

INTRODUZIONE

La Costituzione italiana sancisce all'art.27 co.2 che «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato». Sebbene nell'ambito della dottrina penalistica si riconoscano diverse teorie circa il finalismo della pena, la Costituzione italiana, almeno in linea di principio, sposa la teoria del finalismo rieducativo. Di conseguenza, è questo il presupposto essenziale e irrinunciabile da cui si deve partire quando si parla di pene e del loro obiettivo finale all'interno dell'ordinamento italiano.

Il concetto di pena sta alla base dello studio del diritto penale e della criminologia, è la chiave di volta del giudice nello svolgimento della sua funzione di arbitro tra il "bene" e il "male". Oggetto di questo lavoro di tesi è l'analisi della tensione evolutiva che il concetto di rieducazione così come espresso in Costituzione ha subito e continua a subire con importanti conseguenze dal punto di vista pratico.

Chiunque, voglia oggi studiare le norme, gli organi, le modalità di esecuzione della pena non può fare a meno di porsi preliminarmente il problema del rapporto fra pena ed essere umano; ovvero inquadrare il tema della pena e delle modalità di esecuzione in un contesto giuridico e culturale più ampio, condizionato, in particolare negli ultimi settant'anni, dalla duplice tutela costituzionale e internazionale dei diritti umani.

Data la apparente chiarezza della formulazione costituzionale, a primo impatto si potrebbe pensare che il fine della pena sia un concetto fermo, immobile e cristallizzato dai Padri costituenti. In realtà, l'interpretazione di quel principio è qualcosa di mobile che si muove insieme alla società che cambia, alle necessità che la dottrina intercetta, soprattutto in relazione al cambiamento politico-sociale dettato dagli stravolgimenti storici ed economici della storia d'Italia.

La riflessione attorno alla pena, al perché si senta la necessità di punire e alle conseguenze che questa provoca sull'uomo, è una costante nella storia del

diritto penale. Lo studio alla base di questo lavoro, parte proprio dall'evoluzione storica delle teorie attorno alla pena, spingendosi fino ad come la pena venga intesa oggi. Purtroppo, per certi versi, si arriva alla tragica constatazione di come insufficienti o false giustificazioni della pena hanno conquistato la trattatistica fino ad un rifiuto quasi totale rispetto agli scopi che le sono storicamente stati attribuiti. Da qui l'allontanamento dalla "dolcezza" delle pene, rifacendosi a Cesare Beccaria, al contrario, si denota come il *leit motiv* del legislatore negli ultimi anni, per far fronte ad inconsistenti situazioni di emergenza, sia stata l'emanazione di norme penali sempre più severe.

Nel secondo capitolo si analizzano poi gli strumenti normativi adottati dal legislatore italiano nel rispetto del dettato costituzionale ponendo attenzione sul rispetto della dignità dell'uomo nello svolgimento della pena, e sul finalismo rieducativo. È stato fondamentale dunque partire dalla legge 354/1975, pietra miliare dell'ordinamento penitenziario e con la quale inizia il percorso di umanizzazione della pena. Si è cercato poi di dare contezza di come gli umori sociali si tramutano immediatamente all'interno delle norme, così si è analizzato l'inasprimento della disciplina nelle fasi emergenziali dettate dal dilagare del terrorismo, prima, e del pervasivo fenomeno della criminalità organizzata, poi. Questi periodi bui della democrazia italiana hanno portato alla cancellazione di determinate garanzie per il reo nell'esecuzione della pena, provocando non pochi contrasti con la Carta costituzionale, tuttavia giustificati dal chirurgico bilanciamento di interessi in gioco, in *primis* la sicurezza dello Stato tutto. Si sottolinea, inoltre, come fondamentale risulti essere, nell'esecuzione della pena, il rispetto della dignità umana e si focalizza l'attenzione sul come, soprattutto nell'ultimo ventennio le condizioni della pena detentiva non riescano più a soddisfare le condizioni minime di rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo. Spazi angusti, igiene carente e assenza di beni di prima necessità che hanno un peso relevantissimo sulla condizione non solo fisica, ma soprattutto psicologica del

detenuto. È emotivamente forte soffermarsi sui numeri dei suicidi nelle carceri nei soli primi due mesi dell'anno 2022. Condizioni già precarie, aggravate dagli effetti della pandemia da Covid-19 che ha provocato un numero molto alto di contagi, per non parlare della sospensione della maggior parte di quelle misure che tentano di alleggerire il peso di una detenzione che spesso diventa insopportabile.

Il terzo capitolo si sofferma su quelle che sono nel concreto le misure predisposte a servizio della rieducazione, quali le misure alternative alla detenzione e tutto ciò che concerne il trattamento penitenziario in sé, organizzato in modo tale da evitare una infantilizzazione del detenuto, per spronarlo al contrario ad una responsabilizzazione. In collegamento a ciò, si considerano le problematiche dettate dagli articoli 4bis e 41bis O.P., alla base del concetto di doppio binario penitenziario. Sono stati proprio i periodi di emergenza e di maggiore richiesta di sicurezza sociale, che hanno portato il legislatore a prevedere dei sistemi di detenzione in cui la possibilità di accedere a percorsi alternativi e benefici è molto limitata, con conseguenze deleterie sulla rieducazione del reo.

Infine nell'ultimo capitolo partendo dai tassi di recidiva, si analizzano i tentativi che negli ultimi anni hanno cercato di svecchiare la disciplina, a partire dalla Riforma Orlando, per finire *iure condendo* con la riforma Cartabia che tenta l'approdo alla cosiddetta giustizia riparativa, da tempo auspicata anche dagli indirizzi e dalle spinte che arrivano d'Oltralpe.

Dall'analisi complessiva del lavoro si può evincere come cifra fondamentale sia la rilevazione delle criticità che ad oggi si possono rilevare relativamente alla disciplina normativa in materia di esecuzione delle pene, con uno sguardo attento alle concrete condizioni di detenzione che talvolta non rispettano i principi fondamentali dell'uomo. L'intento è quello di uno studio che non si fermi al diritto scollato dalla realtà, ma che al contrario parta dalla osservazione della realtà per confluire poi nel diritto come strumento principe di garanzia.

CAPITOLO I

IL SENSO DELLA PENA E LA CONCEZIONE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: § 1. Una premessa necessaria: perché punire? § 2. Le principali concezioni finalistiche della pena § 2.1. La concezione retributiva § 2.2 Le teorie preventive: la prevenzione generale § 2.3 La prevenzione speciale § 3. L'esplicita presa di posizione nella Costituzione a favore della rieducazione § 3.1 La posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito alla funzione della pena § 4. Gli artt. 132 e 133 c.p.: tra discrezionalità, proporzionalità e legalità della pena. Principi prodromici alla rieducazione

1. Una premessa necessaria: perché punire?

«La pena è la conseguenza giuridica di un reato, cioè la sanzione predisposta per la violazione di un precetto penale¹». Se questa è la definizione di pena in senso stretto, in senso lato la si può intendere come «ogni provvedimento minacciato da un potere efficace a chi violi i suoi precetti diretto a privare il soggetto passivo di un bene che altrimenti il potere stesso rispetterebbe»². La pena, è cioè una sofferenza e non avrebbe senso assegnarla in base a qualsiasi comportamento se non si pensasse che il destinatario la meriterebbe perché responsabile³. Ciò premesso, in realtà la riflessione attorno al significato della pena è stata da sempre un argomento che ha provocato diatribe dottrinali e riflessioni giuridico-filosofiche. Il problema più ampio è sempre stato quello di legare il significato astratto di pena alle ragioni teleologiche che spingono

¹ G. BETTIOL, P. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, 1986, p. 684.

² F. CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, CEDAM, 1979, p.3.

³ V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Rusconi libri S.p.A., 1978, p.15

ogni ordinamento a dare una risposta punitivo-afflittiva al verificarsi di determinati comportamenti. In tutti i sistemi giuridici la pena, infatti, consiste in una reazione ad un comportamento contrario a norma penale, per cui, almeno formalmente, la pena è come se esprimesse l'idea di retribuzione: al male si risponde col male, una sorta di ritorsione sulla base degli effetti negativi apportati nel sistema.

In una forma più primitiva essa si ricollega alla vendetta privata anche se in relazione alla natura degli interessi tutelati si distingue tra pena pubblica e pena privata⁴. In altri termini in un passato in cui prevaleva la legge del più forte, la punizione del crimine veniva affidata alla vendetta privata del gruppo o della famiglia di cui faceva parte la vittima.

Ma, non bisogna mai tralasciare un dato di fatto importantissimo e cioè che anche oggi, in ogni tempo si potrebbe dire, la commissione di delitti e la violazione di una libertà o di un diritto altrui scatena in ciascun essere umano sentimenti di aggressività, che hanno alla propria base bisogni emotivi e incessanti di punizione del reo per ristabilire l'ordine venuto meno. Una lenta e progressiva sublimazione degli impulsi più irrazionali alla base del sentimento di vendetta si può considerare tra le conquiste più importanti dell'uomo moderno, sebbene ciò che più ha influito su questo processo è stata l'attribuzione del potere punitivo all'autorità statale che posta in una posizione di terzietà e soprattutto costretta al rispetto di procedure legali predeterminate ha segnato la cifra più importante del progresso sul terreno morale e giuridico. Parallelamente si è assistito nel tempo ad una progressiva "umanizzazione" della pena dal punto di vista sostanziale, per cui se un tempo nella maggior parte dei casi la pena consisteva in forme di punizione corporali, a partire dal diciannovesimo secolo si è assistito ad una sempre maggiore affermazione della pena detentiva per i reati più gravi e ad oggi in relazione ad una diversa sensibilità mostrata dalle agenzie di potere, sebbene

⁴A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PG, nona edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p.757

con alti e bassi, il sistema sembra persino tendere, almeno in linea di principio, verso un ridimensionamento della centralità della stessa pena detentiva, a favore di pene alternative alla detenzione meno limitative della libertà personale, per trovare approdo nella giustizia riparativa⁵.

Il rischio allora potrebbe essere quello di entrare in contraddizione capovolgendo nel concreto il significato di “pena”, ma, in verità poiché vi è sempre la presenza di una imposizione da parte di un’ autorità terza rispetto ai soggetti della vicenda criminosa manterrà sempre una qualche quota di afflittività⁶.

Ma, a cosa serve realmente punire? per comprendere fino in fondo il significato della pena occorre un’ analisi su due livelli distinti. Un primo livello è rappresentato da quello che grosso modo si trova esposto in questo paragrafo circa il significato *tout court* di coercizione e sofferenza inflitta al colpevole di un fatto di reato; un secondo livello si pone in una prospettiva di analisi delle funzioni a questa attribuibili⁷. In sostanza bisogna fare una distinzione tra l’essere e il dover essere della pena nei singoli ordinamenti sulla base di sviluppi storici, politici e giuridici differenti.

2. Il finalismo della pena

Prima di entrare nel vivo delle questioni relative ai diversi fini della pena occorre fare una distinzione a livello teorico tra scopi o fini della sanzione penale e le sue funzioni. Sebbene nel linguaggio penalistico corrente, tali termini vengono tendenzialmente utilizzati senza distinzione di sorta

⁵ Dalla detenzione domiciliare al lavoro socialmente utile, dalla sanzione pecuniaria a nuove forme di sanzione o reazione incentrate sulle prospettive della riparazione, della riconciliazione o della mediazione.

⁶ G. FIANDACA, *Profili essenziali della definizione concettuale della pena*, in G. FIANDACA – G. DI CHIARA (a cura di), *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene editore, 2003, pp. 18-22.

⁷ M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, 1996 p.5.

risulterebbe preferibile impiegare il termine “scopi” o “fini” per riferirsi agli obiettivi presi di mira normativamente o idealmente, mentre fare riferimento alle “funzioni” per indicare gli effetti di fatto prodotti dall’applicazione delle sanzioni. È dunque possibile distinguere tra scopi normativi e funzioni reali e concrete. In Italia ad oggi purtroppo il dibattito su tale distinzione teorica è molto limitato e ciò perché manca un numero sufficiente di indagini specifiche aventi natura socio-criminologica, di conseguenza ciò ha provocato che lo studio attorno a tale argomento all’interno dell’ordinamento italiano si riduce per certi versi ad un tema astratto e idealistico. A dimostrazione di questa mancanza si aggiunge una scarsa attenzione relativamente ai fini della pena a livello costituzionale in cui l’unico riferimento è contenuto all’art. 27 co.3, dove peraltro si fa riferimento più agli scopi cui le pene dovrebbero tendere, che all’*an* e al *quantum* tali scopi si traducano in realtà effettuale. Un ulteriore deficit si riscontra nel carattere eccessivamente generalizzante della tradizionale riflessione attorno al problema del finalismo punitivo, rispetto a quanto la riflessione scientifica d’oltralpe ad oggi è solita fare in una prospettiva attenta a come il discorso degli scopi andrebbe differenziato in rapporto sia ai tipi di reato sia ai tipi di reo⁸. Le concezioni circa il fine della pena sono innumerevoli e ricche di sfumature di significato, tuttavia si può dire che ad oggi le teorie che rappresentano, tra l’altro, i momenti di una dialettica mai superata e che si ripropone continuamente sono la teoria della retribuzione, quella della prevenzione generale e infine quella della prevenzione speciale. Queste sono le teorie classiche della pena sebbene negli ordinamenti moderni la pena ha subito delle trasformazioni che ne hanno fatto un *mixtum compositum* in cui le idee tradizionali si mescolano insieme contemperandosi per cercare di conciliare le sempre più varie, complesse e mutevoli esigenze della società

⁸G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, pp. 132-133.

odierna⁹.

2.1. Il fine retributivo

«La retribuzione mira non già al puro e semplice soddisfacimento dei bisogni emotivi di ritorsione, bensì alla neutralizzazione (rimozione) del turbamento (allarme sociale) prodotto dal fatto criminoso nella *Gesinnung*¹⁰ collettiva¹¹». Tra i più celebri autori della teoria della retribuzione si annoverano sicuramente Kant ed Hegel secondo cui il discorso attorno alla pena è riassumibile nel senso che questa di fondo è un male, una sofferenza che va a controbilanciare il danno che è insito nel reato in sé. È in un certo qual senso, la traduzione di quella sublimazione degli istinti primordiali dell'uomo che, si traducono in pena come vendetta impulsiva del singolo, sebbene secondo la concezione dei due filosofi perderebbe il carattere di ritorsione emotiva personale e assumerebbe il carattere di vessillo per una giustizia ideale. Questo implica una concezione della giustizia ideale in termini assoluti, in quanto il rispetto del sentimento di vendetta è traduzione di quell'imperativo categorico di punizione che consente il rispetto del valore supremo di Giustizia. In sostanza la pena, secondo questa teoria, è intesa come strumento per annullare il delitto e riportare l'ordine morale e giuridico sconvolto dal fatto di reato. In sostanza come ogni azione nella fisica provoca una reazione, così nel mondo morale l'ordine si ristabilisce per mezzo della pena¹². Una concezione della pena intesa in termini assoluti, ad oggi, risulterebbe anacronistica e figlia di un diritto penale ideale e soprattutto retrospettivo che cioè guarda al fatto compiuto e non riflette sulle prospettive

⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*.PG, X edizione, CEDAM, 2017, pp.715-716.

¹⁰ *Gesinnung* sta per sentimento.

¹¹E. MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice della moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, 1988, p.77.

¹²M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, cit., p. 161.

del futuro, che ha come scopo di compensare il male, di saldare il debito che il reo ha contratto con la società e con lo Stato, ma non pone la giusta attenzione sul destino del reo nel futuro.

Se a primo impatto si potrebbe pensare che dunque tale teoria è ormai superata, in verità anche questa ha subito un'evoluzione, tanto è vero che ad oggi si parla di teorie retributive relative¹³ risultato del cosiddetto neoretribuzionismo. Sorge spontaneo allora chiedersi perché tale prospettiva retributiva non può essere abbandonata e la risposta è semplice: la pena, considerata in sé stessa, è sempre una reazione dell'ordinamento ad un comportamento del reo contrario a norma imperativa. Questo perché occorre leggere la pena, anche come strumento a disposizione dell'ordinamento. Ad esempio, si pensi in relazione agli effetti secondari che potrebbe produrre tra i consociati, quale ad esempio quello di prevenzione mediante dissuasione del reo dal tenere comportamenti nocivi considerando le conseguenze cui potrebbe incorrere. In sostanza dal momento che lo spettacolo di chi delinque costituisce un esempio che potrebbe essere contagioso, la reazione punitiva dello stato allora da un lato è risposta fondamentale che fa da esempio dissuasivo verso chi volesse delinquere, dall'altro rafforza il concetto di gruppo. Ciò, perché se si parte dal presupposto che delinquere produce un disvalore su ogni livello della società, qualsiasi comportamento sarà nocivo per la comunità nel suo insieme, quindi a subire le conseguenze non sarà soltanto la vittima ma la società tutta.

Mettere in relazione i concetti di retribuzione e di prevenzione permette,

¹³ L'idea di fondo da cui si parte è che la pena, considerata in se stessa, è sempre vista come una reazione, e in questo senso il significato intrinseco consiste nel retribuire il reo a causa di un reato già commesso; ciò non toglie però che la stessa pena retributiva possa produrre effetti secondari in termini di prevenzione della delinquenza. Si parla di neoretribuzionismo infatti perché viene a istituirsi un nesso tra il paradigma retributivo e il paradigma preventivo, un compromesso teorico, in virtù del quale si assiste alla conciliazione dell'idealismo metafisico della retribuzione assoluta con il realismo utilitarista delle teorie preventive. Il connubio delle due teorie ha provocato non pochi in dubbi in dottrina perché ciò che ci si chiede è se realmente le teorie relative della retribuzione riescano a dare una risposta concreta al problema del finalismo della pena. G. FIANDACA, *Diritto penale*, in G. FIANDACA e G. DI CHIARA (a cura di), *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., p.24.

dunque, di riflettere sul fatto che se alla base, come nella concezione classica, non c'è un ideale di giustizia assoluta, alla sua applicazione si potrà anche rinunciare quando manchi una reale esigenza preventiva o quando quest'ultima può essere adeguatamente soddisfatta in altro modo.

Da ciò si intende che l'entità della pena deve essere commisurata alla gravità del reato, deve esistere un rapporto di proporzionalità che permetta di soddisfare il sentimento di giustizia della vittima, ma, questo trova il suo limite nel rispetto della libertà e della dignità morale del reo. Si intende come si tratti di una aspirazione solo tendenziale dal momento che il reato e la pena sono due entità disomogenee e non è possibile riuscire a individuare la pena assolutamente "giusta"¹⁴. Questo provoca l'attuale stato di confusione e la presenza di pene sempre più rigide che cercano di soddisfare solo l'opinione pubblica senza una reale commisurazione al fatto concreto.

2.2. Le teorie preventive: la prevenzione generale

Gli uomini sono legati dalla paura delle punizioni e ciò fa sì che osservino i patti e il rispetto delle leggi.

Quando si parla di teorie della prevenzione bisogna premettere che alla base vi sono delle teorie di matrice filosofica non idealistica: si parla di pragmatismo utilitarista, per il quale la pena ha senso di esistere solo laddove sia strumento utile per la società impedendo o diminuendo la probabilità della commissione dei reati.¹⁵ In questo senso, prevenzione generale non significa dunque solo deterrenza ma è tutta l'attività giuridica volta ad orientare i consociati, operando sia come orientamento culturale ma anche come pressione motivazionale, indicati rispettivamente dalla dottrina come prevenzione generale positiva e negativa¹⁶. Se uno dei punti deboli della

¹⁴ *Ibidem* pp. 22-27.

¹⁵ *Ibidem* pp. 28-32.

¹⁶ A.PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PG, cit., p.764.

retribuzione è, almeno nei tempi moderni, l'eccessivo idealismo, al contrario le teorie della prevenzione generale e speciale in cifre diverse partono dall'obiettivo primario ed utilitaristico del contenimento della delinquenza. Inoltre al contrario della retribuzione, la prevenzione è tutta protesa verso il futuro perché il fine intrinseco è quello di scoraggiare la società tutta dal commettere reati o di reiterare nella condotta.

Ma anche queste teorie presentano un punto debole che è quello di non riuscire sempre a dimostrare, se e in che misura la pena intesa in questo senso produca concretamente i suoi frutti. Si potrebbe dire che è proprio da questa incertezza che l'intero paradigma preventivo viene costantemente sottoposto alla minaccia di una pena più retributiva che deterrente.

La prevenzione "generale" si definisce così perché ha come obiettivo precipuo quello di distogliere la generalità dei consociati dal porre in essere comportamenti contrari a norma penale, in questo senso lo scopo è di ridurre la possibilità che un soggetto si trasformi da delinquente "potenziale" a delinquente "attuale". Le modalità mediante le quali la pena svolge tali auspicati effetti sono differenti: infatti, come si è detto più sopra si distingue tra prevenzione generale negativa e positiva.

L'accezione negativa, parte dal presupposto che l'obiettivo dell'uomo sia quello di massimizzare il piacere e rifuggire dal dolore, per cui la pena deve rappresentare una contropinta alla potenziale spinta criminosa cioè deve essere tale da avere un effetto intimidativo e dissuasivo. Come insegnano Beccaria e Bentham, due massimi esponenti della Scuola Classica, le persone sono libere di scegliere come comportarsi. Partendo dal presupposto che le persone sono mosse dal desiderio di conseguire il piacere, quello che fanno quando scelgono come agire è un calcolo utilitaristico tra costi e benefici, naturalmente scelgono di compiere la condotta migliore per minimizzare i dispiaceri e massimizzare la felicità. Da questo ragionamento consegue che: dato che chiunque, qualunque cosa faccia, incluso commettere reati, non aspira ad altro che a massimizzare la propria felicità, se la pena vuole