

## INTRODUZIONE

Nel suo *Genealogia della morale*, Friedrich Nietzsche osservava che «nella pena v'è tanta *aria di festa*»<sup>1</sup>. E ciò in quanto, secondo il filosofo tedesco, veder «soffrire fa bene, cagionare la sofferenza ancora meglio – è questa una dura sentenza, eppure antica, possente, umana – troppo umana sentenza fondamentale»<sup>2</sup>. La dinamica punitiva, insomma, lascerebbe intravedere un'atavica, primordiale «voluttà “*de faire le mal pour le plaisir de le faire*”, il piacere di far violenza»<sup>3</sup>. In questa prospettiva, se «il delinquente è soprattutto un “violatore”, uno che ha trasgredito al contratto e alla parola *nei confronti del tutto*», la pena, nel suo modo di atteggiarsi, altro non sarebbe «se non la riproduzione, il *mimus* del comportamento normale contro l'odiato, reso inerme, soggiogato nemico, il quale ha perduto non solo ogni diritto e tutela, sibbene anche ogni possibilità di grazia; dunque il diritto di guerra e la festa di vittoria del *Væ victis!* in tutta la sua spietatezza e crudeltà»<sup>4</sup>.

Ora, per quanto possa disturbare la sensibilità contemporanea, è fuor di dubbio che la pena, pur avendo attraversato, per dirla con Norbert Elias, un lungo 'processo di civilizzazione', ha tenacemente conservato una componente violenta e vendicativa<sup>5</sup>. Così, se secondo alcuni la vendetta sarebbe addirittura «all'origine di tutta la politica criminale e di tutta l'amministrazione della

---

<sup>1</sup> F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Ein Streitschrift*, Lipsia, 1887, trad. it. *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano, 1984, p. 55.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 53.

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 60.

<sup>5</sup> Sul punto, per tutti, v. U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019, p. 170 ss.; R. BARTOLI, *Giustizia vendicativa, giustizia riparativa, costituzionalismo*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, II, Milano, 2022, p. 527 ss.; ID., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 96 ss.; E. WESTERMARCK, *L'essenza della vendetta*, in P. Di Lucia, L. Mancini (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Pisa, 2015, p. 15 ss.; I. TERRADAS SABORIT, *La vendetta nell'ordinamento vendicativo*, *ivi*, p. 125 ss.

giustizia»<sup>6</sup>, altri hanno osservato che il «convitato di pietra» di ogni discorso sulla sanzione penale è stato e continua a essere «il *nucleo vendicatorio* dell'*in sé* della pena, parte indissolubile dell'inconscio collettivo, allorché questo si confronta con i conflitti sociali (almeno quelli, ovunque e da sempre) la cui rielaborazione è affidata al diritto penale»<sup>7</sup>.

Accanto alla dimensione 'emotiva', o forse sarebbe meglio dire 'viscerale', della penalità, dimensione che traspare, ancora oggi, nella sua struttura e nella sua pratica applicazione<sup>8</sup>, il diritto penale, anche grazie alla sua cifra simbolica<sup>9</sup>, quasi sacrale<sup>10</sup>, si caratterizza da sempre, e ancor di più dopo la nascita dello Stato moderno, per il ruolo svolto all'interno delle complesse e articolate dinamiche del controllo sociale<sup>11</sup>. In questo senso, sia pure nel quadro di più o meno sofisticati costrutti teorici che pongono l'accento talvolta sulla componente retributiva, talaltra sulla dimensione preventiva, talaltra ancora sull'emenda e sul controllo della devianza<sup>12</sup>, sembra evidente che il diritto penale, riguardato nell'ottica della sua fenomenicità sociale (dunque non etica, né psico-dinamica)<sup>13</sup>, assolva, in fin dei conti, alla funzione di «mantenere intatta la coesione sociale»<sup>14</sup>. In altri termini, il diritto penale, tanto nella sua dimensione precettiva quanto nella sua dimensione sanzionatoria, contribuisce alla stabilizzazione delle collettività organizzate e al mantenimento della pace e dell'ordine al loro interno.

<sup>6</sup>H. VON HENTIG, *Die Strafe. Ursprung, Zweck, Psychologie*, Stoccarda, 1932, trad. it. *La pena. Origine, scopo, psicologia*, Milano, 1942, p. 21.

<sup>7</sup>Entrambe le citazioni sono di C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, p. 144.

<sup>8</sup>In tal senso, per tutti, L. LACCHÉ, *I paradossi del castigo*, in *Quad. storia del penale e della giustizia*, 2021, n. 3, p. 13.

<sup>9</sup>Così R. CORNELLI, *Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale*, in *Quad. storia del penale e della giustizia*, 2021, n. 3, pp. 203-204.

<sup>10</sup>Si veda, in tal senso, il fondamentale studio di R. GIRARD, *La Violence et le sacré*, Parigi, 1972, trad. it. *La violenza e il sacro*, Milano, 1980, dove l'A. evidenzia le profonde connessioni che legano la violenza, il ritualismo e la dimensione spirituale e sacrale.

<sup>11</sup>Cfr., in tal senso, D. GARLAND, *Punishment and modern society*, Oxford, 1990, trad. it. *Pena e società moderna*, Milano, 1999, p. 321 ss., laddove l'A. formula la teoria della pena come istituzione sociale.

<sup>12</sup>V., per tutti, M.A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978, p. 13 ss.

<sup>13</sup>In questi termini C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, p. 98.

<sup>14</sup>Così E. DURKHEIM, *La division du travail social*, Parigi, 1893, trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016, p. 146, il quale, peraltro, non nega ma, esattamente all'opposto, riconosce e conferma l'ineliminabile componente vendicatoria della penalità.

Come a tutti noto, però, ormai da tempo l'architettura del controllo penale, così come definitasi nel lungo arco di tempo che si estende dall'Età dei Lumi fino agli albori della postmodernità, è sottoposta a critiche, anche radicali, e, con particolare riferimento alla sua componente strettamente sanzionatoria, lascia intravedere una condizione di profonda crisi, al contempo di legittimazione e di effettività<sup>15</sup>.

Una crisi che, nell'ordinamento italiano, trova i suoi punti di emersione nei drammatici fenomeni del sovraffollamento carcerario e dei c.d. liberi sospesi; in scelte sanzionatorie variamente etichettate come "populismo penale", "diritto penale del nemico", "diritto penale securitario", cui si abbinano scelte, di segno opposto, che danno la stura a indulgenzialismi settoriali; nella sempre più accentuata distanza tra le pene comminate e le pene applicate e poi eseguite; infine, nel progressivo affermarsi di nuove tecniche sanzionatorie o parasanzionatorie che competono con lo *ius criminale* e che contribuiscono in maniera significativa a elevare il tasso di incertezza e imprevedibilità della risposta penale alla commissione dei reati.

Una crisi, ancora, che vede come principali attori, da un lato, il legislatore, il quale appare sempre meno avvezzo a compiere chiare e lungimiranti scelte di politica criminale e sempre più incline, invece, a governare la penality con scelte di corto, se non di cortissimo, respiro e, dall'altro lato, le autorità (giudiziaria e, sia pur in minor grado, di pubblica sicurezza) competenti per l'applicazione degli strumenti del controllo penale, le quali, in parte per espressa delega legislativa e in parte per necessità, sono diventate sempre più protagoniste (*rectius*, artefici) dei concreti modi di funzionamento del controllo penale.

A fronte di questo complesso scenario, il presente studio intende offrire una panoramica complessiva dell'intero sistema sanzionatorio, confrontandosi criticamente con tutte le sue componenti, nella convinzione che solo attraverso una prospettiva unitaria sia possibile metterne in luce le sovrapposizioni, le disfunzioni e le inefficienze.

In effetti, se si limitasse lo sguardo a un solo istituto o a un solo comparto del sistema sanzionatorio, si rischierebbe di perdere di vista il suo funzionamento d'insieme e, dunque, di non cogliere le interferenze e le disarmonie tra i diversi istituti. A ben vedere, infatti, ciascun singolo istituto può risultare, se osservato in maniera isolata e, per così dire, "in provetta", soddisfacente sia sul piano delle funzioni assolute sia sul piano della concreta

---

<sup>15</sup> Cfr., per tutti, F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 171 ss.

disciplina predisposta dal legislatore; se calato, invece, nella complessità dell'ordinamento penale e messo in relazione con altri istituti a esso omogenei sul piano funzionale e applicativo, con la dinamica processuale e con l'interpretazione giurisprudenziale, può rivelarsi molto meno "performante" rispetto a quanto possa sembrare sulla carta.

L'obiettivo del presente lavoro è dunque quello di ricostruire l'intero mosaico sanzionatorio, ripartendo l'analisi in quattro macroaree: *a)* delle pene in senso stretto; *b)* degli strumenti di contenimento della pericolosità sociale; *c)* delle misure ablatorie; infine, *d)* dell'illegalità degli enti. Entro ciascuna macroarea, ci si propone di far emergere le numerose incoerenze, quando non addirittura le irrazionalità, prodotte, in parte, da una stratificazione normativa spesso estemporanea e settoriale e, in altra parte, da una prassi applicativa sempre più in grado di incidere, anche a causa del significativo tasso d'imprecisione del dato normativo e degli ampi margini di discrezionalità riconosciuti all'autorità giudiziaria e amministrativa, sul concreto modo di atteggiarsi delle diverse componenti del sistema sanzionatorio.

S'intende mostrare, cioè, come ogni progetto di riforma o di modifica di ciascuna macroarea del sistema sanzionatorio, dal più ambizioso al più modesto, abbisogni di un'analisi complessiva del modo di funzionamento del settore d'intervento; di un'analisi che, facendo emergere le cause profonde delle disfunzioni e delle inefficienze, ponga le basi per una riflessione più completa e consapevole circa i correttivi da elaborare *de iure condendo*.

1. Il primo capitolo sarà dedicato allo studio del sistema sanzionatorio italiano inteso nel suo senso più stretto e classico, vale a dire limitato alle pene principali, alle alternative al carcere e alle pene accessorie, con uno sguardo che si allungherà fino a considerare il diritto punitivo che, pur non formalmente penale, nondimeno lambisce la *matière pénale*.

In particolare, muovendo dalla convinzione che le scelte in campo sanzionatorio non hanno carattere astratto o, per così dire, metafisico, ma risentono profondamente del contesto politico, economico, sociale e culturale in cui vivono e operano, la prima sezione del capitolo avrà per oggetto lo studio della pena detentiva in una prospettiva socio-storico-criminologica, al fine di ricordare, da un lato, quali sono le ragioni profonde per cui il carcere, pur avendo ormai da tempo ingenerato una pressoché unanime insoddisfazione nel mondo accademico e nelle *élite* culturali, continua a costituire l'opzione sanzionatoria prediletta dai legislatori occidentali, compreso quello italiano, quantomeno sul piano delle comminatorie edittali, e, dall'altro lato, come qualsiasi prospettiva di (almeno parziale) superamento della

pena carceraria abbisogni di tempi lunghi e di significativi mutamenti economici, sociali e culturali.

La seconda sezione del primo capitolo sarà invece soprattutto rivolta allo studio delle singole alternative alla pena detentiva, le quali verranno riguardate in una prospettiva storico-evolutiva e contenutistico-applicativa, con il proposito di mettere in luce lo iato esistente tra le alte aspirazioni perseguite attraverso l'introduzione e la continua implementazione di tali misure e i ben più modesti risultati conseguiti attraverso la loro concreta applicazione. Verrà poi dedicato uno spazio all'analisi delle pene accessorie e del diritto punitivo extrapenale: nello specifico, delle prime si metterà soprattutto in luce l'ormai antiquata disciplina applicativa, mentre del secondo si evidenzieranno i modi di coesistenza e di dialogo con il sistema delle pene.

Come si vedrà, il quadro complessivo che emerge dall'indagine è quello di un sistema sanzionatorio nel suo complesso incoerente e disfunzionale; un sistema sanzionatorio i cui indirizzi funzionali – solo genericamente e confusamente indicati dal legislatore – e il cui svolgimento applicativo – sostanzialmente delegato all'autorità giudiziaria – appaiono sempre più “gestiti” dalla prassi in funzione di obiettivi e di esigenze contingenti, e dunque vieppiù lontani dai canoni di legalità, prevedibilità e certezza.

2. Nel secondo capitolo l'attenzione sarà rivolta alle tecniche penali e parapenali di controllo della pericolosità individuale, vale a dire alle misure di prevenzione personali *ante delictum* e alle misure di sicurezza personali.

Di tali misure sarà fornita, in primo luogo, un'attenta ricostruzione storica, al fine di far emergere, per quanto riguarda le misure di prevenzione personali, i (molti) elementi di continuità e i (pochi) elementi di discontinuità rispetto ai loro più vicini predecessori disciplinati nei testi unici di pubblica sicurezza della seconda metà del XIX secolo e del ventennio fascista, mentre, per quanto riguarda le misure di sicurezza, il loro debito, per vero più normativo-applicativo che propriamente ideologico, rispetto al diritto di polizia ottocentesco.

In secondo luogo, attraverso lo studio della disciplina attualmente vigente, si evidenzieranno le principali ragioni – ambito soggettivo di applicazione coincidente con l'area della rilevanza penale, deficit di tassatività, standard probatori attenuati, contenuti accentuatamente afflittivi, assenza di qualsiasi coordinamento normativo con le pene e le misure di sicurezza – per cui le misure di prevenzione personali sono destinate a operare fatalmente come surrogato o come duplicato, in prima battuta, della misura di sicurezza e, in seconda battuta, della pena.

Anche nel settore del controllo penale della pericolosità sociale sembra

peraltro mancare un chiaro e razionale disegno legislativo, il che conduce quasi inevitabilmente a un accentuato protagonismo dell'autorità giudiziaria (e di polizia) in fase applicativa: un protagonismo applicativo che si manifesta, da un lato, nella continua tendenza espansiva delle misure di prevenzione, le quali si prestano agli impieghi più disparati per dare una risposta pronta e immediata alle contingenti emergenze e, dall'altro lato, nella tendenziale progressiva fagocitazione delle misure di sicurezza da parte delle misure di prevenzione in relazione a casi in cui non vi sarebbe alcun ostacolo all'applicazione delle prime.

3. Il terzo capitolo sarà poi dedicato allo studio delle misure di ablazione patrimoniale, delle quali saranno soprattutto riguardati i rapporti reciproci e le vicendevoli interferenze. In particolare, si analizzeranno i punti di contatto e le differenze intercorrenti tra le due confische dei beni di sospetta provenienza illecita – la confisca di prevenzione, da un lato, e la confisca in casi particolari, dall'altro lato – al fine di interrogarsi sulla sostenibilità della convivenza nell'ordinamento di due misure sostanzialmente identiche per *ratio* e contenuti e, in un secondo momento, si metteranno in relazione le anzidette confische “allargate” con le confische del prezzo, del prodotto e del profitto del reato, per verificare se e in che misura le prime siano conciliabili con le seconde. Inoltre, si mostrerà come all'attivismo legislativo, che si è tradotto in un continuo potenziamento della disciplina positiva delle confische attraverso sia l'introduzione di nuove ipotesi ablatorie sia l'efficientamento di alcune misure patrimoniali già vigenti, si sia abbinato un significativo protagonismo giudiziario, anch'esso volto, in un gran numero di casi, a un ampliamento per via interpretativa degli istituti ablatori, sì da conferire loro maggiore efficacia e incisività sul piano applicativo.

4. Infine, nel quarto capitolo si guarderà al controllo penale delle attività economiche, dove si assiste, per vero, a una curiosa, ma anche assai problematica, tendenza. Se per un verso, infatti, il sistema della responsabilità da reato degli enti codificato nel d.lgs. n. 231/2001 risulta tanto apprezzato nel dibattito dottrinale quanto trascurato nell'applicazione giurisprudenziale, per altro verso il controllo di legalità delle attività produttive sembra progressivamente spostarsi verso sistemi sanzionatori e parasanzionatori che, pur recando con sé un notevole carico di afflittività, vantano, da una parte, una certa informalità (ciò che consente una sorta di negoziazione tra ente e autorità giudiziaria o amministrativa) e, d'altra parte, una spiccata fluidità applicativa (ciò che consente valutazioni ampiamente discrezionali con riferimento all'*an* e al *quomodo* della disposizione dell'una o dell'altra misura).

CAPITOLO I  
**IL CONTROLLO PENALE  
DELLA CRIMINALITÀ MEDIANTE LA PENA**  
**La pena in crisi, alla ricerca di alternative,  
trasfigurazioni, vie di fuga**

Ma ciò non toglie che io debba dire alla Camera che le carceri italiane, nel loro complesso, sono la maggior vergogna del nostro Paese. Esse rappresentano l'esplorazione della vendetta sociale, nella forma forse più atroce che si abbia mai avuto: noi crediamo di aver abolita la tortura, e i nostri reclusori sono essi stessi un sistema di tortura, la più raffinata; noi ci vantiamo di aver cancellato la pena di morte dal codice penale comune, e la pena di morte che ammanniscono a goccia a goccia le nostre galere è meno pietosa di quella che era data per mano del carnefice; noi ci gonfiamo le gote a parlare di emenda dei colpevoli, e le nostre carceri sono fabbriche di delinquenti o scuole di perfezionamento dei malfattori<sup>1</sup>.

F. TURATI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – *Sezione I: La pena detentiva nella storia.* – 2. La pena detentiva: origine, evoluzione, scenari attuali e futuri. – 2.1. La nascita del carcere, tra aspirazioni correzionali e riforma della società. – 2.2. L'orientamento idealista: il carcere come "tappa" verso un sistema punitivo sempre più moderno e umano. – 2.3. Gli orientamenti revisionisti degli anni '60 e '70: il carcere come prodotto storico di fattori economici, politici e sociali. – 2.4. Il carcere: storia di un fallimento, di tante occasioni mancate, o di uno strepitoso successo? – 2.5. Il carcere alle porte del XXI secolo: la riscoperta della pena detentiva, tra incarcerazioni di massa ed emarginazione sociale. – *Sezione II: Il carcere in Italia e la via italiana di "fuga" dalla pena detentiva.* – 3. Il carcere in Italia. – 3.1. Andamento della popolazione carceraria. – 3.2. Categorie di reati e carcerazione. – 3.3.

---

<sup>1</sup>La citazione è tratta dal discorso pronunciato da Filippo Turati nel 1904 alla Camera dei deputati, oggi pubblicato con il titolo *Il cimitero dei vivi*, Avellino, 2021.

Profili personologici dei detenuti. – 3.4. Condizioni di vita negli istituti penitenziari. – 3.5. Sintesi. – 4. Le alternative al carcere, tra istanze specialpreventive, esigenze deflattive e ampliamento del controllo penale. – 4.1. La ricerca di alternative al carcere. – 4.2. Le alternative al carcere in Italia: uno sguardo d'insieme. – 5. Le diverse “vie di fuga” dalla pena detentiva nell'ordinamento italiano. – 5.1. La sospensione condizionale della pena. – 5.1.1. La sospensione condizionale: da mera rinuncia alla pena breve, a istituto ad aspirazione trattamentale. – 5.1.2. L'ambito di applicazione della sospensione condizionale. – 5.1.3. I contenuti della sospensione condizionale. – 5.1.4. Sospensione condizionale e patteggiamento. – 5.1.5. Sintesi: riforme solo parziali ed eccessi applicativi. – 5.2. Le misure alternative alla detenzione. – 5.2.1. L'impianto originario della l. 26 luglio 1975, n. 354. – 5.2.2. Le misure alternative alla detenzione nella loro formulazione originaria. – 5.2.3. Il progressivo ampliamento del raggio applicativo delle misure alternative alla detenzione e la loro attuale configurazione. – 5.2.4. Le singole misure alternative alla detenzione: brevi considerazioni critiche. – 5.2.4.1. Affidamento in prova al servizio sociale. – 5.2.4.2. Detenzione domiciliare. – 5.2.4.3. Semilibertà. – 5.2.5. Sintesi: da “punta di diamante” dell'esecuzione penitenziaria a benefici generalizzati in funzione di deflazione carceraria. – 5.3. Le sanzioni/pene sostitutive delle pene detentive “brevi”. – 5.3.1. Dal fallimento della legge 24 novembre 1981, n. 689... – 5.3.2. ...al *restyling* della riforma Cartabia. – 5.3.3. Le singole pene sostitutive: la “pena-programma” come strumento di governo della criminalità medio-bassa. – 5.4. Le pene applicate dal giudice di pace. – 5.5. Il lavoro di pubblica utilità nel codice della strada e nel Testo Unico stupefacenti. – 5.6. La sospensione del procedimento con messa alla prova. – 5.7. Le condotte riparatorie come causa di estinzione del reato. – 6. La pena pecuniaria, ovvero il Godot del sistema sanzionatorio italiano. – 7. Le pene accessorie: uno strumento sanzionatorio in cerca d'autore. – 7.1. Pene accessorie *versus* effetti penali della condanna. – 7.2. Le pene accessorie: una panoramica. – 7.3. Le funzioni delle pene accessorie. – 7.4. La disciplina delle pene accessorie: gli originari caratteri di indefettibilità e automaticità e la loro progressiva erosione. – 7.4.1. Gli “attacchi” all'assetto originario delle pene accessorie: i riti speciali della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e del procedimento per decreto. – 7.4.2. Segue: la disciplina della sospensione condizionale, delle misure alternative e delle pene sostitutive. – 7.4.3. Segue: le pene accessorie in materia di bancarotta come “testa d'ariete” per una riscrittura in via giurisprudenziale dei profili commisurativi. – 7.5. Quale ruolo delle pene accessorie nel sistema sanzionatorio? – 8. Le sanzioni punitive oltre il diritto penale: cenni. – 9. Riflessioni conclusive.

## 1. Introduzione

Ancora di recente, nel dibattito scientifico contemporaneo è stata richiamata l'attenzione sullo stato di crisi in cui, ormai da tempo, versa il sistema penale nel suo complesso<sup>2</sup>. Una crisi che, come acutamente osservato, ha

---

<sup>2</sup>Tra i lavori più recenti che riflettono sul sistema penale nel suo complesso e sulla sua crisi, si vedano, per tutti, E. DOLCINI, *Patologie del sistema sanzionatorio penale e principio della*

radici profonde<sup>3</sup> e che si manifesta con diversi sintomi: tra questi, l'ipertrofia legislativa, che assume tratti schizofrenici in ragione dell'assenza di una razionale visione d'insieme<sup>4</sup>; la confusione rispetto ai fini da perseguire attraverso lo strumento penalistico<sup>5</sup>; il cattivo funzionamento della macchina della giustizia, sempre più lenta e orientata a un contrasto "selettivo" delle illegalità<sup>6</sup>.

Senza dubbio, però, uno dei principali punti di emersione della crisi del sistema penale è rappresentato dal momento sanzionatorio, giudicato in uno stato di vero e proprio «collasso»<sup>7</sup> da più di vent'anni a questa parte. Un

---

*rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 413 ss.; G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, p. 71 ss.; V. MONGILLO, *Crisi immanente e centralità del contingente del "penale" tra potere e diritto*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, Milano, 2022, p. 187 ss.; C. PIERGALLINI, *Il "penale" senza "diritto"?*, *ivi*, p. 709 ss.

<sup>3</sup> Come acutamente osservato da C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 519 ss., la condizione di crisi dei sistemi penali contemporanei troverebbe una possibile spiegazione nell'interazione tra i due diversi paradigmi del diritto penale classico e del diritto penale dello scopo, interazione che avrebbe dato luogo, a sua volta, a una forte tensione tra i due poli del garantismo e dell'effettività.

<sup>4</sup> Così, ad es., E. LO MONTE *Dal 'sistema penale' alla 'norma penale': uno sguardo sui rischi di autoritarismo nella recente deontica penalmente presidiata*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, Milano, 2022, pp. 155-164; N. MAZZACUVA, *Iperptrofia (del diritto penale)*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III, Milano, 2022, p. 1551 ss.

<sup>5</sup> Insiste su questo aspetto, ad es., V. MONGILLO, *Crisi immanente e centralità del contingente del "penale" tra potere e diritto*, cit., p. 201, il quale evidenzia che, allo stato attuale, resta «inevaso il nodo centrale del sistema penale, di una corretta scienza della legislazione/codificazione e di una buona politica criminale: quale debba essere l'indirizzo teleologico di fondo; detto altrimenti, quali finalità/funzioni vadano attribuite alle sanzioni penali, dalla minaccia legale alla esecuzione, passando per la commisurazione».

<sup>6</sup> V. MONGILLO, *Crisi immanente e centralità del contingente del "penale" tra potere e diritto*, cit., p. 203; A. CORDA, *Legittimazione del diritto penale e crisi "performative" della penalità*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, Milano, 2022, pp. 36-40, il quale definisce come "crisi da iper-selettività" la «manifestazione acuta di quello sfaccettato fenomeno che è l'*underenforcement* del diritto penale, inteso qui come *enforcement non egalitario/discriminatorio*».

<sup>7</sup> Il riferimento è, ovviamente, al noto saggio di G. MARINUCCI, *Il sistema penale sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160 ss., il quale, a p. 170, presagisce che, per «un certo tempo, la "reazione sociale" a un controllo penale che va disgregandosi non si manifesterà in forme clamorose: assumerà le forme di un accumulo molecolare di sentimenti di insicurezza e frustrazione», avvertendo però al contempo che «[b]asta però un nonnulla a cambiare lo stato delle cose». Similmente F. PALAZZO, *Le condizioni generali per la riforma*

collasso, quello della pena, che presenta un volto duplice<sup>8</sup>.

Da un lato, infatti, si registra un'«endemica e drammatica sovraccarcerazione»<sup>9</sup> che, oltre a non accennare ad arrestarsi, funge sempre più da cassa di risonanza delle diseguaglianze economiche e sociali, acuendole e, in molti casi, esasperandole<sup>10</sup> (*infra*, 2 ss., 3 ss.).

Dall'altro lato, e al contempo, la pena soffre anche di un grave deficit di certezza ed effettività<sup>11</sup>. Come acutamente osservato, infatti,

da «quando la pena è concepita, nella fase della previsione legislativa, come strumento di prevenzione generale utilizzato secondo criteri razionali, e cioè a partire dalla riforma illuministica, sono stati postulati tre valori “modali” capaci di condizionare il raggiungimento della finalità dissuasiva e persuasiva in cui la prevenzione generale stessa finisce col risolversi: la *certezza* della pena, nel senso che al reato commesso deve sempre seguire l'applicazione della sanzione comminata in astratto; la *prontezza* della pena, nel senso che essa deve seguire celermente la commissione del reato; l'*indefettibilità* della pena, nel senso che essa deve seguire senza possibilità di remissione. Questi valori tendono a tradursi, nell'esperienza giuridica del nostro ordinamento, nel loro esatto contrario: la pena è incerta, perché la soglia del “rischio penale” si è grandemente ridotta, non soltanto sul piano dell'accertamento dei reati e dell'individuazione dei loro autori, ma anche sul piano delle capacità del sistema di perseguire e condannare i rei; la pena è lenta, perché i tempi processuali, anche dopo la riforma del codice di procedura, sono rimasti assai lunghi (...); quando infine c'è, la pena è “precaria”, perché sfuma di un labirinto di alternative, giudiziali ed esecutive, che riducono la condanna giudiziale a “pena teorica”, rispetto alla quale la “pena

---

*del sistema sanzionatorio*, in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Torino, 2008, p. 321; E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 31.

<sup>8</sup> Evidenzia questa duplicità F. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1171 ss.

<sup>9</sup> F. PALAZZO, *Le condizioni generali per la riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 321.

<sup>10</sup> Sottolineano questo profilo, ad es., F. PALAZZO, *Le condizioni generali per la riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 322, il quale osserva come i destinatari della sanzione carceraria siano, in un numero assai rilevante, cittadini stranieri; e C.E. PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Torino, 2008, p. 276, il quale osserva amaramente che il «sistema sanzionatorio procede indiscutibilmente a due velocità: da una parte la sanzione “morbida” diretta ai galantuomini, esemplificabili benissimo come gli autori di *white collar crimes*; dall'altra la pena “monolitica”, consegnata per soggetti che originano dalle “classi pericolose”, peraltro in continuo infortimento».

<sup>11</sup> Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414 ss.

effettiva” è, al massimo, una semplice frazione, spesso modesta, e comunque soggetta a variabili di ogni tipo»<sup>12</sup>.

Tante e autorevolissime voci dottrinali hanno a più riprese denunciato l’«ampio scollamento»<sup>13</sup> che, ormai sistematicamente, si registra tra la fase della minaccia legale della pena, per solito caratterizzata da un elevato coefficiente di severità, e le successive fasi dell’applicazione e dell’esecuzione, dove in molti casi la sanzione si riduce a un mero simulacro di pena. A ben vedere, infatti,

poggia «su equilibri fragilissimi un sistema penale che *minaccia* severe pene detentive; *irroga* pene che conservano il nome di reclusione o di arresto, ma sono il più delle volte enormemente lontane, già nell’ammontare, da quelle prefigurate dalla comminatoria legale, per effetto di riduzioni di pena correlate soltanto alle scelte di strategia processuale dell’imputato, e non alla gravità del reato, né alla personalità del suo autore; normalmente *rinuncia*, infine, *ad eseguire* le pene disposte dal giudice all’atto della condanna, spesso affidando ad un altro giudice il compito di commutare la pena detentiva, di cui nemmeno si inizia l’esecuzione, in misure sospensive prive di qualsiasi contenuto. La costante divaricazione tra pena legale, pena inflitta e pena eseguita – delineata forse in ossequio a malintese istanze di *prevenzione generale* – in realtà contraddice radicalmente tali istanze. Compromette le esigenze della cosiddetta prevenzione generale *positiva*, cioè della stabilizzazione sociale: pene minacciate ‘a vuoto’ generano disorientamento tra i cittadini, senso di insicurezza, sfiducia nelle istituzioni e provocano, ben presto, concitate e irrazionali domande di ‘legge e ordine’. D’altra parte, inevitabilmente viene meno anche qualsiasi effetto di intimidazione (la cosiddetta prevenzione generale *negativa*): se il primo fattore di deterrenza è la certezza della punizione, esiti disastrosi si devono attendere da un sistema che, all’opposto, produce nei destinatari una convinzione prossima alla certezza che le pene minacciate non saranno eseguite. Nessuno può prendere sul serio un legislatore che, sempre e indiscriminatamente, fa la voce grossa, ma subito aggiunge, strizzando l’occhio: scherzavo»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Così T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 419-420.

<sup>13</sup> L’espressione è di M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Milano, 2018, p. 344.

<sup>14</sup> In questi termini E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 874-875. Esprimono lo stesso concetto, tra gli altri, S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1100-

La sanzione penale, dunque, oltre ad arrivare solitamente con molto ritardo rispetto al momento della commissione del reato, sembra essere più il prodotto di una lunga serie di casualità che non il coerente epilogo di una politica criminale razionale<sup>15</sup>.

Benché siano senz'altro diversi i fattori che contribuiscono a determinare l'incertezza e l'ineffettività della pena, una delle cause principali dev'essere rintracciata nelle dinamiche, che ormai hanno assunto una dimensione patologica, che intercorrono tra potere legislativo e potere giudiziario: da una parte, infatti, si osserva un legislatore che, avendo rinunciato a qualsiasi prospettiva di riforma di ampio respiro e medio-lungo periodo, si premura quasi soltanto di rimediare alle falle che di volta in volta richiedono un intervento urgente<sup>16</sup>; dall'altra parte, si registra un crescente protagonismo dell'autorità giudiziaria, in buona parte avallato e promosso dallo stesso legislatore attraverso i sempre più ampi margini di discrezionalità riconosciuti ai giudici<sup>17</sup>. Si è dunque venuto a delineare uno scenario nel quale il «collegamento tra le sanzioni previste dalla legge e le tariffe penali è divenuto meramente indicativo: le pene edittali si sono trasformate in una sorta di generico quanto improbabile catalogo sanzionatorio, destinato ad esaurire la sua funzione più nell'ambito dei manuali di diritto penale che nelle aule giudiziarie»<sup>18</sup>; e, in tale contesto, il giudice si è «trovato ad esercitare un ruolo sempre più decisivo di supplenza nei confronti delle mancate scelte del legislatore, talmente radicato nel costume giudiziario da essere ormai considerato come un fatto scontato e ineluttabile, connaturale alla giurisdizione

---

1101; P. PITTARO, *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro, A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, p. 9; A. PRESUTTI, *L'effettività della pena nel contesto della fase esecutiva*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro, A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, p. 57; M. CASTALDO, *La riduzione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, p. 42.

<sup>15</sup> In questi termini G. LATTANZI, *Il sistema sanzionatorio tra criticità e prospettive di razionalizzazione*, in G. De Francesco, A. Gargani (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 201.

<sup>16</sup> Ancora, di recente, E. LO MONTE, *Dal 'sistema penale' alla 'norma penale'*, cit., p. 158 ss.

<sup>17</sup> Già qualche decennio fa, tra gli altri, mettevano in guardia da un troppo disinvolto allargamento dei poteri discrezionali dell'autorità giudiziaria T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, cit., p. 423 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit., p. 414; F. DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, pp. 88-89.

<sup>18</sup> Così G. NEPPI MODONA, *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in G. Borrè, G. Palombarini (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998, p. 52.

penale»<sup>19</sup>. Il che, tuttavia, apre la strada a un diritto penale, per così dire, a intensità variabile su tutto il territorio nazionale, essendo la risposta sanzionatoria finale al fatto-reato fortemente condizionata dalle valutazioni, talora imperscrutabili<sup>20</sup>, di ciascun giudice<sup>21</sup>.

Proprio da questo angolo visuale la pena verrà riguardata nel presente capitolo: l'obiettivo, cioè, è quello di verificare e approfondire i segnali d'allarme lanciati, a più riprese, da un'ampia parte della dottrina, analizzando il sistema delle pene nel suo complesso con riguardo sia alla loro attuale configurazione legislativa, sia all'impatto che su di esse ha il potere discrezionale dei giudici, nel cruciale passaggio dalla comminatoria legale all'applicazione nei singoli casi concreti. In questa prospettiva, il punto di partenza dell'indagine non può che essere costituito dalla pena che, almeno sulla carta, rappresenta ancora il fulcro dell'ordinamento penale, vale a dire la pena carceraria.

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Esprime scetticismo rispetto alla trasparenza e alla controllabilità delle valutazioni giudiziarie in punto di commisurazione della pena G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1265, laddove l'A. osserva che «la quantità di pena che viene decisa ogni giorno dai giudici è indecidibile. Popperianamente essa è infalsificabile». Circa la crisi del sistema commisurativo e l'affacciarsi di una pluralità di sistemi di commisurazione, cfr. già L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 430-434.

<sup>21</sup> Ancora G. NEPPI MODONA, *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 53, il quale osserva giustamente che «le sanzioni sono applicate secondo tariffe determinate dallo stesso potere giudiziario, che ha così cercato di interpretare i criteri di valore e le aspettative sociali presenti nella società contemporanea. Il carattere diffuso del potere giudiziario rende peraltro inevitabile che la misura della pena non sia applicata in maniera uniforme da tutti i giudici, ma vi siano tariffe diverse da luogo a luogo, ovvero anche all'interno della medesima sede giudiziaria. Le tradizionali funzioni della pena – retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale – si sono così parcellizzate in una accezione quantomeno duplice: quella del legislatore, scritta ormai solo nel codice, e quella "reale", desumibile dall'attività giudiziaria, peraltro non univoca, in quanto soggetta alla mediazione interpretativa dei singoli giudici. Sì che, a prescindere da altre considerazioni attinenti all'esecuzione penale, e facendo per ora riferimento solo alla divaricazione patologica tra pene edittali e pene applicate dal giudice, appare veramente difficile, se non impossibile, dire quale o quali siano attualmente le funzioni svolte dalla pena nell'ordinamento italiano».

SEZIONE I  
LA PENA DETENTIVA NELLA STORIA

*2. La pena detentiva: origine, evoluzione, scenari attuali e futuri*

Che la pena carceraria non goda di grande considerazione e popolarità nel mondo accademico e, più in generale, nel *milieu* culturale e intellettuale del mondo occidentale è circostanza ormai assai nota: «strumento di *esclusione*»<sup>22</sup>, luogo “infernale”<sup>23</sup>, «camera oscura della legalità»<sup>24</sup> o, addirittura, “la via occidentale ai gulag”<sup>25</sup>, sono soltanto alcuni degli epiteti, evidentemente nient’affatto lusinghieri, riservati negli ultimi decenni all’istituzione penitenziaria. In effetti, è ormai radicata la convinzione che il carcere presenti molti più inconvenienti che vantaggi, che i costi (non solo economici, ma soprattutto umani e sociali) della detenzione siano troppo elevati per essere tollerati in società che vogliono dirsi liberali e democratiche, che la detenzione non renda affatto la collettività più sicura e non la metta al riparo dalla delinquenza: insomma, si è ormai persuasi del fatto che il carcere non riesce a mantenere nemmeno quel (poco) che sembra promettere, svelando anzi «il suo volto primitivo come strumento di *annullamento della persona umana*, di de-umanizzazione»<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup>T. PADOVANI, *Riflessioni conclusive*, in G. De Francesco, A. Gargani (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, p. 251. Nello stesso senso v. D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 27.

<sup>23</sup> Il riferimento è a M. PAVARINI, «L’inferno esiste, anche se all’inferno non c’è nessuno». Osservazioni su ordinamento penitenziario e ruolo della pena, in *Quest. giust.*, 1986, p. 804 ss.

<sup>24</sup> M. FOUCAULT, “*Alternatives*” à la prison: diffusion ou décroissance du contrôle social?, trad. it. *Alternative alla prigione: diffusione o riduzione del controllo sociale?*, in M. Foucault, *Alternative alla prigione*, Vicenza, 2022, p. 31.

<sup>25</sup> In questi termini N. CHRISTIE, *Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Style*, Londra-New York, 1994, trad. it. *Il business penitenziario: la via occidentale al Gulag*, Milano, 1996, p. 12, dove l’A. sostiene che i «moderni sistemi di controllo del crimine contengono talune potenzialità di sviluppo verso un Gulag all’occidentale»; si veda, per un ulteriore approfondimento, anche J. PRATT, *Beyond «Gulag Western Style»? A Reconsideration of Nils Christie’s Crime Control as Industry*, in *Theoretical Criminology*, 2001, vol. 5, n. 3, p. 283 ss.

<sup>26</sup> Così F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, p. 148. Parla invece di «effetto di *disculturazione*» T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018, p. 7.

A ben vedere, tuttavia, le critiche (o meglio, le accuse), che oggi bersagliano l'istituzione carceraria nella sua stessa essenza, non sono affatto nuove: basta, infatti, ripercorrere la storia del carcere per accorgersi di come, già dal giorno successivo all'affermazione della detenzione come risposta punitiva principale e, per così dire, generalizzata in tutti i sistemi penali occidentali<sup>27</sup>, i riformatori si siano subito affannati a escogitare svariati correttivi, tanto sul piano dell'edilizia carceraria quanto sul piano dell'esecuzione della pena detentiva, al fine di rimediare alle disfunzioni, e ai tutt'altro che infrequenti orrori, prodotti dal penitenziario<sup>28</sup>.

Ci aveva visto bene già Foucault quando, nel suo fondamentale lavoro sulla nascita del penitenziario, ha causticamente osservato che la storia del carcere altro non è se non la storia della sua stessa riforma: in altri termini, la prigione si sarebbe «trovata fin dall'inizio impegnata da una serie di meccanismi di accompagnamento, che devono in apparenza correggerla, ma che sembrano far parte del suo stesso funzionamento, tanto sono stati legati alla sua esistenza lungo tutta la sua storia»<sup>29</sup>. In termini ancora più netti, è stato sostenuto che «la “crisi” dell'istituzione carceraria sembra quasi coincidere con la sua “origine”», e ciò in quanto «il penitenziario nasce già afflitto da una malattia mortale, la sua storia è la storia di una “terapia impossibile”, di una “riforma impossibile”»<sup>30</sup>.

Se quanto appena detto è vero, se, cioè, le criticità della pena carceraria

---

<sup>27</sup> Per un approfondimento in merito alla storia del carcere in Italia, v. G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V, Torino, 1973, p. 1906 ss.; R. CANOSA, I. COLONNELLO, *Storia del carcere in Italia dalla fine del '500 all'Unità*, Bari, 1984; C. DE VITO, *Camosci e girachiavi: storia del carcere in Italia (1943-2007)*, Roma-Bari, 2009.

<sup>28</sup> Si veda, per tutti, il celebre studio sulle origini del sistema carcerario inglese condotto da M. IGNATIEFF, *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*, New York, 1978, trad. it. *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione inglese 1750-1850*, Milano, 1982, dove l'A., con l'ironia che lo contraddistingue, dopo aver raccontato la “giornata tipo” all'interno del penitenziario di Pentonville più o meno intorno alla metà XIX secolo, segue da vicino e ripercorre l'opera di alcuni importanti riformatori del sistema carcerario inglese tra la fine del 1700 e i primi decenni del 1800 (tra cui i filantropi John Howard ed Elizabeth Fry), facendo emergere proprio come i problemi di fondo che affliggono oggi l'istituzione penitenziaria siano – al netto degli ovvi miglioramenti sul piano igienico-sanitario, dell'edilizia carceraria, dell'approccio pedagogico-rieducativo e dei metodi correttivi impiegati dagli operatori penitenziari – i medesimi che venivano riscontrati ormai più di due secoli fa.

<sup>29</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi, 1975, trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2014, p. 255.

<sup>30</sup> M. PAVARINI, «Concentrazione» e «diffusione» del penitenziario. *La tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in G. Rusche, O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, New York, 1968, trad. it. *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978, p. 343.

sono state messe di fronte ai legislatori occidentali da almeno due secoli a questa parte, viene spontaneo chiedersi quali siano le ragioni per cui, nonostante tutto, la detenzione continui a rappresentare la pena *par excellence*, sia nell'immaginario collettivo, sia, soprattutto, nella realtà dei sistemi penali occidentali. Per tentare di dare una risposta, quantomeno parziale, a questo interrogativo, può essere utile ripercorrere brevemente la storia del penitenziario e le letture che di tale istituzione sono state fornite dalla letteratura storica e socio-criminologica.

### 2.1. *La nascita del carcere, tra aspirazioni correzionali e riforma della società*

Com'è noto, l'affermazione della detenzione come strumento punitivo autonomo è un fatto storico piuttosto recente se paragonato alla storia del diritto penale, collocandosi temporalmente a partire dalla seconda metà del XVIII secolo. Per quanto, infatti, varie forme di privazione della libertà personale fossero presenti già nell'antica Roma<sup>31</sup>, nel medioevo<sup>32</sup> e nell'età moderna<sup>33</sup>, esse non svolgevano una funzione punitiva in senso stretto, rispondendo piuttosto a esigenze di carattere eminentemente cautelare<sup>34</sup>: in buona sostanza, il carcere serviva soltanto «ad assicurare che l'imputato non si sottraesse con la fuga al giudizio»<sup>35</sup>.

Fino a quel momento, i modi e le forme del punire erano altri: la pena pecuniaria, il bando, le pene corporali (nelle loro numerosissime e, per certi

---

<sup>31</sup> Per una ricostruzione del sistema sanzionatorio in epoca romana si veda, per tutti, B. SANTALUCIA, voce *Pena criminale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 734 ss.

<sup>32</sup> Per una rassegna delle principali tipologie sanzionatorie durante il periodo intermedio si rimanda, per tutti, a G. DIURNI, voce *Pena criminale (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 752 ss.

<sup>33</sup> Con riguardo alle tipologie di pena applicate in età moderna si veda, per tutti, G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, New York, 1968, trad. it. *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978, p. 49 ss.

<sup>34</sup> Cfr. L. GARLATI, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 4, p. 15, la quale, peraltro, evidenzia come la natura cautelare della detenzione trovasse un preciso riscontro già in un noto passo di Ulpiano, secondo cui «*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*» (D. 8, 48, 19); P. MANCA, voce *Istituti di prevenzione e di pena*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 2, il quale, nel richiamare il medesimo passo del Digesto, sottolinea che, almeno fino al XVII secolo, «[n]on era tollerato (...) che il carcere fosse adibito per raccogliere individui già condannati».

<sup>35</sup> Ancora P. MANCA, voce *Istituti di prevenzione e di pena*, cit., p. 2.