

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro di tesi ha per oggetto d'indagine l'ergastolo. Il punto di partenza sono le teorie della pena in quanto, forse, la domanda più importante di un penalista contemporaneo è il perché punire? Aggiungerei a tale interrogativo: *è ancora giustificabile l'ergastolo, ai giorni nostri, in una prospettiva costituzionalmente orientata?* A tal proposito bisogna preliminarmente analizzare le teorie della pena, infatti la presente analisi comincerà subito dal dibattito sulla pena tra le principali scuole del diritto penale, scuola classica e scuola positiva, per poi spingersi alle principali teorie della pena che sono la general-prevenzione e la special-prevenzione, con la successiva emersione di teorie polifunzionali della pena.

Dopo di che, affronto il tema dell'ergastolo in una prospettiva europea, soprattutto continentale, prendendo in analisi la Spagna e il Regno Unito che sono i due modelli più differenti rispetto al nostro ordinamento; si osserverà come codesti sistemi giuridici hanno fatto altre scelte rispetto all'Italia. Per quanto riguarda la comparazione tra Italia e Germania si osserva una sostanziale uniformità in tema di scelte legislative e giurisprudenziali sull'ergastolo, la quale sarà analizzata in seguito. La parte comparata si chiude con una sommaria analisi legislativa sull'ergastolo in Italia e la nascita dell'ergastolo cd. ostativo.

Altro aspetto centrale, del presente lavoro di tesi, è la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU). Il tema della conformità dell'ergastolo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è sviluppato con il riferimento a due importanti sentenze: Kafkaris c. Cipro del 2008 e Vinter e altri c. Regno Unito del 2013; queste due sentenze, rispetto alle altre citate in seguito, rappresentano il cuore della giurisprudenza, a livello di Corte EDU, in tema di ergastolo, da ultima la sentenza Viola c. Italia.

Importante analisi è data, in questa tesi, all'ergastolo cd. ostativo che è sviluppato sotto due profili: il dibattito in dottrina circa la sua legittimità, da un lato, e il dibattito in giurisprudenza, dall'altro; tale dibattito possiamo considerarlo non chiuso alla luce dell'ultima sentenza sopra citata.

L'ergastolo ostativo rappresenta, a mio avviso, nella storia e nelle intenzioni del legislatore una manifestazione di contrasto a certe forme di criminalità o a certi reati mettendo in crisi il principio rieducativo, ma di nuovo, a mio parere, è superabile applicando la sentenza della Corte costituzionale, che è analizzata nel quarto capitolo, e sviluppando il suo ragionamento per giungere ad un parere positivo di conformità alla carta costituzionale.

Ultima parte della presente indagine è la legittimità dell'ergastolo comune nella giurisprudenza costituzionale, anticipo che la sensibilità della Corte costituzionale in tema di ergastolo, soprattutto comune, è cambiata nel tempo senza però, ad oggi, spingersi a dichiarare incostituzionale la pena perpetua o dell'ergastolo dal nostro ordinamento giuridico, come ritengo che sia giusto per la tutela di certi beni giuridici a seguito di reati molto offensivi o con modalità altrettanto gravi.

## CAPITOLO I

### LE TEORIE DELLA PENA

#### 1. Cenni sul dibattito tra scuola classica e scuola positiva e le scelte del codice ‘Rocco’ 1930

Il codice penale vigente in Italia risale al 1930, ed è il frutto di un lungo dibattito che si è consumato tra due diversi orientamenti, ovvero quello che si può definire ‘classico’ o ‘liberale’ di F. Carrara e quello noto come ‘positivo’ di Lombroso. Il primo stabiliva che la persona avesse una libertà di tipo assoluto nella determinazione delle sue scelte; in questo modo, la base del diritto penale era data dalla sua responsabilità in senso morale, ed era incentrato su tre criteri. Questi ultimi sono dati dalla volontà di commettere un reato, del fatto che l’individuo fosse imputabile e che la pena era una necessità, con una funzione di tipo retributivo rispetto al danno cagionato.<sup>1</sup> La corrente opposta, invece, si fondava sul determinismo causale, che relegava il delitto alla sfera privata; di conseguenza, non trovava posto la nozione di responsabilità ma di pericolosità a livello sociale, mentre, al posto della pena con funzione di retribuzione, la scuola positiva postulava una serie di misure di sicurezza.<sup>2</sup>

In effetti, il codice Rocco comprende al suo interno criteri che si possono ricondurre alla tradizione penale dell’Ottocento, di matrice liberale, con altri che hanno una chiara impronta autoritaria. Il risultato dei suddetti orientamenti è stato quello di una sintesi originale; in realtà, l’idea di dare vita ad un altro codice di tipo penale non nacque nel periodo del regime fascista. La necessità di procedere ad una riforma, in realtà, era già presente nel periodo antecedente al Primo Conflitto Mondiale, a causa di profondi cambiamenti negli stili di vita e da nuovi problemi con cui la società doveva confrontarsi.<sup>3</sup>

Il testo che si intendeva sostituire era quello di Zanardelli e risaliva al 1889, il primo codice penale emanato dopo l’unità d’Italia; nonostante si fosse posto l’obiettivo di

---

<sup>1</sup> V. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova 1992, 560-561

<sup>2</sup> *Ibidem*, 565

<sup>3</sup> V.G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano 1960, 270

modernizzare questa branca del diritto pubblico, esso non sembrava all'altezza delle richieste riformatrici della scuola positiva.<sup>4</sup> Ciò nondimeno, l'impronta del codice del 1889 era decisamente liberale, dato che ribadiva le garanzie fondamentali che si sono sviluppate in epoca illuminista; in questo modo, veniva vietata l'estradiizione per reati di tipo politico e la pena capitale, stabilendo limiti temporali alle pene più indulgenti rispetto ai codici che lo avevano preceduto. Per quanto concerneva le pene, vi era una chiara distinzione tra la reclusione e la detenzione, sottoponendo la prima al criterio dell'esecuzione di tipo progressivo, in vista di un progetto rieducativo del reo.<sup>5</sup> Oltre alle numerose norme che disciplinavano l'errore e le cause giustificative, tale codice aveva affrontato l'aspetto soggettivo del reato già nella parte generale, aprendo la strada per la successiva teoria relativa all'antigiuridicità.<sup>6</sup> La parte speciale, invece, operava una differenziazione dei reati, in funzione dell'interesse che era stato leso, classificando i delitti e le relative pene alla luce di principi che rimarranno gli stessi nel codice che lo seguirà. La formulazione del 1889 indicò una differente comprensione della relazione tra i cittadini e lo Stato, anche se rispetto ai reati politici mantenne un certo rigore; in effetti, veniva prevista una serie di offese alla libertà.<sup>7</sup>

Il testo del Codice Zanardelli del 1889 viene considerato il compimento del modello teorizzato dalla scuola classica,<sup>8</sup> anche se la codificazione scritta di tale tradizione giuridica fece la sua comparsa dopo che il codice entrò in vigore.<sup>9</sup> Come si può facilmente intuire, la mitigazione delle pene prevista dal nuovo testo innescò la disapprovazione di chi sosteneva la posizione giuridica riconducibile al positivismo.<sup>10</sup> Il testo che sostituì quello di Zanardelli fu quello proposto dall'allora Guardasigilli, Alfredo Rocco. La formulazione risentiva della crisi che colpì la scuola liberale e fu influenzata dai modelli penali emersi nella prima decade del Novecento, che intendevano depurare la branca del diritto penale da influssi che nulla avevano a che fare con il diritto. Inoltre, lo stesso proponente del codice chiari

---

<sup>4</sup> V. G. VASSALLI, *La riforma del codice penale italiano del 1930*, "La giustizia penale", 1972, 51

<sup>5</sup> V. G. VASSALLI, *Codice penale*, cit., 269

<sup>6</sup> E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino 1988, 277

<sup>7</sup> V. G. VASSALLI, *Codice penale*, cit., 269

<sup>8</sup> U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, La Nuova Italia, Firenze, 1974, 234 ss

<sup>9</sup> V. G. VASSALLI, *Codice penale*, cit., nota 4, 270

<sup>10</sup> V. E. DOLCINI, *Codice penale*, cit., 276

cosa ne pensava del dibattito nato tra la corrente classica e positiva del diritto penale; in particolare, egli affermò come la nuova codificazione avesse inteso operare una sintesi delle due tradizioni, dando vita ad un sistema che fosse in grado di dare una risposta convincente alle nuove esigenze che erano emerse nello Stato e nella società.<sup>11</sup>

Il Codice penale del 1930 dilatò sia la parte speciale che generale della codificazione precedente, dato che la prima passò da 395 a 494 articoli, mentre la seconda da 103 a 204; inoltre, la normativa che riguarda la parte generale contiene numerose disposizioni sugli istituti principali, come la preterintenzione, la colpa, il dolo e la causalità.<sup>12</sup> Tale scelta è stata considerata da alcuni esperti come la strategia corretta per assicurare la certezza del diritto<sup>13</sup>; invece, altri autori hanno osservato come la normativa si sia appesantita, con definizioni che spesso non risultano complete o ben formulate.<sup>14</sup> Ancora, è bene notare come la porzione di parte generale contenga un'ulteriore innovazione rispetto ai codici che si erano susseguiti nel corso del diciannovesimo secolo. Infatti, dopo aver dettagliato le leggi di tipo penale e le sanzioni, trovano posto due capitoli che nel codice precedente erano trattati in maniera non organica, ovvero il reato e le persone offese da quest'ultimo. Un elemento di continuità, invece, rispetto alla tradizione precedente, è costituito dal principio di legalità, che apre la parte generale del codice vigente, art. 1, seguito da quello relativo alla non retroattività della legge penale, art. 2, e dall'impossibilità di interpretare le norme penali in modo analogico (artt. 1 e 199 c.p., art. 14 preleggi c.c. e 25 Cost.). Un altro principio che ha ispirato la riforma del codice penale, nel 1930, è rinvenibile nel principio della colpevolezza, che assume come colpa o dolo, in una concezione psicologica della colpevolezza, possano essere impiegati come criteri ordinari per imputare i reati, adottando un modello penale che si basa sul fatto compiuto.

Nonostante la parte speciale sia considerata di stampo marcatamente autoritario, anche diversi istituti che si possono trovare in quella generale seguono lo stesso andamento, configurandosi come eccezioni ai criteri di matrice liberale che pure

---

<sup>11</sup> V. G. VASSALLI, *Codice penale*, cit., p. 274

<sup>12</sup> S. MUSIO, *La vicenda del codice Rocco nell'età repubblicana*, ADIR, 1999.

<sup>13</sup> G. DELITALA, *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare di un nuovo codice penale"*, Vita e Pensiero, Milano, 1927, 23

<sup>14</sup> V.E. DOLCINI, *Codice penale*, cit., p. 279

sono presenti nel codice. Inoltre, determinate fattispecie non appaiono sufficientemente determinate, come dimostra l'articolo 110 c.p., che riguarda il concorso di persone in reato, oppure l'articolo 8 c.p., che si occupa di definire il reato di tipo politico.<sup>15</sup> Con riferimento alla prima fattispecie menzionata, è agevole osservare come il codice precedente del 1889 avesse proceduto alla distinzione analitica dei ruoli assunti dalle singole persone rispetto alla commissione del reato. Invece, il Codice Rocco ha scelto di adottare un approccio di tipo unitario e formale allo stesso tempo, abbandonando anche la formula del cumulo giuridico ed assorbimento delle pene, preferendo a tali istituti quello che prevede una cumulazione delle pene in senso materiale.

Rispetto al criterio relativo alla colpevolezza, si osserva come sia frequente l'uso della responsabilità di tipo oggettivo, come accade per la diffamazione a mezzo stampa, reato che è stato posto, in modo alquanto inusuale, all'interno della parte generale, e non speciale del codice come si ci aspetterebbe. Un altro esempio è dato dal delitto di ubriachezza volontaria, che non determina attenuanti relative alla capacità di intendere e di volere, negando agli stati emozionali qualunque possibilità di incidere sul profilo dell'imputabilità. Per quanto concerne le circostanze attenuanti, il codice del 1930 legittimava l'uso delle armi, estendendo la legittimità della difesa anche ai diritti di tipo patrimoniale. Ancora, rispetto alle circostanze in cui viene commesso il delitto, vengono abbandonate le attenuanti di tipo generico, prevedendo, al loro posto, una serie articolata di aggravanti. Infine, venivano introdotte le misure 'di sicurezza', che distorcevano i criteri logici sia della tradizione classica che positiva. Era previsto un 'doppio binario', che si basava, da una parte, sulla dicotomia tra la responsabilità della persona fisica e la collegata pena di tipo retributivo, determinata nella sua durata; dall'altra parte, venivano previste misure di sicurezza legate alla pericolosità sociale, che non erano mai determinate in senso temporale; tale tipo di misure venivano applicate dopo che la pena era stata irrogata. Inoltre, tale sanzione aggiuntiva era prevista non solamente quando era stato commesso un fatto che la legge considerava come delitto, ma anche quando si riteneva che l'individuo potesse commettere nuovi reati.

---

<sup>15</sup> V. F. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in E. Dolcini, *Codice penale*, cit., 280

In questo modo, a chi era imputabile ma non considerato pericoloso, si poteva applicare solamente la pena principale; invece, a chi era considerato un pericolo, ma non era imputabile, veniva applicata solamente la misura di sicurezza. Infine, per chi era imputabile solamente in parte, oppure pericoloso ed imputabile allo stesso tempo, si aveva la pena a cui seguivano le misure di sicurezza; di conseguenza, poteva accadere che minorenni oppure persone inferme dal punto di vista mentale dovevano scontare una pena anche lunga, alla fine della quale venivano ricoverati, allo scopo di cura e rieducazione, finendo per scontare pene non determinate. A tale proposito, alcuni giuristi hanno osservato come tale meccanismo costituirebbe l'esempio più evidente del fatto che il Codice "Rocco" del 1930 abbia usato per fini diversi molti dei criteri proposti dalla tradizione positiva, in modo da giustificare un sistema di tipo repressivo, che considera il reo come un nemico dello Stato da emarginare.<sup>16</sup>

Con riferimento, poi, alla parte speciale, si osserva come l'approccio di tipo autoritario sia maggiormente evidente; in effetti, le fattispecie di reato previste sono moltissime, mentre le sanzioni sono state aumentate. Inoltre, si è verificato un processo di 'pubblicizzazione' degli oggetti tutelati, i cd. beni giuridici; oltre a tali scelte, appare interessante osservare come l'ordine in cui vengono presentati i reati non sia affatto dettato dal caso, ma serva ad esprimere in modo coerente una gerarchia di valori giuridici dell'ordinamento. In questo modo, i reati contro la persona sono considerati minori rispetto a quelli contro lo Stato, le amministrazioni pubbliche, la religione, l'ordine pubblico e la famiglia; in generale, si passa dai beni di tipo pubblico a quelli di tipo privato, in funzione di un criterio di progressione discendente. Tale principio costituisce la bussola che orienta la tutela degli interessi giuridicamente e penalmente rilevanti, che vengono considerati, per la maggior parte, di importanza pubblica;<sup>17</sup> tuttavia, non si deve pensare che tale modello sia stato usato solamente da parte di regimi di tipo autoritario. In realtà, esso si configura come un principio consolidato da una lunga storia, partendo dal 1768, con la '*Constitutio Criminalis Theresiana*'.<sup>18</sup> A tale riguardo, si osserva come anche

---

<sup>16</sup> G.N. MODONA, *Legislazione penale*, in *Il mondo contemporaneo*, vol.I, tomo 2, La Nuova Italia, Firenze 1978, 584 ss

<sup>17</sup> V. T. PADOVANI, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, Bologna 1991, 47

<sup>18</sup> I. FEJES, *Constitutio Criminalis Theresiana-Corpus Delicti*, *Zbornik Radova*, 47, 2013, 163

il Codice Zanardelli del 1889 prevedesse tale modello, anche se, in questo caso, i reati contro la libertà erano posti immediatamente dopo quelli contro la sicurezza dello Stato. Inoltre, la misura di sicurezza non è direttamente collegabile alla consumazione di un reato, ma, come si è discusso in precedenza, alla pericolosità di un soggetto per la società.<sup>19</sup> Tale profilo non deriva dalla semplice possibilità, ma dalla probabilità che una persona possa porre in essere ulteriori condotte di carattere delittuoso<sup>20</sup>; in questo modo, si capisce come la pena ha un ruolo di natura general-preventiva, mentre la misura di sicurezza si configura come uno strumento di prevenzione a carattere speciale. Alla luce di tale considerazione, si comprende anche il suo profilo indeterminato, dato che essa è legata al fatto che l'individuo continui ad essere pericoloso o meno. Inoltre, la misura di sicurezza assume la funzione di annullare il pericolo che il delinquente costituisce per la collettività, evitando che esso commetta altri delitti in futuro; tale distinzione con la pena è stata ribadita dallo stesso guardasigilli. In effetti, viene ribadito come la pena assuma una funzione di repressione, mentre le misure di sicurezza servono a prevenire i singoli casi individuali, attraverso un processo di adattamento del reo alle regole sociali. Alternativamente, lo stesso scopo può essere raggiunto mediante la rimozione della persona dalla società, o ancora rendendolo incapace di offendere nuovamente; di conseguenza, il *focus* passa dalla colpevolezza e dalla possibilità di imputare la persona che compie un reato, di matrice liberale, alla minaccia che pone per la società, di matrice positiva.<sup>21</sup> In questo modo, si fa strada la convinzione che le misure di sicurezza non siano una risposta al reato, dato che non esiste alcuna relazione causale tra l'offesa e la reazione, ma siano poste in relazione al rischio che l'individuo pone per la società intera. L'introduzione di questo strumento si configura, quindi, come il tentativo di controllare i comportamenti delle persone da parte degli organi istituzionali. Non stupisce, dunque, il contenuto del nuovo codice penale, che si pone come una risposta alle critiche rivolte alla codificazione precedente di essere troppo blanda. Inoltre, si comprende perfettamente il motivo

---

<sup>19</sup> T. PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in F. FERRACUTI, *Trattato di Criminologia*, Medicina criminologica e Psichiatria forense, vol. XIII, Milano, 1990, 313

<sup>20</sup> G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano 1985, 70

<sup>21</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale-Parte generale*, 5 ed., Bologna, 2007, *Relazione al Re sul Codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Volume V, Parte I, Roma, 1929, 686 ss



per cui venne introdotta la pena capitale nel 1926, inserita in modo coerente nella logica di irrobustire il precedente sistema delle sanzioni. Infine, venne data la preferenza alla detenzione, dato che nel 1930 le sanzioni penali si dividevano in detentive e pecuniarie.<sup>22</sup>

L'elemento che risulta più interessante è dato dal fatto che i beni giuridici oggetto di tutela vengono salvaguardati in nome di un interesse di ordine superiore, che assume una natura di tipo immanente, trascendendo lo scopo particolare che viene perseguito. In questo modo, la tutela dell'economia viene giustificata dagli interessi superiori dello Stato, comportando la rimozione di qualunque tipo di conflitto di ordine sociale, e finendo con il giustificare la repressione di alcuni comportamenti di protesta, come lo sciopero.

## 1.2 Le funzioni della pena

La questione degli scopi perseguiti dalla pena non assume un rilievo puramente teorico, ma risulta sempre di grande attualità anche dal punto di vista pratico.<sup>23</sup> In effetti, tale dibattito è sempre stato influenzato dalla situazione contingente, oltre che dai sistemi di riferimento a livello politico e giuridico; è necessario, quindi, porre il tema nel giusto contesto storico, analizzando le tendenze che prevalgono, in quanto contraddizioni ed incertezze si riflettono sui valori a cui si ispira la produzione legislativa e le nozioni della pena. Tale discorso sembra particolarmente valido per le politiche in ambito criminale dell'Italia, che da sempre sono contrassegnate da concezioni di segno opposto, seguendo l'opinione che sembra più conveniente dal punto di vista politico.<sup>24</sup>

In particolare, quando con il concetto di funzioni della pena, intende riferirsi al profilo relativo all'efficacia, ovverosia gli effetti in grado di produrre e che giustificano la sua adozione; a tal proposito, sono state elaborate diverse teorie.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Volume I, Milano, 2010, 194

<sup>23</sup> V. MONGILLO, La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future, *CRITICA DEL DIRITTO Rassegna di dottrina giurisprudenza legislazione e vita giudiziaria*, Gennaio-Dicembre 2009, 1-2-3-4, 173-207

<sup>24</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 50 ss

<sup>25</sup> D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, *Dir. pen. Cont.*, 13, 2017, 48-60

Un primo tipo di funzione, corrisponde a quella retributiva<sup>26</sup>: in questo caso, la pena si configura come la reazione dello Stato in seguito alla violazione di una norma giuridica. Un precedente antico di questa concezione è la legge del taglione in diritto romano.

La seconda è quella che viene definita come ‘general-preventiva’, e prevede una funzione di deterrenza rispetto a tutte le persone, scoraggiando dal commettere fattispecie di reato quei soggetti che presentano la tendenza a delinquere.<sup>27</sup>

In seguito, è possibile considerare quella di tipo ‘special-preventivo’, che si traduce in un’azione deterrente anche nei confronti di condotte che si pongono in violazione della legge penale, ma che non necessariamente costituiscono un reato.<sup>28</sup> Quando il fine è di questo tipo, la pena serve anche come modo per rieducare il soggetto, che ha la possibilità di emendarsi dall’errore commesso. Inoltre, le teorie più aggiornate ed in sintonia con i problemi posti dalla società moderna, puntano ad una legittimazione delle pene basata sull’efficacia nel prevenire e controllare i comportamenti che si intendono evitare. Infine, una quarta tipologia di funzioni è poi quella ‘polifunzionali’; in questo caso, l’idea di fondo è data dal fatto che la pena non sia dotata di una sola funzione, ma di diverse finalità, che si esplicano in contemporanea.<sup>29</sup>

### **1.2.1 La teoria della general-prevenzione**

La funzione “general-preventiva” della pena la si può collocare tra le teorizzazioni di tipo utilitaristico sorte in epoca illuminista, come si può notare in Cesare Beccaria nei ‘Dei delitti e delle pene’ del 1764; in particolare, essa è basata sull’assunzione che la pena non sia giustificata solamente dal danno arrecato dal reo, ma debba essere orientata da un preciso fine, ovvero quello della prevenzione generale. In questo modo, alla fattispecie delittuosa si reagisce con una sanzione che ha determinati caratteri, come quello dell’inderogabilità, della determinatezza, della proporzionalità, e dell’afflizione. Di conseguenza, l’obiettivo perseguito dalla pena

---

<sup>26</sup> A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 211-215

<sup>27</sup> *Ibidem*, 32

<sup>28</sup> *Ibidem*, 117

<sup>29</sup> V.G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1961, 308

è quello di intimidire i soggetti che potrebbero delinquere, scoraggiandoli dal mettere in atto le loro intenzioni delittuose. Da questo punto di vista, per prevenzione di tipo generale, si intende lo scopo per la collettività dei consociati di evitare il compimento di delitti, o almeno di ridurre il numero di quelli commessi.<sup>30</sup> In effetti, si nota come solamente quando il carattere afflittivo della pena permette di conseguire uno scopo utile per la società, si può dire che la repressione sia giustificata dalla prevenzione generale;<sup>31</sup> logica conseguenza è che l'applicazione di una pena trovi giustificazione solamente quando serve a dare concretezza a quanto minacciato dalla legge. Inoltre, mediante la previsione di un obiettivo da perseguire ha segnato un punto di svolta per la storia del diritto penale contemporaneo; in questo modo, infatti, la sofferenza diventa il mezzo sociale per perseguire scopi concreti, concorrendo a realizzare il benessere della collettività.<sup>32</sup> In altre parole, l'idea alla base della prevenzione di tipo generale si lega strettamente al tentativo di modificare in senso positivo le motivazioni che spingono a delinquere. In questo modo, il bisogno di evitare di incorrere nelle sanzioni, dovrebbe costituire un incentivo sufficiente per convincere le persone a desistere dai loro propositi delittuosi; in altre parole, quando è presente uno svantaggio elevato derivante dalla pena, che supera il potenziale beneficio, il potenziale delinquente, che si assume compia scelte razionali, dovrebbe scegliere il rispetto delle regole che derivano dalle leggi presenti all'interno dell'ordinamento. Invece, mediante il secondo si punta ad intimidire chi potrebbe commettere un delitto, incutendo il timore di incorrere nella pena relativa;<sup>33</sup> in questo modo, quest'ultima ha un ruolo sia di integrazione a livello sociale che di incentivare la conformità dei comportamenti.<sup>34</sup> È bene considerare come la presenza di elementi come l'assenza di autocontrollo, l'instabilità a livello emotivo o l'aderenza interna al sistema di valori della sottocultura di tipo criminale, possono sollevare dei seri dubbi che la commissione di un delitto sia il frutto di una scelta a livello razionale,

---

<sup>30</sup> A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale - Parte generale*, Padova, 2004, 433

<sup>31</sup> D. GOLASH, *The Case against Punishment, Retribution, Crime Prevention and the Law*, New York, 2005, 22

<sup>32</sup> F. GROSS, *Punir c'est rappeler la loi*, in A. GARAPON, F. GROSS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, 137

<sup>33</sup> *Ibidem*, 434

<sup>34</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma, 2009, 27

basata su un calcolo tra costi e benefici del comportamento criminale.<sup>35</sup> In effetti, diversi reati vengono commessi su una base istintiva, senza un calcolo preciso o razionale; di conseguenza, non sembra ragionevole prevedere le pene presumendo che la maggior parte di coloro che delinquono lo faccia in modo razionale.<sup>36</sup>

Un fattore determinante quando si considerano gli scopi legati alla prevenzione di tipo generale, lo occupa il modo con cui la pena viene irrogata ed eseguita; in effetti, sull'efficacia delle sanzioni non incide solamente la loro credibilità,<sup>37</sup> ma anche l'efficacia della minaccia nel dissuadere il potenziale criminale.

Un problema più complesso, invece, risulta comprendere quale sia il livello minimo delle sanzioni, oltre cui la sanzione non costituirebbe più un elemento di dissuasione; a questo proposito, è bene considerare come la deterrenza esercitata dalla pena potenziale dipenda, da come viene percepito il rischio a livello individuale. Inoltre, un altro elemento determinante è dato da come tale pericolo venga rappresentato mediante le informazioni trasmesse dai media.<sup>38</sup>

Stante quanto asserito, risulta chiaro come l'obiettivo non sia la punizione di chi commette una fattispecie di reato, bensì far conoscere all'intera società quali sono le conseguenze che derivano da tale condotta a livello giuridico, con un effetto di deterrenza per la collettività. Tale effetto non è l'unica chiave di lettura di questo insieme di teorie, dato che la finalità di prevenzione generale si configura anche in termini di approccio culturale; in questo senso, la pena comporterebbe il fatto che i cittadini interiorizzino ed accettino le scelte operate dal legislatore in materia di delitti e pene, ergo diritto penale, che si traducono nelle leggi che definiscono i reati e le loro conseguenze.<sup>39</sup>

Sulla scorta di tali considerazioni, la dottrina giuridica ha identificato due dimensioni implicate dalla prevenzione di tipo generale, ovvero positivo e negativo; il primo si basa sul fatto che la previsione di determinate pene dia un contributo a

---

<sup>35</sup> L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss

<sup>36</sup> HOME OFFICE, *Crime, Justice and Protecting the Public*, London, 1990, 6

<sup>37</sup> F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 414 ss

<sup>38</sup> F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, 2009, 193 ss

<sup>39</sup> E. DOLCINI, *Relazione introduttiva*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 38.

ribadire nel pensiero comune che le condotte illecite devono essere oggetto di disapprovazione generale.<sup>40</sup>

## 1.2.2 La teoria retributiva della pena

Le teorie che si basano sul concetto di ‘retribuzione’ delle pene, sono fondate sull’esigenza di stabilire un tipo di giustizia assoluta, ovvero che si abbia a prescindere dalle finalità particolari da raggiungere.<sup>41</sup> In questo senso, la pena, come si è accennato in precedenza, è considerata come un male, ovvero un disagio profondo che ha la funzione di controbilanciare il danno inflitto mediante il compimento di una fattispecie delittuosa. In questo modo, a tale concezione è sottesa un’idea legata allo scambio, che si configura come una remunerazione, di segno negativo per il reo e positivo per lo Stato e la generalità dei cittadini. A tale proposito, si noti come già Friedrich Nietzsche si era interrogato sulla fonte dell’equivalenza molto antica tra il dolore ed il danno;<sup>42</sup> il filosofo ha ritenuto come tra l’accostamento tra sofferenza e pena sia nata in un contesto di tipo mercantile, dato che il vocabolo greco ‘*poné*’, significa appunto ‘contraccambio’. In tale contesto, chi aveva diritto ad una somma di denaro poteva torturare il suo debitore in qualunque modo, sulla scorta del contratto che li legava.<sup>43</sup> Invece, un’ipotesi alternativa sull’etimologia del termine si riferisce al vocabolo latino ‘punire’, che apparteneva al lessico dei medici, dato che il significato è quello di sanare il reo, restituirlo a piena salute.<sup>44</sup> In definitiva, alla base della concezione della giustizia in senso retributivo, nella sua concezione originaria, si pone l’idea che punire il crimine equivalga ad una sorta di vendetta. Generalmente, quest’ultima non ha un limite preciso, e viene attuata dalla persona offesa e dal clan a cui appartiene, in condizioni in cui non è possibile fare ricorso ad un’autorità di tipo superiore. Dalla nozione di vendetta senza limiti si passa alla legge ‘del taglione’, che contiene, anche se in forma grezza, un criterio riconducibile alla giustizia, dato che in questo

---

<sup>40</sup> A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi*, cit. , 435

<sup>41</sup> E. DOLCINI, MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, IV ed., Milano, 2012, 4

<sup>42</sup> F. NIETSCHE, *Genealogia della morale*, Milano, 1988, 1 ss

<sup>43</sup> U. CURI, *I paradossi della pena*, I Convegno nazionale dell’Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1073

<sup>44</sup> *Ibidem*, 1076

modo viene introdotto un meccanismo secondo cui la punizione deve essere in qualche modo proporzionata rispetto al danno arrecato.<sup>45</sup> Quando tale regola subisce un processo di spiritualizzazione e sublimazione, si è in presenza del nucleo fondante della nozione retributiva come viene concepita in un contesto moderno. In effetti, la facoltà di punire viene concessa all'autorità dello Stato, che si pone come una terza parte rispetto a chi è stato offeso dal reato; in questo modo, la vittima non dispone della possibilità di imporre la pena. In aggiunta, tale soluzione permette di evitare tipologie di sanzioni crudeli, che colpiscono direttamente il corpo del reo, come nel caso della pena capitale e delle sanzioni di tipo corporale. In questo modo, si può passare a sanzioni che presentano un livello inferiore di violenza, per arrivare alla detenzione all'interno di carceri oppure alla previsione di sanzioni a carattere pecuniario, che si sono diffuse dall'ottocento in poi.<sup>46</sup> Di conseguenza, sembra ragionevole affermare come la sanzione di tipo retributivo si sia depurata dalla sua componente di vendetta delle origini, mediante un processo di sublimazione che ha interessato il concetto stesso. Del resto è in questo senso che viene considerata la pena da parte di due grandi filosofi che, più di altri, hanno contribuito a teorizzare come l'obiettivo della pena sia la retribuzione, ovvero Kant e Hegel.<sup>47</sup> Nel pensiero di tali grandi filosofi, la giustizia di tipo retributivo viene considerata come assoluta; in questo modo, al reato commesso deve necessariamente corrispondere la pena che annulla il danno arrecato e ristabilisce l'ordine che è stato violato.

Tale nozione della sanzione è talmente importante, che essa sta ancora alla base di qualunque tipo di discussione in merito alla pena, costituendo una variabile da cui non è possibile prescindere; in effetti, la tendenza è quella di andare verso uno scopo utile in senso sociale per giustificare la pena. Si osserva, invero, come continuano ad essere commessi reati anche gravi, che procurano allarme o pericolo sociale; tale situazione determina l'insorgere di aggressività e frustrazione non solamente nelle vittime, ma anche nella società intera. Tali sentimenti, a loro volta, determinano un'esigenza di punizione, che segnala in modo molto chiaro come la mentalità

---

<sup>45</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, 14 e ss

<sup>46</sup> G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 19 ss

<sup>47</sup> N. BOBBIO, *Contro la pena di morte*, in N. BOBBIO, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Milano, 2010, 26

legata alla retribuzione sia ancora molto radicata ed attuale,<sup>48</sup> sia nelle persone che compongono la società civile che la stessa pratica giudiziaria. Contemporaneamente si può agevolmente cogliere lo svantaggio derivante da un tale tipo di logica, dato che prospettare una pena che sia imposta solamente da una nozione di giustizia assoluta, corre il rischio di apparire eccessivamente astratta, ideologica e filosofica.<sup>49</sup> Effettivamente, per uno Stato che si presenta come basato sul diritto e sui criteri del pluralismo e della laicità non è più possibile pensare ad un tipo di giustizia intrinseco o assoluto, completamente slegato da ulteriori obiettivi sociali e giuridici. In altre parole, una nozione di pena che prescindendo da qualunque tipo di considerazione per il futuro del reo è destinata a sembrare antiquata e difficilmente sostenibile, nonché inutile. Tale ragionamento appare supportato dalla considerazione di come, quando attualmente si discute di retribuzione, il riferimento non è più agli obiettivi della sanzione, ma si pone su un piano differente, dando per scontato che la ragione alla base della punizione non sia più da mettere in discussione.<sup>50</sup> Di conseguenza, nel diritto penale contemporaneo, la logica di tipo retributivo è sempre legata ad un bisogno di proporzionalità, ovvero di un equilibrio tra la rilevanza del danno arrecato e la pena che deve essere concretamente applicata.<sup>51</sup> In questo modo, la persona che ha commesso il delitto avrà la possibilità di percepire la giustizia della pena, una pena giusta, assumendo una condotta improntata ad una maggiore serietà e disponibilità nei confronti del processo di rieducazione.<sup>52</sup> Grazie alla presenza di una proporzione e di una certa equità, l'aspetto di retribuzione della pena si attualizza, diventando uno strumento fondamentale per concretizzare la funzione di prevenzione speciale, che sarà affrontata in maggior dettaglio nel corso del prossimo paragrafo.

Ciò nondimeno, è possibile osservare un percorso inverso, che recuperi il senso della concezione retributiva primitiva, all'interno di approcci che è possibile

---

<sup>48</sup> G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giustizia*, 1991, 46

<sup>49</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I ed., Milano, 2004, 15

<sup>50</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, 716

<sup>51</sup> G. FIANDACA, *Scopi della pena fra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Cinquant'anni Corte Costit., Napoli, 2006, 136

<sup>52</sup> D. MAIDECCHI, *La rieducazione del condannato tra carcere ed alternative*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 2002, 82

definire ‘neo-retribuzionisti’, nati come risposta ad una crisi percepita della rieducazione o risocializzazione.<sup>53</sup>Tali modelli partono da spiegazioni riconducibili alla psicoanalisi; in particolare, viene sottolineato il carattere spettacolare e pubblico del cattivo esempio dato da chi commette un delitto, che si potrebbe estendere alla società, mediante una sorta di contagio. In effetti, il desiderio di trasgredire le regole è presente in ciascuna persona; per questo motivo, è necessaria la risposta dello Stato in senso punitivo. Inoltre, da un lato è possibile orientare i sentimenti di aggressività innescati dalla commissione del reato, mentre, dall’altro, la fedeltà ai valori giuridici penalmente rilevanti può essere preservata e destinata ad aumentare. Tale concezione, che può essere considerata come una resistenza in senso ‘neo-retribuzionista’, viene sostenuta da coloro che ritengono come una pena che sia giusta possa dare maggiori garanzie di una che sia inutile, caratterizzata da elementi, di incertezza e flessibilità.<sup>54</sup> In questo modo, quella che si configura come una moderna teorizzazione in senso retributivo diventa un ricalco di quella general-preventiva, anche se intesa come tecnica per la risocializzazione. Inoltre, adottando una concezione del genere, si corre il rischio che si ripresentino sanzioni dalla crescente gravità, che non tengano conto della reale entità del reato. Ciò nondimeno, la critica più importante che è possibile sollevare a tale tipo di teorie risiede nel fatto che tale approccio si concentra sulla funzione di tipo positivo svolto dalla pena all’interno della società. In questa maniera, la sorte della persona che delinque non viene tenuta nella debita considerazione, dimenticando che anche la società in generale ha una parte della responsabilità, dato che ha dato un contributo a creare i presupposti del delitto. Se tale corresponsabilità, al contrario, venisse riconosciuta, la pena potrebbe diventare un mezzo razionale, con la possibilità di dare un contributo positivo per la persona che delinque, mettendolo nelle condizioni di affrontare un reale percorso di rieducazione.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in M. PAVARINI, *Nuovo revisionismo penale, Silète poenologi in munere alieno!*, Teoria della pena e scienza penalistica oggi, Milano, 2006, 20

<sup>54</sup> Ibidem

<sup>55</sup> G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., 24 ss



### 1.2.3 La teoria della special-prevenzione

Quando si parla di special-prevenzione, ci si rivolge alla singola persona che ha già posto in essere l'azione delittuosa, e non alla società in generale come nel caso della prevenzione generale; lo scopo è quello di evitare che esso possa commettere altri reati in futuro, secondo il noto principio, *'punitur ne peccetur'*.<sup>56</sup> Ciò nondimeno, anche in tale tipo di teoria si possono distinguere due approcci differenti; il primo si riferisce alla prevenzione speciale di segno negativo, ovvero al fatto di neutralizzare la persona, rendendolo incapace di commettere un altro delitto,<sup>57</sup> inteso dunque come neutralizzazione del reo. Quando viene intesa in questo senso si procede, in definitiva, a neutralizzare in modo giuridico o materiale la minaccia costituita dal delinquente. A tale proposito, è palese come chi commetta una rapina non sarà in grado di ripetere il reato fino a quando rimane detenuto in un carcere; invece, l'incapacità di tipo giuridico può essere attuata con sanzioni interdittive, che derivano da pene di natura accessoria. In questo caso, lo scopo della pena è quello di evitare che l'individuo abbia la possibilità materiale di essere messo nelle stesse circostanze in cui si era consumato il delitto, come nel caso della pena all'interdizione dai pubblici uffici, pena accessoria prevista all'art. 28 c.p., per coloro che hanno compiuto reati contro la pubblica amministrazione, come nel caso di corruzione, concussione ecc. In questo senso, le pene hanno una funzione anestetica, dato che bloccano le possibilità di commettere delitti in persone condannate, ponendo un ostacolo di natura giuridica o fisica che serve a prevenire la commissione di un nuovo reato. Ciò nondimeno, tale approccio presenta un'evidente limitazione di ordine temporale; in effetti, nel corso della permanenza in carcere o nel periodo di interdizione il rischio che venga commesso un altro delitto si avvicina a zero. Il problema, tuttavia, sorge una volta che sono venute meno le restrizioni, dato che l'ordinamento non ha più la possibilità di controllare o rimuovere tali pericoli; tale giudizio è il riflesso della posizione che considera come non tollerabile una carcerazione indefinita, che occupi l'intera esistenza del condannato. Difatti, in una tale ipotesi le condotte della persona possono essere

---

<sup>56</sup> Ibidem

<sup>57</sup> F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale- parte generale*, Milano, 2013, 588

controllate, ma gli viene preclusa la possibilità di essere integrata nuovamente all'interno della società. Tale soluzione non sembra dunque accettabile da un punto di vista etico e politico, dato che non è considerata degna di un sistema penale di un regime democratico e liberale.<sup>58</sup>

Il secondo profilo in cui si traduce la teoria speciale della prevenzione è quello di segno positivo, che si concentra sulla funzione della pena in senso rieducativo; da questo punto di vista, la pena dovrebbe servire ad un recupero del reo nella società.<sup>59</sup> Si noti come tale responsabilità sia concepita in modo fondamentalmente laico, dato che spetta allo Stato, attraverso la pena, l'incombenza di occuparsi della rieducazione della persona condannata, orientandola a rispettare l'insieme di valori comuni che sono stati violati dalla fattispecie delittuosa commessa. Il concetto di 'rieducazione', è partito dalla nozione di derivazione lombrosiana del delinquente di tipo patologico, che apparteneva ad un gruppo ristretto caratterizzato da tratti di negatività nei confronti delle regole sociali.<sup>60</sup> Ciò nondimeno, c'è stata un'evoluzione che ha permesso di superare la logica che vedeva nel criminale una persona malata e bisognoso di un intervento di tipo pedagogico e sanitario. In questo modo, si è diffusa l'idea che la società avesse una parte di responsabilità per la genesi del delitto, dato che quest'ultimo non è mai il frutto di scelte puramente casuali dei singoli, ma si deve assumere che ad esso concorrano diversi elementi di ordine sociale ed economico. In questo senso, diventano rilevanti i giudizi valoriali che diventano decisivi per la scelta di condotte che si pongono in opposizione ad un precetto penale. A questo riguardo, è bene ricordare come tali valutazioni siano presenti nel gruppo a cui la persona appartiene, determinando dinamiche di tipo cumulativo.<sup>61</sup> Per questa ragione, risulta fondamentale che, quando si tratta di dare applicazione alla pena, la persona condannata venga considerata come uno degli interlocutori dello Stato; in questo modo, si intende favorire il ritorno ad un approccio responsabile nei confronti dei valori giuridici penalmente rilevanti che

---

<sup>58</sup> M. PAVARINI, *Processi di ricarcerazione del mondo, Ovvero del dominio di un certo 'punto di vista'*, in *Questione Giustizia*, 2004, 2-3, 1 ss

<sup>59</sup> F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale- parte generale*, cit., 565

<sup>60</sup> M. PAVARINI, *La pena utile, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, 1, 1-45

<sup>61</sup> L. EUSEBI, *Il diritto – enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, Bergamo, 2007, 86

sono stati offesi, come frutto di una scelta del reo.<sup>62</sup> Mediante tale soluzione, la persona che è stata condannata ha la possibilità di diventare consapevole della valenza negativa dei suoi atti, distanziandosene spontaneamente, come risultato di un sistema penale informato da principi di rispetto della persona umana.<sup>63</sup> Tuttavia, affinché l'autore del delitto affronti con successo un processo di recupero consapevole, l'atteggiamento del sistema penale deve tendere maggiormente a scopi di riparazione e conciliazione tra chi ha commesso un reato e le sue vittime, cd. giustizia riparativa, sottolineando il valore dei bisogni di tipo personale all'interno del processo di rieducazione. Del resto, anche la dottrina sostiene che non è possibile definire a priori una pena che sia intrinsecamente giusta, dato che i profili relativi all'efficacia ed accettabilità dal punto di vista morale devono essere appurati concretamente.<sup>64</sup> In effetti una pena può essere considerata equa quando è capace di riparare in concreto le relazioni tra persone che sono state danneggiate dalla condotta delittuosa.<sup>65</sup>

#### **1.2.4 Le teorie polifunzionali della pena**

La teoria 'polifunzionale' della pena si inizia a diffondere durante gli anni Sessanta del secolo scorso; secondo tale nozione, alla premessa che le pene assumano un carattere essenzialmente retributivo, si abbina l'osservazione di come tale aspetto, di per sé, non sia sufficiente per lottare contro i crimini.<sup>66</sup>

In particolare, si ritiene come la pena debba servire a ristabilire o reintegrare il diritto che è stato violato, prevenendo in modo generale e speciale, una sanzione che rimane fondamentalmente di tipo retributivo. Tali funzioni sono quelle che gli ordinamenti giuridici assegnano alla pena di tipo criminale;<sup>67</sup> tra di esse, una particolare importanza la assume la prevenzione di tipo speciale, che viene vista come *'la più pregnata di significati e possibilità. Essa include ogni finalità assegnata*

---

<sup>62</sup> Ibidem, 87

<sup>63</sup> Corte cost., sent. n. 12, 12 febbraio 1966

<sup>64</sup> M. PAVARINI, *La pena utile, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, cit.

<sup>65</sup> L. EUSEBI, *Il diritto – enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, cit., 88

<sup>66</sup> G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, I, 297.

<sup>67</sup> Ibidem, 329

*alla pena in vista del futuro del singolo delinquente, sia sotto un profilo strettamente personale sia nei suoi rapporti con la società*'.<sup>68</sup> Ciò nondimeno, autorevole dottrina ha criticato tale teoria, ritenendo come sia riduttivo pensare che si possano conciliare tra loro le diverse teorie sulla funzione della pena con una semplice operazione di somma.<sup>69</sup> In effetti, secondo questo esperto, i diversi ruoli assunti dalle pene si possono rinvenire nelle diverse fasi, ovvero nella minaccia, proporzionalità ed esecuzione.<sup>70</sup>

Ad ogni modo, la prevenzione speciale viene considerata di tale importanza da non essere mai stata messa in dubbio nemmeno dai massimi esponenti della posizione retributiva; tale operazione è ancora meno probabile nel momento attuale, dato che tale tipo di prevenzione, nella sua forma più elevata, è stata riconosciuta come aspetto fondamentale della pena in tutte le sue componenti, ovvero la rieducazione di chi ha commesso un reato.<sup>71</sup>

Nonostante l'importanza svolta dalla rieducazione, è accaduto che l'interpretazione di tale criterio sia stata decisamente riduttiva, allo scopo di limitarne la portata innovativa; per questo motivo, la Corte Costituzionale ha suggerito una lettura della pena in senso polifunzionale, offrendo differenti interpretazioni ed applicazioni nel corso del tempo. Del resto, anche tale nozione è stata definita in modi diversi da parte della dottrina; in effetti, nella prima fase, corrispondente agli anni Sessanta del secolo scorso, la lettura principale era di tipo eclettico, oppure sincretista, come si è brevemente discusso in precedenza.<sup>72</sup> Tale tendenza è rimasta quella prevalente per più di trent'anni, limitando il fine di rieducazione alla fase esecutiva; mediante tale ottica, i diversi ruoli della pena vengono messi insieme in modo confuso, senza stabilire priorità o gerarchie particolari. In questo modo, i giudici hanno avuto a disposizione un mezzo teorico molto flessibile, che ben si poteva adattare a soddisfare le esigenze dell'orientamento assunto dalla politica criminale

---

<sup>68</sup> Ibidem, 322-27

<sup>69</sup> G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 - 28*, Bologna, 1991, 222

<sup>70</sup> Ibidem

<sup>71</sup> Art. 2 della l. 25 novembre 1962, n. 1634, recante *Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale*, pubblicata in G.U. n. 311 del 6 dicembre 1962

<sup>72</sup> G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 332

dominante.<sup>73</sup> Tale modello ha incontrato il favore dei giudici costituzionali per lungo tempo, dato che esso rappresentava un modo per dare la preferenza alle diverse funzioni della pena, con la possibilità di dare soddisfazione a bisogni di tipo contingente.<sup>74</sup> Tale discorso è esemplificato da una serie di pronunciamenti che hanno rigettato il ricorso proposto in diverse materie, come le pene di tipo pecuniario, l'ergastolo, la liberazione di tipo condizionale, ed infine i collaboratori della giustizia.<sup>75</sup> Quest'ultima sentenza assume una particolare rilevanza, dato che si afferma chiaramente come, dal punto di vista costituzionale, uno degli scopi rivestito dalla pena, sia quella della prevenzione a carattere generale e di tutela della società. Di conseguenza, si giustifica la sua natura afflittiva e retributiva; allo stesso tempo, trovano posto anche le funzioni di prevenzione a carattere speciale e di rieducazione, che implicano un certo livello di flessibilità. A sua volta, quest'ultimo consente di adattare la pena all'obiettivo di rieducare la persona che ha commesso il reato; di conseguenza, non è possibile procedere ad una gerarchizzazione di tipo statico ed assoluto, che sia valida per ogni caso e situazione. In altre parole, al legislatore sembra concessa la facoltà, anche se da esercitare entro limiti ragionevoli, accordare la preferenza ad uno dei diversi scopi, senza però rinunciare a nessuno di essi.<sup>76</sup> Ciò nondimeno, non sfugge come tale approccio sia criticabile sia da una prospettiva teorica che applicativa, dato che non ha mostrato una particolare funzionalità.<sup>77</sup> In effetti, sul piano teorico, si osserva come, sommando tra di loro le differenti funzioni attribuite alla pena si produce il risultato di moltiplicare le debolezze di ciascuna, al posto di compensarle tra di loro. Invece, dal punto di vista pratico, combinando in modo eccessivo i differenti aspetti si origina un ostacolo ancora maggiore per la risoluzione dei differenti scopi che emergono quando si tratta di stabilire la proporzionalità della pena.

Dal bisogno di rimediare a tali problematiche, sottovalutando l'importanza assegnata alla rieducazione dalla Carta Costituzionale, è sorto un nuovo paradigma

---

<sup>73</sup> G. FIANDACA, *Scopi della pena fra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in V.G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Cinquant'anni Corte Costit., Napoli, 2006, 135

<sup>74</sup> G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 16

<sup>75</sup> Cost., 11 giugno 1993 n. 306, *Casavola*, in Cortecostituzionale.it

<sup>76</sup> *Ibidem*

<sup>77</sup> G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 333

teorico e maggiormente evoluto della nozione di 'polifunzionalità', che si riconduce alla teoria di tipo dialettico-associativo.<sup>78</sup> Secondo tale logica, non si tratta di sommare le diverse funzioni ascritte alla pena, ma, al contrario, di far emergere l'importanza crescente della rieducazione, che diventa lo scopo principale. In questo senso, si osserva come la giurisprudenza sia stata caratterizzata da una progressiva, anche se lenta, evoluzione; in particolare, partendo da una nozione polifunzionale che assegnava un posto di secondo piano alla rieducazione, essa ha *'progressivamente attinto momenti di più ampia valorizzazione di esso fino a giungere a qualificare la rieducazione del condannato come fine principale ineludibile della pena stessa'*.<sup>79</sup>

Inoltre, la dottrina, a partire dal contributo del professor Vassalli, osservava come le diverse critiche mosse alla finalità educativa contenessero diversi fattori che corrispondevano al vero;<sup>80</sup> tuttavia, tale ammissione non poteva giustificare la rimozione della finalità educativa. Tale constatazione risuonava decisamente appropriata, quando si considera come tale scopo sia previsto dalla fonte giuridica di rango più elevato, ovvero la Costituzione all'art. 27. Ciò nondimeno, non si dovrebbe dimenticare le particolarità del quadro giuridico italiano, in cui, fino agli anni Sessanta dominava la visione del Codice Rocco del 1930, che impedì l'adozione di rimedi diversi dal carcere, e che avevano mostrato la loro utilità in altri ordinamenti. In effetti, i primi segnali di un cambiamento li si ebbero solamente nel 1962, quando venne ammessa la possibilità di liberazione condizionale per chi aveva scontato almeno 28 anni dell'ergastolo inflitto, o per coloro che erano qualificati come criminali abituali che si qualificavano per il nuovo istituto.<sup>81</sup> Tuttavia, anche in questi casi rimase la barriera finale che consisteva nei cinque anni della pena residua, oltre che nel requisito di accesso, che era particolarmente oneroso. Per avere maggiori aperture si deve aspettare il 1974, quando venne

---

<sup>78</sup> G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, 42

<sup>79</sup> G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, intervento nell'ambito del Convegno *Scambio di analisi ed esperienze sul rapporto tra le nostre Costituzioni e i principi penali*, Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011

<sup>80</sup> G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, Dottrina e ricerche, *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1982, 3-4, 437-482

<sup>81</sup> *Ibidem*, 458

ampliata la concessione della sospensione condizionale, anche se essa rimaneva altamente discrezionale e considerata un elemento di indulgenza.<sup>82</sup> Inoltre, nonostante 'la polifunzionalità della pena' venga ammessa senza problemi, tanto da diventare il concetto ufficiale del sistema penale italiano, la rieducazione non è mai stata percepita talmente importante da strutturarla per intero. Ancora, che la pena assolva a funzioni multiple sembra dimostrato dalle intenzioni del legislatore, che ha dato prova di considerare anche il ruolo di intimidazione e la legittimità di infliggere la pena come retribuzione per l'atto criminale. Per queste ragioni, il tema della rieducazione deve essere preso in seria considerazione, dato che si tratta di un principio di livello costituzionale; inoltre, l'applicazione di tale criterio appare decisamente debole.

Una delle critiche più pesanti che veniva rivolta alla rieducazione del reo consisteva in una sua possibile applicazione forzata; tuttavia, il professor Vassalli sembra escludere tale pericolo, osservando come, in Italia, a partire dalla sua unificazione, prevalgano il pluralismo ed una tendenza alla partecipazione democratica e liberale, escludendo il rischio che la rieducazione sia applicata in modo improprio.<sup>83</sup> D'altra parte, è necessario considerare come sia un diritto dello Stato quello di diffondere valori e pratiche che si oppongono alle fattispecie criminali, specialmente a quelle che comportano una particolare gravità. Se si volesse negare tale prerogativa, si finirebbe con la rimozione della funzione di tipo preventivo generale, intesa nella sua accezione più ampia e generale, non riconoscendo il diritto alla punizione da parte dello Stato.

Per cercare di comprendere meglio i termini della questione, è sempre necessario ancorarsi strettamente alla Carta Costituzionale; ciò nondimeno, quando si cerca di individuare una chiave di lettura, l'unico riferimento certo è all'articolo 27, comma 3, della Carta Costituzionale, che riguarda la rieducazione del soggetto condannato, ispirato ad una nozione dello Stato sociale di diritto di tipo solidaristico e personalistico.<sup>84</sup> Tuttavia, tale articolo non ha mai spinto ad interpretazioni di tipo univoco rispetto ai criteri ispiratori del sistema penale; in effetti, dopo una prima

---

<sup>82</sup> E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 105, 1980, 143 ss

<sup>83</sup> G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, cit., 461

<sup>84</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, nota 3, 98

fase in cui il principio della rieducazione è stato contenuto, la tendenza è un approccio di tipo sincretistico, che poggia sulla nozione di ‘polifunzionalità della pena’ rispetto alle funzioni della pena, come si è accennato in precedenza.<sup>85</sup> Attualmente, la versione che sembra prevalere è quella di una dialettica tra i diversi scopi della pena, in modo da ridurre gli elementi negativi che sono presenti e ricomporre le ambivalenze. In questo modo, si cerca di affermare come lo scopo di difendere i valori giuridici e di reimmettere il condannato nella società, deve potersi integrare con il criterio della colpevolezza, in modo da dare luogo ad un sistema penale che punti sulla prevenzione e che risulti costruttivo dal punto di vista sociale. Inoltre, nelle diverse varianti di tipo plurifunzionale, la rieducazione assume sempre una certa rilevanza, dato che non solamente viene suggerito dalla Carta Costituzionale, ma viene anche considerata una vittoria giuridica della civiltà da cui non si può più prescindere.<sup>86</sup> Come si può facilmente intuire, tale principio diventa molto importante nella fase esecutiva delle pene, anche se esso non si esaurisce in tale momento.

---

<sup>85</sup> G. FIANDACA, *Scopi della pena fra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., 131 ss

<sup>86</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3a ed., Milano, 2004, 16 ss



### 1.3 La pena secondo la Costituzione (Cenni)

Come si è visto nel paragrafo precedente, la finalità rieducativa della pena è sancita dal comma 3 dell'articolo 27 Cost.; a tale proposito, si noti la portata della legge di revisione della Carta Costituzionale 1/2007, che ha abolito definitivamente la pena capitale. Tale riforma ha segnato una svolta storica, ma non è stata colta con la dovuta attenzione da parte della dottrina; invece, grazie alla lente fornita dal comma 4 dell'articolo 27, si può ravvisare il vero significato della pena secondo la Costituzione italiana. Difatti, abolendo la pena di morte, è stata rimossa la sola eccezione che era prevista al comma 3 dello stesso articolo 27, che è diventato perfettamente coerente con il sistema che intende ispirare. Inoltre, grazie al nuovo comma 4 è stato chiarito in modo definitivo che la rieducazione debba consistere nella nuova socializzazione di chi ha commesso un delitto; in effetti, anche ammettendo che la massima pena eserciti una notevole funzione di deterrenza, promuovendo una possibile redenzione della persona condannata, non si può non riconoscere che l'uccisione di quest'ultima mettano fine a qualunque possibilità di recupero a livello sociale.

In questo modo, l'abolizione della pena capitale a livello costituzionale può essere interpretata come l'affermazione definitiva dello scopo rieducativo previsto dal citato comma 3 dell'articolo 27.

Ancora, cancellando la pena di morte dal dettato della Carta Costituzione, si è posto un fortissimo segnale di come sia lo Stato ad avere il reale monopolio della pena, tutelandola da tentativi di privatizzare la punizione. Inoltre, grazie a tale riforma, si è inteso ribadire che in uno Stato di diritto, la reazione deve essere più lieve rispetto alla gravità dell'offesa, risultando 'umana';<sup>87</sup> un altro aspetto che si può cogliere è il rifiuto di adottare pene che non siano reversibili. In questo modo, la pena di morte è stata rimossa in quanto poggiava sull'illusione di un sistema giudiziario che non potesse errare; in questo senso, il nuovo comma 4 dell'articolo 27 si inserisce perfettamente in un sistema più ampio. In particolare, si noti come il comma 4

---

<sup>87</sup> M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in Cass. pen., 2007, 1, 6-23

dell'articolo 24 consideri che sia sempre possibile avere un errore nel giudizio, e di come il comma 4 dell'articolo 13 bandisca la tortura in ambito giudiziario; ancora, si prenda in considerazione l'articolo 191 del codice di procedura penale, che prevede come le prove raccolte in modo non legittimo non si possano usare in giudizio.

Tuttavia, lo scopo di rieducare non è il solo che deve avere la pena, dato che essa deve anche possedere una natura di tipo umanitario, carattere richiesto dalla Carta Costituzionale mediante il divieto di sottoporre a trattamenti lesivi della dignità umana. Si tratta di una tutela che è applicabile in tutti i campi in cui si esplica il monopolio della forza da parte dello Stato; di conseguenza, la si trova con riferimento all'esecuzione della pena, previsto dall'articolo 27 al comma 3, ma anche per i trattamenti di tipo sanitario, ai sensi del comma 4 dell'articolo 13. Ancora, non bisogna dimenticare come gli obblighi internazionali sottoscritti dall'Italia e riconosciuti dal comma 1 dell'articolo 117, dovrebbero garantire la tenuta di tale principio. Del resto, lo scopo rieducativo ed il carattere umanitario delle pene si inseriscono in un ambito di tipo unitario che non è possibile dissociare. Di conseguenza, appare errato distinguere i due criteri, allo scopo di differenziarne la portata applicativa; secondo tale impostazione, l'impossibilità di trattamenti che si oppongono al carattere umanitario opererebbe a livello 'ontico', mentre quello della rieducazione del reo si porrebbe su quello 'deontico'.<sup>88</sup> Se si accettasse tale impostazione, la pena non sarebbe più legale solamente in presenza di disumanità, mentre non lo sarebbe quando non avrebbe alcuno scopo di tipo rieducativo.

---

<sup>88</sup> G. BASTI, *Logica aletica, deontica e ontologia formale: dalla verità ontica all'obbligo deontico*, Logica e Diritto: tra argomentazione e scoperta, 2011, 105-270