

dall'altra il dovere di dare attuazione ai principi costituzionali e alle norme che attribuiscono al sistema sanzionatorio italiano diverse funzioni.

La polifunzionalità della sanzione penale è stata, e continua ad essere, oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, e tramite questo lavoro si tenta di ripercorrere quelli che sono stati i mutamenti della funzione della sanzione penale nelle varie epoche storiche, evidenziandone i passaggi fondamentali.

Nella prima parte di questo lavoro si accenna alla mera funzione *vendicativa* della pena, tipica dell'età antica, in cui essa consisteva prevalentemente in supplizi e si caratterizzava per essere barbara in quanto relativa a crimini aventi spiegazioni naturali o spirituali. Con il successivo abbandono del fondamento teologico delle norme si assiste allo sviluppo di una dimensione più umana del diritto, che attribuirà alla sanzione penale una funzione di *prevenzione generale* in modo da garantire la sicurezza pubblica. Dopo l'età medievale, con l'accentramento dei poteri nelle mani dei sovrani degli Stati nazionali appena nati, la pena ha subito un'involuzione con il ritorno ai supplizi tramite i quali il sovrano dimostrava la sua autorità.

Nel secondo capitolo l'analisi prosegue con la trattazione delle novità risalenti al periodo in cui l'Illuminismo giuridico di Cesare Beccaria poneva le basi per lo sviluppo di un diritto penale moderno, e con la spiegazione degli indirizzi che le sanzioni penali hanno assunto con la nascita della Scuola Positiva criminologica e l'introduzione di studi scientifici, biologici, psicologici e sociologici relativi al fenomeno criminale.

Del sistema sanzionatorio che si è costituito successivamente importanti testimonianze si trovano nelle codificazioni del 1930 che hanno introdotto norme

basate sia sulla responsabilità penale del soggetto per il fatto commesso sia sulla pericolosità sociale dello stesso, comportando così l'applicazione di pene e di misure di sicurezza che hanno determinato nel nostro ordinamento la nascita del cosiddetto sistema del "doppio binario".

Nei primi anni del Novecento, inoltre, si assiste alla collocazione della *persona* del reo al centro del sistema; il movimento di pensiero della "Nuova difesa sociale" ha infatti introdotto un'ulteriore finalità della pena, cioè quella rieducativa e terapeutica volta a risocializzare il reo e a permettere così un'effettiva difesa della società dal crimine.

Nell'ultimo capitolo di questo lavoro si affronta, infine, il riconoscimento definitivo nell'articolo 27 della Costituzione italiana della funzione di rieducazione del reo a cui deve tendere la sanzione penale. Questo principio costituzionale è stato poi assorbito dalla riforma penitenziaria del '75 che prevede peraltro il diritto del reo ad un trattamento penitenziario individualizzato, cioè basato su una preventiva osservazione della sua personalità e delle sue condizioni sociali, familiari, economiche e culturali, allo scopo di un suo reinserimento in società.

Prosegue poi l'analisi delle modalità di esecuzione penale alternative alla detenzione tramite le quali l'autore del reato, avendo contatti con l'esterno, può evitare in tutto o in parte il cosiddetto "contagio" con l'ambiente carcerario e avere una migliore prospettiva di vita al termine dell'espiazione.

A tal proposito, con l'aiuto di dati statistici offerti dal Ministero della Giustizia, è stato possibile esaminare le problematiche legate al sistema penitenziario, come

quella relativa al sovraffollamento carcerario che da anni rende difficile garantire al reo un percorso rieducativo e risocializzante.

Si accennerà, infine, alla realtà internazionale rispetto al trattamento individualizzato del condannato facendo riferimento ai sistemi di *probation*, che consistono nell'esecuzione in area penale esterna di sanzioni e misure, ai quali l'Italia negli ultimi anni, seppur lentamente, tenta di avvicinarsi rafforzando il principio secondo il quale la pena detentiva deve esistere come *extrema ratio*.

CAPITOLO I.

LE ORIGINI DELLA SANZIONE PENALE

Premessa

Il crimine, anticamente, è stato considerato un fenomeno avente origini naturali o spirituali, e di conseguenza la pena è nata come reazione dell'individuo, o del gruppo sociale, ai danni provocati da altri individui o figure subumane, tanto che, ad esempio, nell'antica Roma la sanzione aveva natura umana e divina insieme¹.

In generale per *sanzione penale* si intende una sanzione di carattere giuridico che si configura in maniera differente a seconda delle diverse concezioni del diritto; la sanzione è sempre un *posterius* rispetto ad un *prius*, una conseguenza rispetto ad una causa, perciò è possibile definirla "reazione" nell'accezione punitiva del termine, o è possibile rapportarla ad un pericolo incidente sull'equilibrio del sistema, ed in tal caso non si tratterebbe propriamente di punizioni bensì di misure di controllo sociale.

Nello specifico la parola "sanzione" deriva da *sanctio* che a sua volta proviene dal verbo *sancire*. Per Ulpiano, uno dei maggiori esponenti della dottrina giuridica romana, è *sanctum*, cioè sacra, la condizione in cui si viene a trovare una cosa in seguito ad una sanzione legale o religiosa: la *sanctio* è ciò che rende qualcosa *sanctum*. Questo concetto deriva dalla dimensione religiosa dell'esperienza umana: l'uomo riconosce gli eventi, li sanziona e li qualifica attraverso la *sanctio*.

In questa prospettiva *sanzionare* vuol dire giudicare, e giudicare significa saper distinguere il bene dal male; la sanzione non ha una valenza punitiva, "*sancire noxam*" non significa punire una colpa, ma riconoscerla come tale².

L'aggettivo *penale*³ che qualifica la sanzione, a livello etimologico si riferisce al concetto di *castigo*, *sofferenza*. Quindi la caratteristica principale della sanzione

¹ Marotta G., (2017) "*Criminologia. Storia, teorie, metodi*", Cedam, Padova.

² D'Agostino F.,(1987) "*Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*",G. Giappichelli, Torino.

³ Ponzanelli G., (1990) "*Enciclopedia giuridica Treccani*", vol. XXII, voce "*pena privata*", Roma.

penale è l'afflittività. Dal punto di vista storico il carattere dell'afflittività è sempre stato presente nelle pene, seppur in diverse forme: nell'antico diritto romano l'espulsione del reo dal gruppo sociale di appartenenza si operava con la *sacertas*, cioè il soggetto, l'*homo sacer*, spettante al giudizio degli dei, non faceva più parte della comunità e non aveva più la protezione dell'ordinamento giuridico, perciò chiunque poteva liberamente ucciderlo senza patire alcuna conseguenza. Questo concetto si è evoluto, già nell'antichità, nella soppressione fisica del reo attraverso la *poena capitis*, cioè la pena di morte.

Nell'attuale dettato costituzionale vengono attribuite alla sanzione penale altre caratteristiche come: legalità, personalità, inderogabilità, determinazione, proporzionalità e certezza⁴. Queste emergono già nelle tradizionali teorie sulla funzione della pena.

Storicamente, la concezione classica della sanzione penale corrisponde alla *teoria retributiva*, convenzionalmente il fondamento di questa teoria si colloca nella *regola del taglione*⁵, tenendo conto soprattutto di una riflessione etico-filosofica e religiosa, prima ancora che giuridica. L'idea è quella della giusta retribuzione, come punizione del male commesso attraverso l'inflizione di un male equiparabile: si tratta di giustizia assoluta, cioè priva di scopi ulteriori.

⁴ Ramacci F., (2013) "*Corso di diritto penale*", G. Giappichelli, Torino.

⁵ AA. VV., (1989) "*Enciclopedia Bompiani*", Gruppo Editoriale Fabbri, Milano. *La regola del taglione* indica un criterio di commisurazione della pena e rappresenta la prima forma di retribuzione penale sottratta all'arbitrio delle parti offese. Secondo questa *legge* all'autore di un'offesa doveva essere inflitto lo stesso male che egli aveva ad altri arrecato. Già enunciata nella Bibbia con le parole "occhio per occhio, dente per dente", si afferma nelle popolazioni antiche o civiltà meno regredite ma rappresenta comunque un progresso rispetto alla vendetta privata. Tracce più evidenti di questa *legge* si trovano presso i Greci e i Romani, quest'ultimi ne danno testimonianza in una raccolta di leggi, *le XVII Tavole*. Tuttavia già dal II sec a.C. nel diritto penale romano il criterio del taglione fu sostituito dal sistema compositivo.

Come sostenuto dal filosofo Kant⁶ la pena retributiva è l'unica che rispetta la dignità dell'uomo in quanto egli è capace di scelte libere e responsabili, da qui il carattere personale della sanzione. La teoria retributiva, tuttavia, non esclude la funzione preventiva della pena, anzi la considera mera conseguenza del modo di essere della sanzione⁷.

In altre parole, l'applicazione di una sanzione determinata e proporzionale all'illecito commesso dovrebbe indurre, automaticamente, gli uomini ad evitare comportamenti punibili.

Secondo la *teoria preventiva* la funzione della sanzione penale è quella di *deterrente*: la minaccia della punizione agisce come “contropinta alla spinta criminosa⁸”, impedendo comportamenti indesiderati, dannosi o pericolosi sia per il singolo sia per l'intera società.

La *funzione preventiva* si riferisce ad una prevenzione di carattere generale. Anche questa teoria affonda le sue radici in tempi lontani, infatti già Platone incitava a punire in funzione del futuro e non del delitto trascorso. Questa funzione della pena implica che alla minaccia della sanzione segua effettivamente l'inflizione, in modo da rendere la pena certa ed effettivamente intimidatoria, così da perseguire l'obiettivo di ridurre i reati ad un minimo socialmente tollerabile.

⁶ Moccia S., (1992) “*Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena sistematica teologica*”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Si riconosce tradizionalmente alla Metafisica dei costumi di Kant il merito di aver compiutamente elaborato una teoria retributiva della pena. Egli, equiparando, la legge penale all'imperativo categorico, sostiene che la mera violazione della legge fonda la meritevolezza della pena, che deve essere commisurata al fatto commesso e la cui inflizione serve a ristabilizzare la giustizia.

⁷ Mathieu V., (2003) “*Kant. Fondazione della metafisica dei costumi*”, Bompiani, Milano. *Cit.*: “Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse ancora in prigione dovrebbe prima venire giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione”.

⁸ Antolisei, Manuale, (1989), in Ramacci F., (2013) “*Corso di diritto penale*”, G. Giappichelli, Torino.

Nelle riformulazioni più recenti della teoria della prevenzione generale si preferisce parlare di funzione di *promozione sociale* della pena dato che non viene sottolineato nella Costituzione l'aspetto della pena come minaccia. Nel momento in cui, però, la pena viene indirizzata esclusivamente al reo, la sua funzione diventa di *prevenzione speciale*, cioè volta a ridurre il pericolo che il soggetto, cui viene applicata la pena, ricada in futuro nel reato⁹.

La pena svolge anche una *funzione di emenda* o di *rieducazione* del reo; questa, seppur anteriore alla Costituzione, è stata confermata dall'art.27 terzo comma¹⁰. La sanzione dovrebbe agire come "*poena medicinalis*": secondo Platone dovrebbe consistere in un medicamento per la personalità del colpevole, o, in altre parole, in un percorso di recupero volto al reinserimento sociale del reo.

La *funzione rieducativa* della pena è ormai da diversi anni oggetto di discussione: gli interrogativi nascono soprattutto sull'efficacia di questa funzione, data la crisi tangibile che la giustizia penale ha attraversato nell'ultimo periodo. Norme processuali non rispondenti al continuo mutamento della società, tempi processuali eccessivi, sovraffollamento delle carceri, il diffondersi di nuove forme di criminalità ed altre criticità rendono difficile, ancora oggi, abbandonare la concezione di sanzione come mero mezzo di afflizione.

⁹ Ramacci F., (2013) "*Corso di diritto penale*", G. Giappichelli, Torino.

¹⁰ Art.27, *Costituzione italiana*, (1948) La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte."

1.1 Dal Codice di Ur-Nammu alla legge delle XII Tavole

Nell'antichità la pena ha avuto una funzione prettamente vendicativa: a un male inflitto si rispondeva con la vendetta privata, che si poteva definire illimitata¹¹, se paragonata alla forma di vendetta immediatamente successiva all'introduzione della *legge del taglione*. Quest'ultima, infatti, segnava un balzo in avanti per la civiltà giuridica in quanto dalla vendetta privata si è passato a una vendetta pubblica, esercitata dall'autorità dello Stato, non più dal soggetto privato. Della *legge del taglione*, consistente in un principio di diritto che prevede la possibilità di punire il colpevole infliggendo a questo un danno uguale all'offesa ricevuta, si ha una prima menzione già nel *Codice di Hammurabi*, la più importante e antica raccolta di leggi dell'umanità di cui ci è giunta testimonianza. Più tardi, *la legge del taglione* viene ripresa nel diritto romano arcaico, precisamente nella legge delle *XII tavole*¹², dove, per gli illeciti, oltre all'introduzione delle pene pecuniarie, si trova la pratica del *taglione* come alternativa: ad esempio, se qualcuno infliggeva una mutilazione a un altro, quest'ultimo poteva infliggergli la stessa mutilazione, ma solo se il colpevole si era rifiutato d'indennizzarlo.

Si può accennare ad un'altra raccolta di leggi, che precedette di tre secoli il *Codice di Hammurabi*: un'antica tavola contenente un codice di leggi scritte in lingua sumera tra il 2100-2050 a.C. dal re della Città di Ur, città della Babilonia meridionale.

¹¹ Costa P., (2010) "*Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*", Feltrinelli, Milano. Nei poemi omerici è possibile trovare esempi di questo tipo di vendetta. Ogni oltraggio subito diminuiva la *time*, vale a dire la considerazione sociale della vittima e del suo gruppo. Solo attuando una vendetta proporzionata all'offesa, chi aveva subito un torto dimostrava di essere più forte e più valoroso dell'offensore. Questa era l'etica che i poemi incessantemente ribadivano, e alla quale gli eroi dovevano ispirarsi, se volevano essere tali.

¹² Squillaci Di Lorenzo S., (1882) "*Concetto di pena a traverso la storia*", Catania.

Il sovrano *Ur-Nammu*¹³, fondatore della Terza dinastia di Ur, regnò per diciassette anni circa e viene ricordato soprattutto per questo suo Codice, basato sul *principio della compensazione*, differente quindi dalla regola del *taglione*, che successivamente si affermò in Mesopotamia. La funzione di *compensazione* della sanzione consisteva nel risarcimento in denaro per una determinata lesione subita dalla vittima: ad esempio, se qualcuno tagliava un piede ad un altro, doveva pagare 10 sicli d'argento; se gli spezzava un osso, doveva pagare una mina d'argento. Tramite queste leggi i sovrani della Mesopotamia raggiunsero lo scopo di affermare la propria capacità di organizzare la vita sociale ed economica del regno, pur mantenendo rispetto e devozione degli dei; difatti la funzione divina della pena si invocava soltanto nei casi in cui non vi era altro modo per determinare la colpevolezza dell'accusato¹⁴.

Per *Ur-Nammu* la pena non doveva avere, quindi, una funzione vendicativa, perché in tal caso non si sarebbe ottenuto alcun beneficio per la vittima, se non, appunto, l'effimera soddisfazione derivante dalla vendetta.

Più tardi, però, con il *codice di Hammurabi* si ebbe un inasprimento delle pene rispetto a quelle previste dal Codice di Ur-Nammu. Protagonista di questo irrigidimento è la *legge del taglione* contenuta in esso. L'opera, rinvenuta nella sua versione originale, è tripartita in un prologo, un corpus

¹³ Gavazzi G., (1992) "*Enciclopedia giuridica Treccani*", vol. XX VIII, voce "*sanzione*", Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma.

Ur-Nammu (2112-2095 a.C.), re dell'antica Mesopotamia, si dedicò soprattutto ad opere di pace e, come attesta un'iscrizione, "fece risplendere il diritto e rese stabili le leggi". Con lui inizia la costruzione dello Stato centralizzato che sarà portata a termine dal figlio Shulgi, al quale alcune fonti attribuiscono anche il Codice.

¹⁴ Saporetti C. (1984) "*Le leggi della Mesopotamia Tradotte dai testi originali*", Le Lettere, Firenze. Un modo per determinare la colpevolezza dell'accusato era quello della cosiddetta "prova del fiume": l'accusato veniva immerso nel fiume e se il fiume lo travolgeva veniva considerato colpevole dagli dei, se invece restava a galla lo ritenevano innocente. Ci si affidava, quindi, al giudizio divino.

di leggi ed un epilogo. Dal prologo¹⁵ si intuisce che in quel periodo storico (1792-1750 a.C.) a Babilonia, in Mesopotamia, la giustizia era amministrata dalla divinità, con ordalie¹⁶, seppur per mezzo dei re della terra.

Il delitto era concepito come trionfo dello spirito del male nella sua lotta perenne contro lo spirito del bene. Le sanzioni si basavano sulla *legge del taglione* : attraverso pene corporali e pena di morte; consistevano quindi in vendette private, limitate da un principio di proporzionalità, espresso proprio nella formula “occhio per occhio, dente per dente”.

La più grande testimonianza di questa *legge* risale al sistema penalistico romano del periodo arcaico con le *XII Tavole*.

In questa raccolta si delinea la fondamentale distinzione tra delitti pubblici, i *crimina*, perseguiti da organi pubblici, con pena altrettanto pubblica, di carattere pecuniario o corporale, e i delitti privati, *delicta o maleficia*, perseguiti dalla persona offesa in un giudizio privato, sanzionati con una pena pecuniaria dovuta alla parte lesa. Questa legge corrisponde all'operato di due decemvirati succedutisi tra il 451 e il 449 a. C.: prevedeva pene di grande crudeltà¹⁷, barbare e sanguinarie, in base, appunto, alla regola del *taglione*, come nel caso del *membri ruptio*.

C'era, quindi, ancora traccia della vendetta privata, ma, non si trattava più di una vendetta illimitata come lo era in età primitiva, bensì di una vendetta regolamentata,

¹⁵ Costa F. , (1928) “*Delitto e pena nella storia del pensiero umano*”, Fratelli Bocca, Torino.

“L'ordalia” o *iudicium Dei* era una procedura di risoluzione delle controversie utilizzata nelle antiche esperienze giuridiche, dove il sovrano sottoponeva le parti contendenti o l'imputato di un reato ad un processo basato su volontà soprannaturali.

¹⁷ Calore A.-Sciumè A., (2013) “*La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*”, Giuffrè Editore, Milano.

tanto che talvolta consisteva in una composizione pecuniaria, proporzionata al danno subito dall'offeso.

Nel caso in cui i crimini, invece, offendevano l'ordine religioso della *civitas*, che subiva così la maledizione divina, le pene non erano frutto di vendetta, piuttosto avevano carattere sacrale con funzione purificatoria e di espiazione religiosa. Il fine ultimo era, infatti, ristabilire l'armonia nella comunità. Secondo l'interpretazione maggiormente accreditata di questo codice decemvirale, la pena aveva *funzione* prevalentemente satisfattoria, non era escluso, però, che potesse anche dissuadere dal commettere atti criminosi¹⁸.

1.2 I mutamenti della funzione della sanzione penale dall'età classica all'età del principato

Tra il V e il IV secolo a.C., nelle civiltà dell'antica Grecia e dell'antica Roma, la concezione della pena come vendetta pubblica conviveva con la concezione della pena come mezzo di intimidazione. Furono i greci a riflettere per primi sulle funzioni della pena; sin dai poemi omerici, infatti, emergeva l'idea che la pena avesse funzione retributiva, ma, allo stesso tempo, si trovavano anche dei riferimenti riguardo l'esistenza di meccanismi di controllo dell'uso della forza all'interno della *pòlis*, che anticipavano la funzione di prevenzione o difesa sociale della sanzione.

Tucidide, storico ateniese, dubitava già della funzione intimidatrice della pena, affermando che : “è assurdo ed è molto ingenuo pensare che, quando la natura umana è sotto un impulso che prepotentemente la spinge ad agire, si possa trattenerla

¹⁸ Calore A.-Sciumè A., “*La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*”, op. cit.