione generale. – 6.2. I pregi della prevenzione generale. – 6.3. I pregi della teoria della prevenzione speciale. – 7. Scopi e funzione della pena nella Costituzione italiana. – 8. Gli interventi normativi della Corte costituzionale in materia di pena. – 9. Principio di proporzionalità della pena e funzione rieducativa.

1. La pena: nozione e natura

La pena è la conseguenza giuridica della violazione della legge penale. Il diritto penale è quel settore dell'ordinamento giuridico che disciplina fatti illeciti, tassativamente previsti, ciascuno dei quali muniti di una pena che si distingue in detentiva e pecuniaria.

La pena punisce il soggetto che ha violato la legge per un fatto già accaduto e che merita di essere sanzionato con un adeguato "castigo" che infligga un dolore, una sofferenza, all'autore del reato.

Il carattere afflittivo della sofferenza fisica inflitta distingue la pena dalle altre sanzioni pubbliche previste nell'ordinamento giuridico italiano, come quella del diritto civile dove lo scopo "punitivo" è quel-

lo di ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato compromessa dall'atto illecito commesso dal danneggiante. Nel primo caso si parla di sanzione eterogenea, poiché non è una forma di ripristino di interessi della stessa specie, nel secondo caso si tratta di una sanzione omogenea, dal momento che va a ripristinare interessi della stessa natura ossia di tipo patrimoniale.

Esistono poi presidi sanzionatori che sfuggono a una precisa qualificazione, come il caso delle sanzioni amministrative derivanti da illecito depenalizzato, previste dalla legge n. 689 del 24 novembre 1981 e che negli ultimi tempi sono stati oggetto di una profonda rivisitazione normativa che ha ridisegnato per intero il sistema punitivo del diritto penale italiano e che si esamineranno più avanti. Si tratta di presidi punitivi che evitano il ricorso al carcere che, per brevi periodi di permanenza, potrebbero rivelarsi più desocializzanti che rieducativi.

Nella riformulazione di una parte del sistema sanzionatorio con il D.Lgs. n. 150 del 10 ottobre 2022, c.d. Riforma Cartabia, accanto al catalogo delle sanzioni previsto all'art. 17 del codice penale se ne affianca uno nuovo all'art. 20-*bis* c.p. che si aggiunge al primo con nuove forme di pene. Rimane fermo il fatto che la pena detentiva coincide sostanzialmente con il carcere, anche se pur rimanendo detentiva può essere scontata nel domicilio del condannato, e pecuniaria come esborso di una somma di danaro tassativamente prevista dalla legge nella sua entità.

Di tutt'altra natura è invece la sanzione amministrativa "pura" finalizzata a punire colui che viola una norma rivolta al perseguimento di un interesse pubblico protetto. Le sanzioni amministrative sono inflitte con un provvedimento amministrativo esecutivo e legittimo da una pubblica autorità e solo successivamente, diversamente dalla sanzione penale, il destinatario può chiedere tutela giurisdizionale.

La diversità tra le due forme di sanzioni, tra amministrativa e penale, è dunque insita nella diversità del regime giuridico che ciascuna segue.

L'introduzione da parte del legislatore di nuovi dispositivi punitivi diversi da quelli tradizionali ha posto all'attenzione della dottrina la necessità di stabilirne i profili differenziali e se e in quale misura

talune ipotesi possono essere fatte convergere nelle categorie già note alla legislazione penale.

Il caso più emblematico si è posto con il D.Lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001 che ha stabilito per la prima volta la punibilità degli Enti giuridici privati con una ipotesi di responsabilità di natura amministrativa, quando la persona fisica che rappresenta e agisce per l'Ente commetta uno dei reati previsti nell'apposito catalogo inserito nel provvedimento legislativo, catalogo che è stato progressivamente ampliato e aggiornato. Solo a seguito del reato contestato alla persona, in questo caso, scatta la responsabilità amministrativa dell'Ente di appartenenza.

I problemi di inquadramento sulla natura giuridica di quel genere di sanzione erano dello stesso tenore di quelli sollevati in precedenza rispetto alle misure di sicurezza previste dal codice penale e alle sanzioni amministrative comminate dalle leggi speciali per gli illeciti penali depenalizzati.

Va precisato che le misure di sicurezza sono affiancate nel codice penale alla pena, laddove la pena punisce per un fatto di reato precedentemente commesso, mentre le misure di sicurezza vengono applicate a quei soggetti che mostrano una particolare pericolosità sociale. Nel primo caso si tratta di punire la persona per un reato, nel secondo caso di applicare una misura restrittiva, personale o patrimoniale, per impedire che si commettano reati.

Nel corso del tempo si è registrato un deciso mutamento concettuale rispetto alla categoria delle misure di sicurezza. Del resto il codice penale del 1930 nasceva sulla scorta delle sollecitazioni culturali mosse dalle teorie di *Cesare Lombroso* (1835-1909) e della Scuola positiva del diritto penale della fine del 1800 per colpire atteggiamenti antisociali di persone che hanno inclinazione naturale alla violazione della legge penale.

Seppure originariamente considerate sanzioni amministrative, con l'ingresso della teoria della prevenzione speciale della pena nel campo della scienza penale, anche le misure di sicurezza partecipano alla finalità punitiva del sistema, poiché dotate di un potenziale afflittivo che va oltre la prevenzione della pericolosità sociale, per assumere la veste di una vera e propria punizione senza responsabilità derivante da reato.

Del resto, i medesimi caratteri e finalità appartengono anche alle misure di prevenzione antimafia contenute nel D.Lgs. n. 159 del 6 settembre 2011 le cui misure, personali e patrimoniali, sono egualmente afflittive come le pene, nonostante continuino a rivestire formalmente la natura di misure di carattere amministrativo.

Nella storia della legislazione penale si registra un particolare favore che i regimi autoritari esprimono per questo ambiguo intervento punitivo che, evitando le procedure giudiziarie e il controllo di legalità del giudice, è affidato unicamente all'Autorità amministrativa prefettizia o di polizia, molto più pronto e incisivo, ma del tutto privo delle necessarie garanzie processuali nella fase di applicazione.

Gli illeciti penali depenalizzati per la loro natura si pongono esattamente in una posizione mediana tra quella schiettamente penale e quella di natura amministrativa e, pur essendo irrogate per un fatto che non costituisce più reato con un provvedimento della pubblica amministrazione, impugnabile soltanto successivamente alla loro irrogazione, le sanzioni comminate non possono essere ricondotte alla categoria delle sanzioni amministrative, perché mostrano in maniera del tutto evidente una carica di afflittività e di deterrenza tipica delle sanzioni criminali.

La stessa sorte tocca, come già visto, alle sanzioni previste dal D.Lgs. n. 231 del 2001 che, se nel *nomen iuris* viene loro assegnata una natura amministrativa, nella sostanza la dottrina ne riconosce gli stessi caratteri di afflittività tipici della sanzione penale. Peraltro, la sanzione amministrativa viene irrogata solo dopo lo svolgimento di un procedimento penale nel quale vengono giudicate in parallelo la responsabilità penale del rappresentante legale dell'Ente imputato di reato e lo stesso Ente incolpato di un'infrazione amministrativa. Anche in questo caso non viene smentita l'ipotesi di una finalità punitiva che discende direttamente dal carattere di prevenzione speciale della pena, indirizzando entrambi i soggetti, persona fisica e persona giuridica, se riconosciuti responsabili, verso un percorso espiativo di rieducazione e reintegrazione sociale come vuole l'art. 27, comma 3, Cost.

Si è detto che il carattere tipico, quello che distingue la pena dalle altre forme e ipotesi di sanzioni nell'ordinamento giuridico italiano, è la sua afflittività che si esprime prevalentemente nella privazione della libertà personale e tradizionalmente assume la figura del carce-

re. Anche la pena pecuniaria, seppure costituisca l'esborso di somma di danaro, una quota di ricchezza, finisce per connotarsi con il medesimo carattere afflittivo, di limitazione di un libero agire, di impoverimento, dato dalla impossibilità di far fronte agevolmente a bisogni della vita personale come accadeva prima del pagamento di quella pena pecuniaria.

La pena è stata da sempre oggetto di riflessione etico-giuridico per stabilirne il fondamento rispetto all'inflizione di una sofferenza all'autore di un reato di cui l'ordinamento non ha ben chiaro quale ne sia la finalità. Punire, far soffrire, vuol dire far subire al responsabile la medesima sofferenza che ha inflitto alla sua vittima, ma senza un canone che indichi gli ambiti funzionali e concettuali l'opera di repressione finisce per essere fine a sé stessa.

L'idea di difendere la società dal crimine è certamente un obiettivo legittimo da parte dello Stato organizzato che esprime la sua forza e la sua autorità proprio attraverso il diritto penale. Tuttavia, la civilizzazione del concetto di punizione nel corso del tempo ha subito delle progressive rettifiche nei suoi propositi e nella finalità da assegnare, per non sconfinare in una società punitiva, ma educativa.

Al pensiero penale non è mancato chi riteneva la pena del tutto inutile se non addirittura dannosa per lo spirito di ribellione che la punizione carceraria è in grado di generare nel condannato, salvo considerare che non sempre gli altri mezzi e strumenti di natura sociale riescono a disinnescare la spinta al crimine.

Le politiche sociali di sostegno e benessere non sempre vengono assicurate dallo Stato per un serie di motivi cui non è estranea la carenza delle necessarie risorse economiche. Il mantenimento dell'ordine giuridico, quindi, non può prescindere dalla limitazione della libertà personale come "criterio di necessità" quando venga compromesso quell'ordine dal crimine, si pensi solo alla distorsione della pace sociale in presenza di organizzazioni criminali che minano la stabilità stessa dell'ordine pubblico.

Lo Stato è chiamato a difendere l'ordine sociale e con esso anche gli interessi e i beni di cui sono titolari e portatori i singoli cittadini, dissuadendo con la minaccia della pena dalla commissione di reati che turbano la normale convivenza, provvedendo a rassicurare la col-

lettività che si riconosce e dà fiducia allo Stato per evitare che il singolo sia chiamato a difendersi da solo.

La potestà di punire, dunque, appartiene al profilo costitutivo di una entità statale organizzata, fondata sul diritto e sulla legge scritta e soprattutto su principi di carattere generale che orientano l'azione del legislatore e mirano a salvaguardare i diritti fondamentali della persona.

È pur vero che non sempre si ammette che il diritto penale possa orientare favorevolmente la vita e le azioni dei cittadini attraverso il meccanismo psicologico della sua rappresentazione, sebbene lo Stato attraverso di esso sia l'unico titolare sia del diritto di punire sia della potestà di perdonare e lasciare liberi.

Per venire ora ai caratteri distintivi e identitari della sanzione penale, occorre dire che "*scopi*" e "*funzioni*" della pena non sono sinonimi. Per scopo si deve intendere la ragione per cui la punizione viene prevista in astratto e applicata, mentre la funzione segna un carattere dinamico della punizione, anzi va oltre le ragioni della punizione, e cerca di cogliere gli effetti che di volta in volta si intendono ottenere quando sia stata applicata la pena per il fatto commesso.

Per cui lo scopo va inteso in una dimensione preventiva e repressiva ed è insieme individuale e sociale. La propensione o la maggiore propensione a delinquere si disinnescano con la minaccia della punizione, per cui il soggetto è chiamato a effettuare un calcolo di convenienza nel commettere un reato. D'altra parte, se la pena irrogata non venisse applicata in concreto al responsabile ma rimanesse solo sulla carta, si aprirebbe una spirale negativa che porterebbe alla commissione di sempre nuovi reati, venendo meno anche la fiducia nella tutela dello Stato che apparirebbe attestato sulla sola minaccia in astratto e inefficiente nella reazione sanzionatoria.

Per quanto concerne il potere legislativo di governo del diritto penale, la potestà delle leggi appartiene a un settore del tutto diverso da quello dell'applicazione della legge e della punizione. La tripartizione dei poteri dello Stato moderno vede il potere legislativo come il vertice della produzione delle leggi; il potere esecutivo, in capo al governo, che negli ultimi anni, sempre più frequentemente, si è fatto anche legislatore con i decreti legge e i decreti legislativi, molto diffusi tra le fonti di questa materia; infine, il potere giudiziario chiama-

to ad applicare la legge, seppure frequentemente il giudice non si limita all'interpretazione del testo esistente, ma ne espande la sua disciplina a casi che a rigore non vi dovrebbero rientrare.

Sul piano operativo il giudice è tenuto ad applicare le pene che tassativamente sono previste dal legislatore nel codice penale e nella legislazione penale di parte speciale per le singole figure di reato. Tutto questo ampio panorama penalistico in controtuce rappresenta in realtà la limitazione della libertà personale dei cittadini, poiché ciò che progressivamente viene vietato erode gli spazi del libero agire della persona. Il diritto penale riveste, dunque, un naturale carattere di eccezionalità, di deroga allo stato di assoluta e incondizionata libertà dell'individuo.

Talvolta il ginepraio delle numerose leggi penali, che non trova mai una soluzione ragionevole in un'opera di decisa depenalizzazione per i reati che non suscitano più alcun allarme sociale, mette in crisi i principi deontologici che dovrebbe sempre tenere presente il legislatore penale.

Per quanto poi concerne il catalogo della punizione e l'elenco delle singole ipotesi di pena nel nostro ordinamento, come si è già detto, il legislatore del codice penale vigente emanato nel 1930, ha adottato una soluzione mista in materia di sanzione penale attraverso il sistema detto del "*doppio binario*", coniugando i concetti elaborati dalla scuola classica del diritto penale con quelli della scuola positiva.

La scelta comportò l'esigenza di tenere insieme, in un unico presidio punitivo, il regime delle pene e quello delle misure di sicurezza. Le prime (ergastolo, reclusione e multa per i delitti e, arresto e ammenda, per le contravvenzioni) comminate perché successive al reato e riservate al colpevole ritenuto responsabile; mentre le seconde (di natura personale: la colonia agricola, la casa di lavoro, l'ospedale psichiatrico giudiziario, il riformatorio giudiziario, la libertà vigilata, l'espulsione dello straniero dallo Stato; di natura patrimoniale: la cauzione di buona condotta e la confisca) sono applicate al soggetto considerato pericoloso in quanto ritenute utili al perseguimento di una finalità special-preventiva.

Il prodotto del doppio binario scelto per prevenire e punire nasce dall'esigenza di tenere nella dovuta considerazione soggetti che si autodeterminano liberamente e consapevolmente al crimine, sulla scor-

ta del libero arbitrio, e soggetti che, quali portatori di patologie mentali o di un agire *a-sociale*, deve essere loro inibita la possibilità di agire con il fine di delinquere.

La misura di sicurezza secondo la disciplina dell'art. 132 c.p. è sganciata dalla gravità di un reato che potrebbe anche non essere stato mai commesso, trovando il suo fondamento unicamente nell'atteggiamento anti-sociale che la persona mostra, e senza una durata prefissata tassativamente dalla legge, come invece avviene per le pene.

Non a caso l'alto rischio di abusi nel ricorso alle misure di sicurezza è limitato dal fatto che il giudice è obbligato a motivare esaurientemente, servendosi anche dell'opera di consulenti esperti, i provvedimenti che adotta per le singole misure soprattutto per quelle personali.

Diversamente da quanto avviene per la pena che, secondo l'art. 133 c.p., deve essere applicata dopo averne individuato la misura, adeguata alla gravità del fatto di reato commesso, e, come vedremo per la legislazione di riforma del settore, il giudice è tenuto a individuare e motivare anche per la scelta tra le diverse tipologie di pena che oggi il nuovo catalogo sanzionatorio contempla.

Questo potere discrezionale che la legge affida al giudice non può essere interpretato in maniera del tutto soggettiva, perché il sistema, soprattutto con l'art. 111 della Carta costituzionale stabilisce l'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e in particolare di motivare sulle ragioni per cui l'imputato viene ritenuto responsabile del reato contestatogli e di motivare la scelta della pena da applicare al caso concreto, quanto più adeguata e corrispettiva nella misura alla gravità di quel fatto commesso.

2. Le diverse teorie della pena e la scelta sanzionatoria

Nella vicenda punitiva è determinante il momento della comminatoria della pena, quello in cui il legislatore individua la misura editta della sanzione per quel singolo reato che sta introducendo nel sistema legislativo penale.

Si tratta di una scelta direttamente legata al corretto esercizio del-

la potestà punitiva gestita dal legislatore per conto dello Stato che poi destinerà al giudice il potere di irrogare e successivamente di far eseguire quella pena.

Nella fase di individuazione della pena edittale, vale a dire quella prevista dalla singola fattispecie di reato che può essere compresa tra una durata o un valore minimo e uno massimo, detentiva o pecuniaria che sia, non esiste una parametrizzazione in astratto di riferimento da seguire, un criterio di carattere sistematico che il legislatore è tenuto ad osservare. Non vi è alcun obbligo tassativo di valutare fatti analoghi o scelte normative preesistenti. Molto spesso il legislatore si affida a circostanze che trae dai fatti della vita che hanno spinto alla previsione di un nuovo reato e, negli ultimi tempi, anche a fattori del tutto esogeni quali l'emozionalità che suscita quel fatto o il sentimento dell'opinione pubblica che spinge alla previsione di quell'illecito.

Del resto, neppure l'opera del giudice è scevra da sollecitazioni emozionali, pregiudizi e applicazioni di pena motivate dalla necessità di dare un segnale conformativo attraverso la c.d. "*pena esemplare*", quella talmente dura da mostrare un carattere dissuasivo per la collettività, che soddisfa il bisogno di giustizia e destinata a prevenire fatti analoghi.

Il nuovo secolo si è distinto per un diritto penale orientato dalla domanda di giustizia che viene dal basso e condiziona il legislatore che, in quanto decisore politico, raccoglie il consenso anche attraverso l'uso dei presidi punitivi. Il populismo penale ha avuto larga parte dei suoi interventi stimolati da risposte sanzionatorie non meditate che molto spesso hanno affollato il catalogo dei reati, quindi ristretto gli spazi di libertà dei cittadini, senza una razionale risposta punitiva che abbia ridotto il livello di criminalità. Basti pensare alla riforma dei reati in materia sessuale, a quelli introdotti dai vari "pacchetti sicurezza", per finire ai reati contro la pubblica amministrazione che hanno sconvolto la corretta parametrizzazione tra fatti di analogha gravità, messo in campo misure cautelari rigorose, irrigidito il sistema del carcere duro con gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* O.P., trasformato la confisca dei beni da misura preventiva di sicurezza in vera e propria pena patrimoniale.

Questi continui interventi hanno finito per appesantire anche la

macchina della giustizia con un enorme rallentamento delle fasi del processo penale che non fornisce più, come sarebbe auspicabile, una risposta diretta e immediata e finisce per mortificare la finalità costituzionale della pena, affidando le critiche allo *slogan* del “*non c’è più certezza della pena*”, piuttosto che precisare “*non ci sono più tempi certi dei processi*”.

La Riforma Cartabia del 2022 in questo senso, sulla base di sollecitazioni ultimative dell’Unione Europea, ha cercato di imprimere una diversa dinamica dando un volto nuovo sia al processo penale che al sistema delle pene.

Ecco perché il fronte della pena si è alimentato nel tempo di scelte che sono via via sembrate più opportune all’esigenza punitiva di quel momento storico e non nel loro valore assoluto e che hanno segnato anche una decisa rivisitazione delle diverse teorie della pena.

Le teorie che hanno presidiato il campo della punizione in diritto penale si possono distinguere in *assolute* e *relative*.

Le assolute considerano la pena come mera espressione di una necessità intrinseca di giustizia sostanziale, come retribuzione e come corrispettivo del male commesso che finisce per essere una punizione fine a sé stessa.

Le teorie relative sono rivolte al perseguimento di un obiettivo di utilità sociale, vanno oltre la punizione per i fatti già commessi e aspirano a prevenire la consumazione dei reati o a prevenirne la commissione di ulteriori. Forniscono in questo modo una scelta motivazionale al responsabile per superare le ragioni della punizione e aprire il proprio futuro alla reintegrazione sociale.

Le teorie miste, infine, mirano a tenere in un unico alveo concettuale l’esigenza di giustizia sostanziale con quelle di utilità sociale, valorizzando al meglio i profili delle altre teorie che hanno fornito una risposta utile al dovere di punire.

3. Le teorie assolute della pena

3.1. La pena come retribuzione morale

Vi è una sorta di coincidenza, di fungibilità teorica, tra teorie assolute e teorie retributive, perché la concezione della pena in termini retributivi è quella che giustifica il suo carattere declinato esclusivamente su sé stesso, senza alcun'altra prospettiva funzionale.

Il carattere retributivo della punizione è quello che affonda le sue radici nei tempi remoti della storia dell'umanità, dove il criterio di corrispettività della punizione per il fatto commesso era fondato sulla perfetta simmetria raccolta nella massima "*occhio per occhio, dente per dente*".

Le teorie retributive in effetti rapportano la pena al danno cagionato o alla colpevolezza del suo autore. Se il bene va ricompensato con il bene e il male con il male, la pena è considerata un valore positivo che trova in sé stesso la sua ragione giustificativa.

Va subito rilevato che la corrispettività ne segna anche il carattere di proporzionalità della pena retributiva, poiché essa si giustifica soltanto quando vi sia una perfetta corrispondenza quantitativa, di natura etico-giuridica, tra il male commesso e quello che il colpevole deve subire.

Gli indirizzi dottrinali che affondano le radici nel tempo designano la teoria della retribuzione come quelle privilegiata cui riconoscere un profilo di carattere etico morale direttamente legato a prescrizioni di carattere religioso.

La *retribuzione divina* come teoria dell'espiazione svolge il ruolo della conseguenza tipica del peccato, come una punizione direttamente discendente dall'infrazione di una legge morale superiore: l'offesa a Dio impone un castigo divino. L'uomo, per tali ragioni, ha ricevuto una delega da Dio di esercitare la giustizia, per cui la giustizia umana non è altro che la concreta attuazione della giustizia divina cui si deve allineare.

In questa dimensione la pena, intesa come mezzo per infliggere dolore, svolge una funzione di purificazione dello spirito, uno strumento indispensabile contro l'immoralità, poiché proprio il dolore non è altro che il mezzo di purificazione dello spirito.

La teoria della *retribuzione morale* come ipotesi di teoria assoluta riposa sul carattere di corrispettività del castigo, per cui la pena è l'espressione più autentica della coscienza umana che spinge a compensare il bene con il bene e il male con il male, come mezzo per affermare un canone di giustizia naturale.

La teoria della retribuzione morale in età moderna ha trovato in *Emmanuel Kant* (1724-1804) il suo più strenuo sostenitore, secondo il quale: *“la legge penale è un imperativo categorico e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio”*, laddove il diritto penale è *“il diritto che ha il sovrano verso chi gli è soggetto, d'infliggergli una pena quando si sia reso colpevole di un delitto”*. Egli sosteneva l'esistenza di un sistema che mira a punire chiunque possieda una malignità interna – il legno storto –, da cui determinare specie e grado della pena, ecco perché solo la pena della morte poteva essere considerata adeguata a punire l'omicida, i suoi complici e ogni colpevole *“di un altro pubblico delitto che la morte solo può espriare”*, allineando la punizione alla gravità del fatto.

In questo modo la risposta punitiva nel pensiero kantiano resta legata all'idea che l'unica pena possibile è quella che viene inferta in maniera inflessibile solo in una prospettiva di retribuzione morale. È agevole rilevare che in questa prospettiva non si intravede nessun profilo di utilità pubblica, tutto è declinato e puntato alla espiazione di quel soggetto.

Ne va dedotto che una pena che presenta questa connotazione di valore è quella che soddisfa astratte esigenze di giustizia affermandosi con una finalità di vendetta, prescindendo dalle prospettive di vita della persona. La pena assume un fondamento etico assoluto, senza alcuna relazione con altre possibili componenti cui relazionarsi, questo resta l'unico ed esclusivo mezzo per realizzare l'ideale di giustizia. Il criticismo kantiano spinge il suo Autore a delineare i tratti identificativi della pena come un terribile epilogo da assegnare alla punizione: *“se anche il consorzio civile si sciogliesse con il consenso di tutti i suoi membri (se ad esempio gli abitanti di un'isola decidessero di separarsi e di disperdersi per il mondo), dovrebbe prima essere giustiziato l'ultimo assassino che si trovi in prigione, affinché a ciascuno tocchi ciò che i suoi atti incutono e la colpa*

del crimine non resti impressa sul popolo che, non avendo reclamato la punizione, potrebbe essere considerato responsabile di questa pubblica lesione della giustizia”.

Appare del tutto evidente che l'uomo viene strumentalizzato per finalità puramente afflittive, senza alcuna aspirazione a forme di recupero personale e sociale, la sua persona, il suo corpo resta piegato a soddisfare necessità di giustizia assoluta.

Questa concezione così inflessibile e rigorosa cederà poi il passo alla visione illuministica della punizione dove a prevalere sarà il rispetto per l'umanità del condannato, dato sempre presente in qualunque essere umano, e che allo stesso tempo il rispetto dei diritti fondamentali della persona ne segna l'ulteriore finalità.

Non lontana dalla concezione morale della pena, come un suo dato indefettibile, si pone la teoria dell'*emenda o dell'espiazione*, una sorta di medicina dell'anima necessaria per recuperare consapevolezza del male provocato attraverso un percorso di purificazione della coscienza. Una concezione della punizione mutuata dall'esperienza religiosa che condivide un concetto trascendente e che trova precisi punti di concordanza nel Codice di diritto canonico nella sua parte relativa al diritto penale.

Il codice penale italiano del 1930 è fortemente caratterizzato da questo modo di sentire la punizione, cosicché questa sorta di rigenerazione morale del reo riposa sul fondamento etico-individuale come scopo perseguito dallo Stato di promuovere il benessere morale dei singoli cittadini, indipendentemente dalle conseguenze di danno sociale dei propri comportamenti.

3.2. La pena come retribuzione giuridica

La concezione giuridica della retribuzione è prima di tutto la riaffermazione del diritto dello Stato che non passa attraverso il confronto con un sistema di valori, ma trova il suo parametro di valutazione nelle leggi stesse dello Stato.

Questa prospettiva rende certamente più oggettivabile il nucleo paradigmatico del rimprovero, rinvenibile nel suo ordinamento giuridico e allo stesso tempo articola in maniera puntuale i capisaldi identificativi del suo contenuto.