

La pena detentiva costituisce il monolitico presidio contrapposto, nell'apparato punitivo statale, alle più variegate declinazioni del fenomeno criminale; e, pur essendosi sempre accompagnata all'istanza umanitaria dell'"incivilimento giuridico" (contrapponendosi, nel modo più radicale, alla crudeltà dei supplizi corporali), mai pare essersi emancipata dalla conservazione di una componente di afflittività più o meno marcata, ma sempre *fine a sé stessa*.

La pena detentiva è stata esposta, nel corso dei secoli, ad un incessante processo di adattamento: molteplici orientamenti dottrinali si sono avvicinati, di volta in volta, nell'attribuzione ad essa di funzioni ora retributive, ora correttive, ora neutralizzanti e così via, esponendola ad un costante dinamismo riformista culminato, in Italia, nel consolidamento costituzionale del *principio rieducativo*.

L'art. 27, co. 3 Cost., assoggettato ad un percorso ermeneutico lento e progressivo, ha sancito una fondamentale acquisizione di consapevolezza circa la corresponsabilità sociale nella commissione dell'illecito; tale disposizione, inquadrandosi in un apparato complessivamente preposto alla massima valorizzazione della "persona umana", si è radicalmente dissociata dai previgenti profili "trattamentali" del reo (volti, questi ultimi, alla costituzione di un *rapporto di controllo totalitario* finalizzato a conseguire, nell'istituzione detentiva, la menomazione coercitiva del condannato per renderlo inoffensivo).

La "pena risocializzante", benché astrattamente valorizzata tanto nel dato normativo quanto nella giurisprudenza costituzionale, è tuttavia rimasta - nel corso del Novecento - in una perenne fase di stallo: nell'assenza, del resto, di una reale volontà politica di scommettere sulla (costosa) concretizzazione di essa nell'apparato esecutivo.

Destabilizzata dal collasso del *welfare state*, esposta alle turbolenze situazionali delle politiche di contrasto all'emergenza terroristicomafiosa, superata una - grossomodo infruttuosa - fase di ascesa, la prua

dell'infrastruttura punitiva costituzionalmente orientata ha lentamente iniziato a distogliersi dallo stallo, per poi cadere in picchiata; mentre, tutt'intorno, andava frammentandosi la fusoliera dell'intero "apparato penale razionale", polverizzandosene la coerenza ai canoni di un sistema funzionalmente orientato ed enfatizzandosene, in ultima analisi, quei caratteri di *selettività* e *diseguaglianza* da cui il sistema socio-economico non era, invero, mai riuscito ad emanciparsi genuinamente.

Ed il motivo dello stallo prima, e del collasso poi dell'"apparato punitivo risocializzante", concretamente riflesso sul sistematico sovraffollamento delle carceri ed astrattamente evidenziato da una dinamica legislativa *bulimica* e contraddittoria (ovvero improntata, al contempo, al costante inasprimento sanzionatorio ed alla corrispondente "fuga dalla sanzione" per i soggetti "non meritevoli di esclusione"), consiste nella manifesta indisponibilità *politica* ad abbandonare nel vuoto una gravosa zavorra frontale: come se, nel poco avveduto tentativo di ottimizzare gli spazi nella stiva, il legislatore avesse tentato di distribuire sproporzionatamente, verso la prua dell'apparato sanzionatorio, un carico penale ipertrofico e colossale.

La presente tesi ambisce ad evidenziare, *in primis*, come il recente collasso del "diritto penale razionale" verso un sistema incoerente, marginalizzante, *privo di scopo* discenda, primariamente, proprio da tale mal ponderata "distribuzione delle masse": ovvero dall'onnipresenza del carcere ad ogni livello della fenomenologia punitiva, ora come "spettro latente", ora come "piaga sociale".

*In secundis* sarà evidenziato come la pena detentiva, *extrema ratio* generalizzata, rifletta, nasconda ed amplifichi le aporie di un intero modello socioeconomico inconfessabilmente marginalizzante; costituendone, in ultima analisi, non già un isolato elemento disfunzionale, quanto la punta di diamante, il baricentro, finanche l'irrinunciabile colonna vertebrale.

Indebita panacea dell'ansia sociale, illusoria "soluzione universale ai mali del nostro tempo", controproducente fabbrica di marginalità: il carcere pare

tradursi, invero, in una minaccia ben più allarmante del fenomeno criminale che si prefigge l'obiettivo di combattere contrapponendovi, semplicisticamente, una soluzione rimozionale tanto rapida quanto cieca.

La pena detentiva risulta, nondimeno, saldamente ancorata al sentire collettivo in quanto pratica *politicamente corretta*, proliferando - come pena astratta "eguale" ed "umana" - nell'invisibilità della sofferenza *illegale* che in essa si dispiega. Il carcere si traduce in un esercizio di violenza nascosta, allontanata dal guardo della società civile da un'infrastruttura legislativa che, raffrontata col dato concreto, si rivela niente più che un fondale artificiale: ovvero, la bidimensionale ed illusoria rappresentazione di un approccio punitivo ufficialmente umano, risocializzante, *non-violento*, eretta per occultare un impianto al contrario disumano, cruento, iniquo, votato alla "lobotomizzazione psicologica" di una massa di *reietti*; punta dell'iceberg, in ultima analisi, di un intero apparato sociale irriducibilmente selettivo ed escludente.

## Capitolo 1.

### 1. Introduzione.

Il presente capitolo si prefigge l'obiettivo di operare una concisa analisi ricostruttiva, storicamente contestualizzata dal medioevo sino all'Ottocento, delle teorie elaborate in Europa per legittimare l'esercizio della potestà punitiva: ciò consente di interpretare la dialettica tra tali teorie, e di realizzare un confronto con i sistemi penali concreti per mezzo di esse legittimati.

All'offerta di una prospettiva critica delle dottrine di giustificazione sviluppata nella dimensione della teoria penale sarà, dunque, affiancata l'enfaticizzazione del ricorrente contrasto tra finalità legittimanti e sistemi penali concreti sistematicamente preordinati, al contrario, al divergente perseguimento di istanze ora di consolidamento di un potere dispotico, ora di conservazione dell'ordine costituito, ora di assoggettamento delle classi subalterne.

I paragrafi seguenti risultano, dunque, preordinati all'elaborazione di una prospettiva *costruttivamente delegittimante* al contempo volta alla contestazione delle dottrine di legittimazione su un piano teorico ma anche, primariamente, finalizzata ad evidenziare la ricorrente concretizzazione operativa di sistemi penali divergenti dai fini ad essi preposti tanto in un'ottica retrospettiva, quanto (come emergerà nel capitolo successivo) nel contesto moderno.

In tal modo risulterà preliminarmente possibile individuare alcune tra le necessarie premesse al fine di erodere le fondamenta del predominio penalistico della pena detentiva, in ultima analisi non additando quest'ultima come l'unico elemento disfunzionale di un apparato altrimenti accettabile quanto, piuttosto, sostenendo come in essa trovino sintonica realizzazione le istanze perseguite, in modo occulto, da un sistema penale strutturalmente marginalizzante, selettivo, classista, instabilmente

aggrappato a condivisibili - benché criticabili - finalità legittimanti tuttavia profondamente insoddisfatte; ed in balia, di conseguenza, di una profonda crisi di legittimazione massimamente riflessa nell'egemonia del carcere, pena *rieducativa* nella teoria quanto *criminogena* nella pratica.

### 1.1. *Gli approcci alla legittimazione (o delegittimazione) della pena.*

Quali sono i presupposti, e quali gli scopi, sottesi all'“*inflizione deliberata ad un essere umano di un male terribile come la privazione della libertà personale*”<sup>1</sup>?”

La legittimazione politica e morale del diritto penale, sovente intesa quale *tecnica di controllo sociale* consistente nell'imposizione di *limitazioni alle libertà dei cittadini* presuppone, inevitabilmente, il problema inerente alla legittimità dello Stato quale detentore del monopolio della forza<sup>2</sup>. Gli istituti detentivi mettono massimamente a nudo, nel modo più violento, la questione della moralità del potere statale: pur partendo dal presupposto che l'ordine sociale esiga, per essere mantenuto, l'impiego della forza, quale grado di coercizione può essere legittimamente esercitato dallo Stato su chi disobbedisca<sup>3</sup>?

Sotto tale prospettiva, il sistema penale poggia su un fondamentale principio deontologico: ovvero che risulti preferibile garantire, mediante la minaccia della pena, l'osservanza della legge da parte di chi altrimenti la violerebbe piuttosto che consentirgli piena libertà di agire, nell' assenza di alcun costo socialmente imposto, in una *perversa* autonomia

---

<sup>1</sup> Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 3.

<sup>2</sup> Domenico Pulitanò, *Relazione al convegno della AIPDP*, in *disCrimen*, 20/11/2018, p. 3.

<sup>3</sup> M. Ignatieff, *Le origini del penitenziario. Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese, 1750-1850*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 1982, *prefazione*, p. X.

potenzialmente idonea a sfociare in un generalizzato incremento delle lesioni ai beni giuridici degni di tutela<sup>4</sup>.

Risulta possibile fronteggiare tale questione adottando, fondamentalmente, due approcci distinti:

- *le dottrine giustificazionistiche* legittimano il diritto penale ascrivendo ad esso scopi, ragioni o funzioni moralmente o socialmente irrinunciabili<sup>5</sup>;
- *le dottrine abolizioniste*, al contrario, contestano fermamente qualsiasi giustificazione addotta al sistema penale e ne auspicano l'eliminazione o rifiutandone il fondamento etico-politico o, alternativamente, ritenendo negativo il bilanciamento dei costi e benefici ad esso correlati<sup>6</sup>. Tali orientamenti ritengono necessaria l'abolizione della forma giuridica della sanzione punitiva sostenendone, al contempo, la doverosa sostituzione con strumenti pedagogici, informali, sociali di diversa natura<sup>7</sup>.

Le dottrine di giustificazione prospettano una legittimazione (o giustificazione) del ricorso alla punizione in base a criteri di giustizia e/o di utilità sociale<sup>8</sup>: esse, in ragione di ciò, tendono a poggiare su argomenti normativo-valutativi ispirati ora al concetto della retribuzione (*punitur quia peccatum est*), ora a quello della prevenzione (*punitur ne peccaturi*)<sup>9</sup>,

---

<sup>4</sup> Giovanni Cocco, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 1/2020, p. 3.

<sup>5</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, ed. 2000, p. 233.

<sup>6</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, ed. 2000, p. 233.

<sup>7</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, ed. 2000, p. 234.

<sup>8</sup> Alessandro Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Meltemi Editore, ed. 2019, pp. 261-262.

<sup>9</sup> Domenico Pulitanò, *Il penale tra teoria e politica*, in "Sistema Penale", 9.11.2020, p. 2.

piuttosto che su acquisizioni scientifiche, empiricamente verificate, inerenti al concreto funzionamento del sistema punitivo<sup>10</sup>.

Le dottrine della pena giustificazioniste (retributive, generalpreventive, specialpreventive) non possono, in ogni caso, offrire una risposta legittimante valida in termini assoluti, dovendosi di volta in volta parametrare alla tipologia di Stato con la quale si interfacciano. Per tale motivo, nell'ottica di un'analisi della solidità delle fondamenta sulle quali poggia la funzione punitiva, occorrerà raffrontarne i lineamenti alla luce delle manifestazioni concrete dei sistemi penali che esse ambiscono a legittimare<sup>11</sup>.

Risulta possibile suddividere le dottrine giustificazioniste in due categorie fondamentali. Le dottrine assolute (retributivistiche) giustificano la pena alla luce del suo intrinseco valore assiologico (*morale o giuridico*) non subordinandone, dunque, la legittimazione a finalità extra-punitive e guardando sostanzialmente al *passato*<sup>12</sup>; le dottrine relative (utilitaristiche), al contrario, giustificano la pena solo in quanto *mezzo* per la realizzazione di un fine utilitario individuato, sostanzialmente, nella prevenzione dei futuri delitti. Tale prevenzione può estrinsecarsi in senso *positivo* (mediante la correzione del criminale o l'integrazione disciplinare a livello sociale), o *negativo* (mediante la neutralizzazione del criminale o l'intimidazione del corpo sociale)<sup>13</sup>. Mentre la questione (ricorrente nell'ambito retributivo) della *giustizia del punire* risulta connaturata da valutazioni di natura etico-

---

<sup>10</sup> Giovanni Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Editori Laterza, 2017, Bari, p. 9.

<sup>11</sup> Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 5.

<sup>12</sup> Fiandaca, Di Chiara, *Un'introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 16.

<sup>13</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, ed. 2000, pp. 239-240.

sociale, quella utilitaristica della *prevenzione* presuppone valutazioni di razionalità strumentale<sup>14</sup>.

Analizzando le dottrine giustificazioniste assolute e relative in una prospettiva storica, rileva come la progressiva prevalenza di una o dell'altra di esse corrisponda all'alternanza, nel contesto sociale, di mutevoli preferenze culturali ed ideologiche<sup>15</sup>: l'avvicinarsi dei diversi paradigmi punitivi da esse promossi risente tanto del contingente clima politico<sup>16</sup>, quanto degli orientamenti dominanti nella pubblica opinione<sup>17</sup>.

## 2. *La legittimazione aprioristica della potestà punitiva.*

In seno alla civiltà greca nacque la prima distinzione tra *teorie retrospettive* (assolute) e *teorie prospettive* (utilitaristiche) della pena: pur nell'assenza di qualsivoglia parametro giuridico "scientifico" di riferimento iniziarono, in tale periodo, a svilupparsi dibattiti e confronti su vantaggi e demeriti ascritti ad una o all'altra visione<sup>18</sup>.

Nelle società odierne pare, ormai, essere stata sradicata l'idea che il diritto penale risulti legittimabile in via assoluta<sup>19</sup>; in passato, tuttavia, nella sfera esecutiva della pena tendevano a prevalere le componenti strettamente emotive e vendicative, tipiche di una penalità chiamata a soddisfare la

---

<sup>14</sup> Domenico Pulitanò, *Il penale tra teoria e politica*, in "Sistema Penale", 9.11.2020, p. 3.

<sup>15</sup> Fiandaca, Di Chiara, *Un' introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, pp. 16 e ss.

<sup>16</sup> E. Dolcini, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del Costituente*, p. 69.

<sup>17</sup> Giovanni Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Editori Laterza, 2017, Bari, p. 9.

<sup>18</sup> E. Cantarella, *I greci e la funzione della pena*, In Antonello Calore, Alberto Sciumè (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica ed attuale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 2.

<sup>19</sup> A. Pagliaro, *Prevenzione generale specifica (o speciale)*, in Enciclopedia del Diritto, Annali I, 2007, Giuffrè Editore, p. 895.

diffusa condivisione di esigenze di giustizia profondamente simboliche e retributive<sup>20</sup>.

### 2.1. *Le dottrine retributivistiche.*

In una concezione essenziale, per certi versi vicina al senso comune, la pena si traduce in una sanzione necessariamente *afflittiva*, imperniata sulla meritevolezza di punizione ascritta a chi si sia reso responsabile di una condotta illecita e, di conseguenza, sulla sussistenza di un nesso naturalistico tra il *male* insito nel reato ed il *male* condensato nella sanzione<sup>21</sup>. Le dottrine retributivistiche valorizzano tale atavico principio poggiato, ora alternativamente ora cumulativamente, sui tre pilastri della *vendetta*, dell'*espiazione* e del *ripristino dell'equilibrio violato* mediante il contro-bilanciamento del delitto con la pena.

L'ascrizione alla risposta al delitto di un significato retributivo affonda le proprie radici nell'antico modello della vendetta privata, indefinita nella qualità ed illimitata nell'entità, effettuata - dall'offeso, o da altri soggetti in sua vece - in un contesto privo di una qualsivoglia autorità superiore deputata all'esercizio della funzione punitiva: tale modello trovava attuazione, in particolar modo, ogniqualvolta le parti coinvolte nel conflitto non fossero pervenute ad una soluzione pacifica e consensuale dello stesso (ad esempio, mediante la pattuizione di una determinata compensazione economica per il torto subito).

Per certi versi, i parametri promossi dalla *legge del taglione* (implicanti la necessità di una reazione punitiva che risultasse, *latu sensu*, proporzionata all'offesa subita) introdussero una prima - pur rozza - limitazione alla

---

<sup>20</sup> E. Cantarella, *I greci e la funzione della pena*, In Antonello Calore, Alberto Sciumè (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica ed attuale*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 2 e ss.

<sup>21</sup> Giovanni Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Editori Laterza, 2017, Bari, p. 5.

potestà punitiva privata; in un secondo momento, con la nascita del diritto penale (e l'attribuzione all'autorità giudiziaria di una posizione terza ed imparziale), fu introdotta una dissociazione tra giudice e parte offesa implicante la messa al bando della vendetta privata<sup>22</sup>.

In tale transizione da una giustizia *negoziata*, poggiata sul *consenso* tra i soggetti coinvolti nel conflitto prima che sulla *certezza* (garantita con la devoluzione, ad un soggetto esterno, del compito di gestire le controversie), ad una giustizia *egemonica*, deferita ad un'autorità superiore ed imparziale, la gestione del conflitto fu rimossa dalla competenza degli individui coinvolti<sup>23</sup>; le situazioni conflittuali, in ragione dell'acquisizione da parte dell'autorità giudicante di un ruolo centrale, sempre più raramente furono fronteggiate mediante i metodi informali della composizione, della riparazione, del risarcimento consensuale (oltre che, ovviamente, della vendetta privata)<sup>24</sup>.

## 2.2. *La legittimazione retributivistica nella pena pre-carceraria feudale: il supplizio medioevale.*

Agli inizi del medioevo, non esisteva fertile terreno per un sistema punitivo incentrato sul ruolo dello Stato. La legge feudale si limitava a regolare le relazioni tra pari in *status* e benessere, in un modello sociale caratterizzato da una sostanziale stabilità demografica ed implicante l'esistenza di risorse sufficienti per consentire un generalizzato mantenimento degli standard

---

<sup>22</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, ed. 2000, pp. 327-328.

<sup>23</sup> M. Cavina, *La redenzione sul patibolo. Funzioni della pena bassomedievale*, in Antonello Calore, Alberto Sciumè (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica ed attuale*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 93-94.

<sup>24</sup> Loredana Garlati, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in "Diritto penale contemporaneo" n. 4/2017, p. 14.

esistenziali<sup>25</sup>. La penalità non rispondeva, come sarebbe avvenuto in seguito, ad esigenze di controllo e di tutela dell'ordine costituito: la sanzione non era interpretata come *castigo sociale*, ma come *riparazione personale*<sup>26</sup>.

La repressione del crimine non rappresentava, dunque, uno strumento rilevante nel preservare la gerarchia sociale; essa svolgeva la mera funzione di mantenimento dell'ordine pubblico, evitando che i conflitti interpersonali insorti tra pari degenerassero in faide, ovvero nel conflitto armato. Il crimine era visto, del resto, alla stregua di un *atto di guerra*: la legge criminale si limitava a preservare la pace, affidando la funzione di mantenimento della gerarchia feudale ad altri istituti (come l'infrastruttura di legami incentrata sul feudo, i richiami alla tradizione, l'accoglimento religioso dell'ordine delle cose "in quanto stabilito da Dio")<sup>27</sup>.

In tale contesto il potere sanzionatorio era commisurato allo *status* sociale tanto del reo, quanto della vittima. Dalle disequaglianze sociali dei soggetti coinvolti nell'esercizio di tale potere, perlopiù incentrato sul pagamento di compensazioni monetarie surrogatorie della vendetta armata, iniziò a presentarsi la necessità di sviluppare sanzioni punitive che sostituissero quelle economiche relativamente a quanti non fossero in grado di pagare: trovò, dunque, sviluppo un ampio apparato di pene corporali<sup>28</sup>.

Connotata da un assetto produttivo pre-capitalistico, la società feudale non contemplava la pena del carcere in sé: di una privazione della libertà, ovvero, che non fosse affiancata da alcuna misura fisicamente afflittiva<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> G. Rusche, O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, Routledge, London/New York, ed. 2017, p. 8.

<sup>26</sup> T. Buracchi, *Origini ed evoluzione del carcere moderno*, in ADIR-L' Altro Diritto, 2004, p. 40

<sup>27</sup> Michel Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. a cura di Alceste Tarchetti, Einaudi, ed. 2014, p. 52.

<sup>28</sup> G. Rusche, O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, Routledge, London/New York, ed. 2017, p. 9.

<sup>29</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, ed. 2000, p. 387.