

IL CARCERE E L'IDEA DELLO SCOPO*

di Gianluca Gentile

(Professore associato di Diritto penale, Università Suor Orsola Benincasa)

SOMMARIO: 1. L'idea dello scopo tra giustizia e violenza. - 2. L'utilitarismo umanitario di Cesare Beccaria. - 2.1. Pena di morte e carcere, tra utopia e riforma -3. L'idea dello scopo messa in discussione. - 3.1. Carcere e disciplina. - 4. Prospettive costituzionali dell'idea dello scopo

1. Nella sua celebre prolusione marburghese, Franz von Liszt afferma che «l'accentuazione degli scopi della pena» ha fortemente influenzato l'evoluzione storica dei modelli sanzionatori, specialmente per ciò che riguarda «la formazione e la deformazione dell'elemento caratteristico dei sistemi penali, la pena detentiva»¹.

Rispetto al passato, sarebbe stato infatti lo «scialbo razionalismo» dell'idea dello scopo a consentire l'eliminazione delle pene crudeli e disumane, non certo l'idealismo intransigente della teoria retributiva². Guardando al futuro, «il posto di maggior rilievo nel sistema» sanzionatorio spetterebbe alla pena detentiva, che grazie alla sua duttilità sarebbe in grado di conseguire tutti gli scopi che von Liszt assegna alla pena, e cioè a seconda dei casi l'intimidazione dei delinquenti occasionali, la rieducazione dei soggetti recuperabili e la neutralizzazione dei criminali incorreggibili³.

A proposito dei rapporti tra giustizia e idea dello scopo, von Liszt sostiene che pena giusta e pena necessaria si equivalgono, perché se la pena va intesa come un mezzo adeguato per raggiungere uno scopo, allora essa deve essere usata con la massima parsimonia, e cioè solamente quando i bisogni dell'ordinamento giuridico la pretendono in modo assoluto; per dirla con Rudolf von Jhering, se «Beccaria nella sua celebre opera sui delitti e sulle pene (1764) non avesse levato la propria voce contro la smisuratezza delle sanzioni penali, lo avrebbe dovuto fare Adam Smith nella propria

* Lo scritto riproduce, con alcune modifiche di taglio editoriale e bibliografico, il contributo destinato agli *Studi in onore di Lucio Monaco*, in corso di stampa ma già disponibile in una versione digitale sul sito della Urbino University Press. Si ringraziano i Curatori per aver autorizzato la pubblicazione anche in questa sede.

¹ F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Erster Band (1875 bis 1905), Berlin 1905, 127, con qualche piccola modifica rispetto alla traduzione di A.A. Calvi in F. von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962, 6.

² F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 161 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 46).

³ F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 164 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 52).

sulle cause della ricchezza delle nazioni (1766)»⁴.

Questa citazione sembra essere qualcosa in più di un omaggio che von Liszt rende al suo maestro von Jhering⁵, l'autore di *Lo scopo nel diritto*, e quindi merita di essere contestualizzata per cogliere i punti di contatto tra i due giuristi.

Nel sistema di von Jhering, «la forza gioca un ruolo di protagonista assoluta nella definizione del diritto in un duplice senso: sia in quanto forza che crea diritto sia in quanto forza oggetto del diritto»⁶. Infatti, il diritto fa parte della «meccanica sociale», ossia di quell'insieme di incentivi e coercizioni che nasce nella società per coordinare gli interessi egoistici dei singoli e trasformarli nell'interesse oggettivo comune. Traendo origine da un conflitto, il diritto è pertanto una «politica della forza» (o della violenza: *Politik der Gewalt*⁷), nel senso che la forza non si congeda dalla storia «per lasciare spazio al diritto, ma mantiene saldamente il suo posto e include solamente il diritto come suo elemento accessorio – la forza giusta»⁸. Si tratta di un processo guidato dalla necessità, perché se la storia del mondo si riproponesse «cento e mille volte», giungeremmo comunque allo stesso risultato, al diritto⁹.

Per quanto riguarda il diritto penale, la meccanica sociale consiste in ciò, che da un lato il criminale ragiona egoisticamente e non si preoccupa certo degli scopi dello Stato o della società, dall'altro lo Stato cerca di influenzare queste valutazioni attraverso la minaccia della pena, la quale è funzionale alla salvaguardia dei propri interessi¹⁰.

Senonché, lo Stato rischia di ferire se stesso quando maneggia l'arma a doppio taglio della pena, perché ogni delinquente giustiziato o incarcerato lo priva di una sua componente o di una sua forza lavorativa: il «riconoscimento del valore della vita umana e della forza umana ha per il diritto penale un significato eminentemente pratico». Ecco spiegato perché Adam Smith si sarebbe battuto contro le pene

⁴ F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 161 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 46), riferendosi a R. von Jhering, *Das Zweck im Recht*, vol. I, Leipzig 1893, 375. Di quest'opera jheringhiana esiste una traduzione italiana di Mario G. Losano pubblicata dapprima in R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, Torino 1972, e poi (in forma rivista) in R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, Roma 2014. Sul passo in esame, cfr. G. Marra, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino 2018, 45 ss.

⁵ Infatti, von Jhering era stato professore di von Liszt a Vienna (A. A. Calvi, *Introduzione*, in F. von Liszt, *La teoria*, cit., VII nota 2).

⁶ L'illuminante sintesi è in F. Viola, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974, 42. Resta sempre fondamentale D. Pasini, *Saggio sul Jhering*, Milano 1959.

⁷ Sulla ricchezza semantica di *Gewalt*, che può significare anche 'potere', M. Balestrieri, *L'ambivalenza della Legge. Note critiche su 'diritto' e 'violenza'*, in *Limiti e diritto*, a cura di A. Rossi, A. Cauduro e E. Zanalda, Milano 2017, 22.

⁸ R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 249 ss.

⁹ R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 241.

¹⁰ R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 44, il quale precisa che il frequente fallimento di questo meccanismo dipende dal fatto che la minaccia della pena è neutralizzata dalla percezione della probabilità di non essere scoperti.

dell'*ancien régime* se non lo avesse già fatto Beccaria: «la società che in assenza della più pressante necessità offre in sacrificio allo scopo della pena la vita o il tempo lavorativo dei suoi membri agisce contro il proprio interesse, come il proprietario che maltratta il suo animale fino a danneggiarlo»¹¹.

Chi non si è fatto suggestionare dalle fascinose metafore naturalistiche di von Jhering – l'egoismo sarebbe come gli infusori, quegli organismi animali invisibili a occhio nudo che senza rendersene conto costruiscono una montagna¹² – ha obiettato che l'idea di giustizia compare nel pensiero jheringhiano «come un *deus ex machina* tratto da un altro mondo» e nasconde a malapena la riduzione del diritto alla forza¹³. Forse non a caso, tale dottrina sarebbe stata successivamente tenuta in considerazione da alcuni giuristi sovietici, e cioè da coloro che svilupparono nei termini più radicali il tema della subordinazione del diritto alla politica¹⁴.

Anche per von Liszt, che al pari del suo maestro allude alla coincidenza tra gli interessi dell'individuo e quelli della società¹⁵, il diritto nasce dalla forza/violenza. Mentre la pena primitiva sarebbe stata una reazione istintiva (e quindi non finalisticamente orientata) alla lesione di un interesse, il «passaggio della funzione punitiva dai circoli immediatamente interessati a organi giudicanti disinteressati e imparziali» avrebbe progressivamente fatto maturare una consapevolezza più precisa degli interessi comunitari da tutelare e dell'efficacia delle reazioni sanzionatorie¹⁶. A tale processo di «obiettivazione» della pena si sarebbe accompagnata una jheringhiana limitazione della forza, sicché il potere punitivo (*Strafgewalt*) si sarebbe trasformato in *ius puniendi* e lo Stato avrebbe impugnato «la spada della Giustizia per tutelare l'ordinamento giuridico contro lo scellerato che lo aggredisce»¹⁷.

Che l'equivalenza tra la pena giusta e la pena necessaria discenda logicamente dal rapporto di congruenza tra mezzo e scopo, è stato messo in dubbio.

¹¹ R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 375 (anche per la citazione precedente). Si potrebbe cogliere un'analogia tra la meccanica sociale jheringhiana e la mano invisibile di Adam Smith, che porta gli interessi economici dei privati inconsapevoli a promuovere il benessere della società (A. Smith, *La ricchezza delle nazioni*, Torino 1975, 584). Tuttavia, sul ruolo che nel sistema economico di Smith il principio di «simpatia» svolge a scapito dell'egoismo, A. e T. Biagiotti, *Introduzione*, in A. Smith, *La ricchezza*, cit., 18 ss.

¹² R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 46. Il passo è citato da F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 137 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 18).

¹³ H. Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano 1965, 290. Sui rapporti tra giudice, legislatore e giustizia, cfr. comunque R. von Jhering, *Das Zweck*, cit., 366 ss.

¹⁴ Cfr. P. I. Stučka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, in *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di U. Cerroni, Milano 1964, 15 ss., 48 ss., 54 ss. Sui punti di contatto tra von Jhering e W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, in W. Benjamin, *Angelus novus*, Torino 1995, 5 ss., cfr. M. Balestrieri, *L'ambivalenza*, cit., 23 ss.

¹⁵ F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 137 e 146 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 18 e 29). Sul punto, G. Cazzetta, *Qui delinquit amat poenam. Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, in *QuadF* 2009, 451.

¹⁶ F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 146 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 30).

¹⁷ F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 150 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 33).

Secondo alcuni si tratterebbe piuttosto di un'affermazione ideologica¹⁸, di un altro frutto di quel compromesso riformistico lisztiano che oscilla costantemente tra le remore garantistiche di matrice liberale e le altrimenti inarrestabili istanze della difesa sociale¹⁹.

In termini più critici, si è rimproverato a von Liszt di essere «molto lontano dal prestare una particolare attenzione alla libertà individuale»²⁰. La celeberrima definizione lisztiana del diritto penale quale barriera invalicabile della politica criminale²¹ rappresenterebbe niente più di «un vago richiamo» della critica mossa da Kant alle teorie utilitaristiche della pena²², quella di trattare l'uomo come un mezzo e non come un fine²³. Anche l'altrettanto famoso assunto della politica sociale quale migliore e più efficace politica criminale²⁴ non servirebbe a circoscrivere la pervasività illiberale dell'idea dello scopo. Nel pensiero di von Liszt la politica sociale mira a combattere la criminalità, e quindi sarebbe un equivalente funzionale della politica criminale²⁵, come sarebbe dimostrato dalle misure proposte contro i mendicanti e i vagabondi, e cioè case di lavoro, luoghi di ricovero, reclusione a tempo indeterminato per gli irrecuperabili²⁶.

¹⁸ A. Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano 1966, 114 e nota 200.

¹⁹ Sul sincretismo politico - culturale di von Liszt, A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano 1963, 40 ss.; C. Roxin, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in C. Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin 1973, 58 ss.; A. A. Calvi, *Introduzione*, cit., XX ss.; G. V. de Francesco, *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in *AP* 1975, 27 ss.; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano 2011, 144 ss.

²⁰ W. Naucke, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programm 1882*, in *ZStW* 1982, 546, citando A. Baumgarten, *Die Lisztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart*, in *SchwZStr* 1937, 9. Condivide in buona parte le critiche di Naucke, M. A. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino 1990, 160.

²¹ F. von Liszt, *Über den Einfluß der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, e F. von Liszt, *Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*, entrambi in F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Zweiter Band (1892 bis 1904), Berlin 1905, rispettivamente 80 e 102. Ritiene che il diritto penale di cui parla von Liszt sarebbe il diritto positivo manipolabile a piacimento dal legislatore, W. Naucke, *Die Kriminalpolitik*, cit., 541. Diversamente, W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1990, 197.

²² W. Naucke, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, 59.

²³ I. Kant, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari 1996, 164 (§ 49 E). Cfr. per tutti M. A. Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano 1981, 6 ss.

²⁴ F. von Liszt, *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, in F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Zweiter Band (1892 bis 1904), cit., 246.

²⁵ In effetti F. von Liszt, *Die Forderungen der Kriminalpolitik*, cit., 95, scrive che la politica criminale è «uno dei rami più importanti della politica sociale».

²⁶ W. Naucke, *Die Kriminalpolitik*, cit., 544. Il riferimento è a F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin 1908, 620.

Si tratta di una lettura forse troppo polemica²⁷, che però conferma come l'idea dello scopo si collochi in un diagramma di forze conflittuali tra l'individuo e la società, tra il «sistema *frenante*» del diritto penale e il «motore del cambiamento» rappresentato dalla politica criminale²⁸.

2. Il problema dei rapporti tra giustizia e idea dello scopo ha radici ancora più antiche. Si è detto che in tutto il pensiero penalistico moderno il principio di umanità sarebbe «una sorta di *enclave* non protetta delle teorie assolute della pena nel regno del diritto penale conforme allo scopo»²⁹. Sostenere che le pene crudeli siano imposte dalle teorie assolute e contrastate dal finalismo utilitaristico sarebbe una petizione di principio³⁰. Una dottrina utilitaristica potrebbe assumere una valenza garantista quando si pone l'obiettivo della «*minima sofferenza necessaria da infliggere alla minoranza formata dai devianti*», non anche quando si incentra sulla «*massima utilità possibile da assicurare alla maggioranza formata dai non devianti*», come invece sarebbe avvenuto in tutta la tradizione penalistica a partire da Beccaria, Bentham e Montesquieu³¹.

La presenza di Beccaria in questo elenco potrebbe stupire più delle altre, considerando i numerosi passaggi del celebre «libriccino» a favore della «dolcezza delle pene»³².

Il Marchese scrive infatti che uno «dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse»³³; che quanto più la pena è pronta e vicina al delitto, tanto più è giusta, perché «risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza»³⁴; che le pene devono essere «proporzionate fra loro ed ai delitti nella

²⁷ La si confronti con quella, celeberrima, di C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli 1998, 37 ss.

²⁸ L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984, 54 e 104.

²⁹ W. Naucke, *Prevenzione generale*, cit., 59.

³⁰ M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino 1996, 30, riferendosi a Voltaire.

³¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1996, 248 ss., il quale dopo aver riferito puntualmente le enunciazioni dei pensatori illuministi orientate alla minima sofferenza necessaria, le ritiene tuttavia «incapaci di suggerire criteri di effettiva delimitazione e minimizzazione del diritto penale». Cfr. però il successivo L. Ferrajoli, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *MatStCultG* 2015, 137 ss., nel quale si esalta la dimensione genuinamente garantista del pensiero di Beccaria. Sull'impasse in cui cade l'illuminismo nel momento in cui identifica giustizia e utilità dei più, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 2, Milano 2005, 89. Cfr. anche M. A. Cattaneo, *I principi dell'illuminismo giuridico penale*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1993, 31 ss.

³² Così si intitola il § XXVII di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino 1994, 59 ss. Di «libriccino» ha parlato ovviamente A. Manzoni, *Storia della colonna infame*, Roma 1993, 37.

³³ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 59 (§ XXVII, *Dolcezza delle pene*).

³⁴ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 47 (§ XIX, *Prontezza della pena*).

forza, ma anche nel modo di infliggerle»³⁵; che, «serbata la proporzione», deve essere prescelto quel metodo di inflizione delle pene tale da procurare «una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo»³⁶; che il limite al rigore delle pene è dato dal «sentimento di compassione, quando comincia a prevalere su di ogni altro nell'animo degli spettatori d'un supplizio più fatto per essi che per il reo»³⁷; che non «vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*»³⁸; e si potrebbe sicuramente continuare³⁹.

Senonché, Beccaria ha anche sostenuto che la giustizia corrisponde al «vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari», e che «la parola *diritto* non è contraddittoria alla parola *forza*, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero»⁴⁰. Vanno inoltre considerate le pagine dedicate alla pena di morte, tanto memorabili quanto controverse. Nonostante sia diventato la bandiera della corrente abolizionistica⁴¹, non solo Beccaria ha ammesso eccezionalmente la possibilità di disporre il supplizio capitale, ma nell'opporsi a esso ha speso argomenti che sembrano contraddire il suo umanitarismo.

Il Marchese parte da una premessa contrattualistica, e cioè che nessun cittadino ha conferito al sovrano l'arbitrio di ucciderlo, e afferma che la pena di morte non è «un *diritto*», ma piuttosto «una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere»⁴²; si propone poi di vincere «la causa dell'umanità» con l'argomento utilitaristico secondo il quale la pena di morte non è né utile né necessaria, tranne quando la sicurezza della nazione è in

³⁵ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 72 (§ XXIX, *Della cattura*).

³⁶ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 31 (§ XII, *Fine delle pene*)

³⁷ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 64 (§ XXVIII, *Della pena di morte*).

³⁸ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 50 (§ XX, *Delle violenze*). Vedono in questa frase un'anticipazione del pensiero kantiano, A. Cavanna, *Storia*, cit., 219; G. Marinucci, *Cesare Beccaria, nostro contemporaneo*, in *RIDPP* 2014, 2039; L. Ferrajoli, *L'attualità*, cit., 140 ss. La considera la chiave di lettura di tutta l'opera, M. Pisani, *Cesare Beccaria e il principio di umanità*, in *RIDPP* 2011, 409. Si noti che l'argomento serve a legittimare le pene corporali per gli attentati contro la persona, prestandosi quelle pecuniarie a consentire al «grande» e al «ricco» di «mettere a prezzo gli attentati contro il debole e il povero».

³⁹ Cfr. la recente rilettura di S. Larizza, «...e delle pene»: la concezione di Cesare Beccaria, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G. L. Gatta, vol. I, Milano 2018, 363 ss.

⁴⁰ C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 13 (§ II, *Diritto di punire*).

⁴¹ Basti leggere P. Ellero, *Programma*, in *Giornale per l'abolizione della pena di morte*, Milano 1861, 3 ss.; E. Pessina, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice vigente (1764-1890)*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, vol. II, Milano 1906, 554. Più di recente, H. Feng, *Cesare Beccaria e le riforme penalistiche in Cina*, in *RIDPP* 2014, 2108.

⁴² Per una rassegna delle numerose critiche rivolte a questo argomento, N. Bobbio, *Contro la pena di morte*, in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 2014, 183.

pericolo oppure quando la morte del cittadino è «il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti»⁴³; dall'esperienza storica e dalla natura dell'uomo emergerebbe tuttavia una verità, ossia che non è l'intensità («intensione») della pena a fare «il maggior effetto sull'animo umano», ma la sua durata («estensione»); dato che la pena giusta «non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti», ne deriva che la «schiavitù perpetua» potrebbe efficacemente sostituire la pena di morte; l'esempio di una «bestia di servizio» che sta «fra i ceppi o le catene, sotto il bastone, sotto il giogo, in una gabbia di ferro», avrebbe il pregio di spaventare «più chi la vede che chi la soffre»; invece, il lugubre spettacolo della pena di morte rischierebbe di non distogliere il singolo dal delinquere, e allo stesso tempo lancerebbe agli consociati un «esempio di atrocità»: quelle leggi che «detestano e puniscono l'omicidio, ne commettono uno esse medesime»⁴⁴.

2.1. Questi passaggi argomentativi sono stati diversamente interpretati. Ad avviso della visione più critica, Beccaria avrebbe subordinato ogni diritto individuale al «primato assoluto dell'autorità giustificato in chiave utilitaristica»⁴⁵. Come il Rousseau del *Contratto sociale* scrive che «quando si condanna a morte il colpevole lo si condanna meno come cittadino che come nemico»⁴⁶, così Beccaria (o chi per lui) dichiara che quando la morte di un uomo è «utile e necessaria al ben pubblico, la suprema legge della salvezza del popolo dà podestà di condannare a morte, e questa podestà nascerà come nasce quella della guerra»⁴⁷. In questo modo, Beccaria avrebbe

⁴³ Ci informa A. Cadoppi, *Cesare Beccaria, John Bessler and the Birth of Modern Criminal Law*, in *UnBaltimoreJntL* 2015, 18, che la seconda eccezione scompare nelle traduzioni dell'opera in francese e inglese del XVIII e del XIX secolo.

⁴⁴ Per tutte le citazioni, C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 62 - 67 (§ XXVIII, *Della pena di morte*).

⁴⁵ I. Mereu, *La morte come pena*, Roma 2007, 100 ss., sviluppando tesi già enunciate in I. Mereu, *Storia del diritto penale nel '500*, vol. I, Napoli 1964, 82 ss. e note corrispondenti. Anche nella dottrina tedesca non mancano riletture critiche dell'utilitarismo di Beccaria: cfr. per tutti K. Ambos, *Cesare Beccaria und die Folter - Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht -*, in *ZStW* 2010, 506 ss., e sul punto i rilievi di A. Cadoppi, *Beccaria e la sua influenza sulla scienza e sulla legislazione penale in Italia e all'estero*, in *I 250 anni "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, a cura di G. Flora, Pisa 2015, 62 ss.

⁴⁶ J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Milano 2010, 36. Sui rapporti tra Beccaria e Rousseau, cfr. tuttavia P. Costa, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in *QuadF*, 2015, 875 ss.

⁴⁷ Il passo si legge nella *Risposta ad uno scritto che s'intitola Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, in C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 181, uno scritto attribuito a Pietro e Alessandro Verri che costituisce la replica alla dura critica mossa da F. Facchinei, *Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, s.l. 1765, 98 ss. (sul punto, U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze 1974, 46 ss.). Tuttavia, secondo I. Mereu, *Storia*, cit., 83, l'opera dei fratelli Verri andrebbe comunque attribuita a Beccaria «per espresso desiderio dell'Autore», come si evince dall'assunzione di paternità contenuta in C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 6, introduzione *A chi legge*. Sui dubbi relativi alla paternità di Beccaria di tale introduzione, cfr. peraltro M. Papa, «*A chi legge*»: l'incipit visionario dei delitti e delle pene, in *Crim* 2014, 637 nota 1; G. Francioni [nel testo erroneamente Frangioni], *Il testo dell'edizione livornese di Dei delitti e delle pene*, in *I 250 anni*, cit., 27, il quale

filosoficamente legittimato la pena di morte «utile al potere», e cioè quella strumentale alla repressione del *crimen laese maiestatis* («la sicurezza della nazione») e quella esemplare («il vero ed unico freno per distogliere altri dal commettere delitti»). Al Beccaria pensatore corrisponderebbe il Beccaria consulente legislativo, che nel partecipare alla Giunta delegata per la riforma del sistema penale della Lombardia austriaca avrebbe ritenuto legittima la pena di morte per il titolo di cospirazione contro lo Stato⁴⁸. Infine, il tradizionale arsenale punitivo a disposizione dei sovrani non sarebbe stato indebolito, ma al contrario rafforzato dalla nuova sanzione del carcere a vita⁴⁹.

Secondo un indirizzo ricostruttivo di segno diametralmente opposto, l'argomento contrattualistico chiarirebbe che la pena di morte è sempre illegittima⁵⁰. Ciò posto, subentrerebbe l'argomento utilitaristico secondo il quale in tempi di pace la «pena di schiavitù» perpetua è sempre più efficace della pena di morte, mentre quest'ultima potrebbe operare sotto forma di potestà (di «guerra») solamente quando «l'anarchia ha sopraffatto ogni ordine giuridico»⁵¹. Per quanto attiene al ruolo di Beccaria nella stesura del progetto di codice lombardo, non si dovrebbe confondere il «sottomesso, metodico e diligente servitore del governo asburgico» del 1792 con l'audace scrittore del 1764, né trascurare il mutato contesto politico, e neppure dimenticare che la relazione di minoranza firmata da Beccaria e da altri due consiglieri contiene un nuovo spunto critico contro la pena di morte, quello della sua irreversibilità in caso di errore giudiziario⁵².

Se a questo punto leggiamo congiuntamente il capolavoro di Beccaria e la

ricostruisce la complessa storia redazionale ed editoriale dell'opera. Ricordando il contributo di Pietro Verri alla scrittura di *Dei delitti e delle pene*, osserva M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *MatStCultG* 2015, 164, che «l'atelier Beccaria perseguiva una politica del diritto abbastanza condivisa», e ciò rendeva «meno importante chi fosse il redattore materiale dei testi».

⁴⁸ Il verbale della *Sessione XLVIII della Giunta criminale* del 22 gennaio 1792 si legge in C. Cantù, *Beccaria e il diritto penale*, Firenze 1862, 357. Cfr. anche C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto degli infrascritti individui della Giunta delegata per la riforma del sistema criminale per la Lombardia austriaca riguardante la pena di morte*, in C. Cantù, *Beccaria*, cit., 369, dove Beccaria e gli altri due consiglieri di minoranza ammettono di aver convenuto con tutti «che la pena di morte dovesse restringersi a pochissimi delitti». Sulla compilazione del progetto, e sul ruolo e la composizione della Giunta, A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano 1975, 83 ss., 151 ss.; F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari 1985, 546 ss.

⁴⁹ I. Mereu, *La morte come pena*, cit., 54 ss., 98 ss.

⁵⁰ A. Cavanna, *Storia*, cit., 213. Cfr. anche G. P. Massetto, *Leggendo Mario Pisani su "Cesare Beccaria e l'Index librorum prohibitorum"*, in *RIDPP* 2014, 412 ss.; P. Costa, *Beccaria e la filosofia della pena*, in *I 250 anni*, cit., 42; A. Cadoppi, *Cesare Beccaria*, cit., 15 ss.

⁵¹ A. Cavanna, *Storia*, cit., 213. Cfr. P. Costa, *Lo ius vitae ac necis*, cit., 894; S. Canestrari, M. Celva, *Cesare Beccaria y la pena de muerte. Del "De los delitos y de las penas" al debate actual sobre la sanción capital*, in *Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente*, a cura di L. Arroyo Zapatero, R. Estrada Michel, A. Nieto Martín, Cuenca 2016, 168.

⁵² A. Cavanna, *La codificazione*, cit., 173 ss. Cfr. C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 372 ss.

relazione di minoranza presentata in Giunta, il primo orientamento interpretativo ci apparirà troppo severo. Beccaria e gli altri consiglieri affermano infatti che «nel pacifico stato di una società e sotto la regolare amministrazione della giustizia» la pena di morte sarebbe ammissibile solamente quando la persona già carcerata continua a costituire un pericolo per la società⁵³, non anche in relazione a tutte quelle «offese, di qualunque sorta esse siano, fatte immediatamente alla persona del Principe»⁵⁴. Per invocare l'altra ipotetica ragione di necessità della pena di morte, quella che fa leva sulla sua asserita funzione deterrente, si dovrebbe confutare empiricamente ciò che risulta da un esame «imparziale e tranquillo» dell'esperienza storica e della legislazione degli altri paesi, e cioè che i delitti sono meno frequenti quando le pene sono moderate ma inflessibili⁵⁵.

Rispetto alla seconda linea interpretativa presa in esame, può invece osservarsi che le argomentazioni della relazione di minoranza non sono pienamente coincidenti con l'opera di Beccaria⁵⁶: l'argomento contrattualistico è stato abbandonato; non si contesta al «sovrano legislatore» il «diritto» di prescrivere la pena di morte «quando coi superiori suoi lumi la credesse necessaria a reprimere i delitti»⁵⁷; anzi, Beccaria e gli altri ritengono che risponda a un loro «preciso dovere» l'aver proposto l'eccezione del carcerato pericoloso per la sicurezza dello Stato⁵⁸, con ciò prendendo esplicitamente le distanze dalla scelta pienamente abolizionista compiuta qualche anno prima dal codice leopoldino⁵⁹.

In breve, il tema della pena di morte è il luogo in cui si avvertano maggiormente le tensioni tra l'indiscutibile spirito umanitario di Beccaria e il suo utilitarismo⁶⁰. Ciò sembra trovare conferma nella fosca descrizione del condannato

⁵³ Per inciso, anche a F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 173 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 60), la pena di morte sembrava superflua a condizione che gli irrecuperabili fossero resi «innocui».

⁵⁴ C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 370. Cfr. S. Canestrari, M. Celva, *Cesare Beccaria*, cit., 168.

⁵⁵ C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 371. Criticamente, F. Cordero, *Criminalia*, cit., 563 ss.

⁵⁶ Si noti che C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 370, distinguono il caso del carcerato pericoloso dalla possibilità di uccidere i «sediziosi che facciano resistenza», giacché solo quest'ultima «non sarebbe una pena legale di morte, ma un effetto di una vera intimazione di guerra» (cfr. anche L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 451 nota 147). Invece, nella *Risposta*, cit., 181, i fratelli Verri puntualizzano che il «punire di morte» non sarebbe un «diritto», perché ciò sarebbe in contrasto con l'argomento contrattualistico, ma una «*potestà giusta, e necessaria*», che nasce «come nasce quella della guerra».

⁵⁷ C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 373.

⁵⁸ C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 373.

⁵⁹ Il codice leopoldino del 30 novembre 1786 (sul quale cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, 547 ss.) aveva infatti abolito con l'art. 51 la pena di morte «contro qualunque reo, sia presente, sia contumace, e ancorché confesso e convinto di qualsiasi delitto dichiarato capitale dalle leggi fin qui promulgate» (cfr. C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 274). Sostiene pertanto T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa 2014, 47, che il vero abolizionista è Pietro Leopoldo, non Beccaria.

⁶⁰ Commenta ironicamente F. Cordero, *Criminalia*, cit., 567, che «ammessa la condanna a morte del delinquente politico con una logica brutalmente liquidatoria, suona male lo slogan abolizionistico rispetto ai

destinato a diventare «bestia di servizio», da Diderot in avanti ritenuta in irriducibile contrasto con il principio della dolcezza delle pene⁶¹.

Per spiegare l'apparente contraddizione, alcuni hanno ipotizzato un sapiente calcolo politico di Beccaria, il quale avrebbe suggerito l'utilizzo della pena perpetua nei termini che conosciamo per non porsi in frontale opposizione con il potere e far accettare le sue idee⁶², peraltro in un contesto in cui l'obiettivo più urgente era rappresentato dalla mitigazione di un apparato sanzionatorio sanguinario⁶³.

Altri sottolineano invece la «dolorosa coerenza» tra le pagine sulle alternative alla pena di morte e «i presupposti storico-politici dell'agire intellettuale del Beccaria»⁶⁴. In questa prospettiva, la pena detentiva rappresenterebbe il «faticoso traguardo» di un pensiero sospeso tra utopia e riforma che affida il compito di scongiurare la dissoluzione del patto sociale all'utilitarismo, e non alla «filantropica» difesa della vita umana⁶⁵. La quadratura del cerchio si sarebbe quindi realizzata grazie a una pena uguale per tutti (a differenza delle esecrate pene pecuniarie del passato⁶⁶), la più efficace sul piano della prevenzione generale e allo stesso tempo «la meno tormentosa sul corpo del reo»⁶⁷: per dirla con Michel Foucault, una pena «minimale per chi la subisce» e «massimale per colui che se la rappresenta»⁶⁸.

delitti comuni». Sui limiti del pensiero utilitaristico nel sostenere la linea abolizionista, N. Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., 201 ss.

⁶¹ C. Beccaria, *Traité des délits et des peines, traduit de l'italien par André Morellet; nouvelle édition corrigée, précédée d'une correspondance de l'auteur avec le traducteur, accompagnée de notes de Diderot, et suivie d'une théorie des lois pénales par J. Bentham*, Paris 1797, 81 in nota al § XVI sulla pena di morte. Cfr. poi M. A. Cattaneo, *I principi*, cit., 12; M. Pisani, *Cesare Beccaria*, cit., 410 ss.; A. Cavanna, *Storia*, cit., 214; P. Costa, *Beccaria*, cit., 41 ss.; E. Palombi, *Il rispetto della persona umana*, in *I diritti dell'uomo. Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, a cura di E. Palombi, Torino 2016, 158.

⁶² S. Canestrari, M. Celva, *Cesare Beccaria y la pena de muerte*, cit., 170.

⁶³ Da «sagra dell'horror», secondo A. Cavanna, *Storia*, cit., 211. Invita a storicizzare il pensiero di Beccaria per apprezzarne il coraggio, A. Cadoppi, *Beccaria e la sua influenza*, cit., 64 ss.

⁶⁴ S. Manacorda, *Cesare Beccaria e la pena dell'ergastolo*, in *Jus* 2015, 182.

⁶⁵ G. M. Labriola, *Amministrazione della pena e luoghi della verità*, Napoli 2008, 25 e 29, riprendendo F. Venturi, *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Torino 1971, 126 ss. Per approfondimenti, P. Costa, *Lo ius vitae ac necis*, cit., 817 ss., 888 ss.

⁶⁶ Ricorda G. M. Labriola, *Amministrazione della pena*, cit., 30, che C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 44, § XVII (*Del fisco*), aveva criticato il tempo in cui «quasi tutte le pene erano pecuniarie» e i «delitti degli uomini erano il patrimonio del principe». Inoltre C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 52, § 22 (*Del furto*), riteneva che la pena più opportuna per il furto non fosse la pena pecuniaria (perché non avrebbe tenuto conto delle disuguaglianze sociali), ma piuttosto la «schiavitù per un tempo delle opere e della persona alla società», magari accompagnata da pene corporali in caso di comportamenti violenti. Su questo passo, D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*³, Bologna 1982, 109 (ma la prima edizione è del 1977).

⁶⁷ Secondo il principio generale stabilito in C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., 52 (§12, *Fine delle pene*)

⁶⁸ M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1993, 104. Sul punto, S. Manacorda, *Cesare Beccaria*, cit., 179 ss. Sulla rilettura foucaultiana di Beccaria cfr. anche B. E. Harcourt, «*Dei delitti e delle pene*» di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno, in *Crim.* 2013, 173 ss. È interessante notare che G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, tomo III, Pisa, 1832, 100

Nel suo capolavoro Beccaria aveva accostato la pena detentiva all'obbligo del lavoro, e a questo rapporto prestò attenzione anche nella sua successiva attività politica⁶⁹, fino a definire la «pena de' pubblici lavori» una misura «efficacissima» e «utile allo scopo d'ogni buona legislazione criminale, che è prima la correzione del reo, quando è possibile, e sempre l'esempio dato agli innocenti per allontanarli dal delitto»⁷⁰.

In effetti, sul finire del XVIII secolo il dibattito sui meriti del lavoro forzato sarebbe stato molto intenso, costituendo il punto di contatto tra la «filantropia illuminista», il calcolo economico e «un'antica crudeltà che veniva a rivestire forme nuove e razionali»⁷¹. Successivamente anche von Liszt avrebbe insistito sulla necessità di far lavorare sia i soggetti incorreggibili, sia quelli recuperabili⁷². A quanto pare, lavoro e idea dello scopo sono strettamente connessi, e non necessariamente in chiave umanitaria. È il caso di soffermarsi su questo legame.

3. Una citatissima massima di von Jhering recita che la storia della pena è quella del suo continuo ridimensionamento (*Absterben*)⁷³: il ricorso agli strumenti sanzionatori sarebbe inversamente proporzionale alla «perfezione dell'ordinamento giuridico e alla maturità dei popoli»⁷⁴.

ss., leggeva in J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, Paris, 1802, 406, e non in Beccaria, l'idea che la pena dovesse essere «drammatica» e che il dolore del condannato dovesse essere «il minimo in realtà e il massimo in apparenza».

⁶⁹ Ricorda G. Marinucci, *Cesare Beccaria*, cit., 2041, che nello svolgere il suo ruolo di Magistrato politico camerale della Lombardia austriaca Beccaria suggerì di modificare in senso umanitario il trattamento dei detenuti, ad esempio allungando «le catene tanto da poter passeggiare per lavorare e per guadagnare qualche cosa».

⁷⁰ C. Beccaria, F. Gallarati Scotti, P. Risi, *Voto*, cit., 374.

⁷¹ F. Venturi, *Utopia e riforma*, cit., 140. Lo spunto è ripreso da A. Cavanna, *La codificazione*, cit., 158 ss. Pone l'accento sull'ambivalenza del progetto illuministico, rivolto da un lato alla tutela della libertà individuale, dall'altro alla «trasformazione antropologica dell'individuo mediante l'educazione e la stessa penalità», D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano 2002, 30.

⁷² F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 166 ss. (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 54 ss.).

⁷³ R. von Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen 1897, 4 (cfr. R. von Jhering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Napoli 1990, 5, dove *Absterben* è reso con «deperimento»; ringrazio Francesco Lucrezi per avermi messo a disposizione questo libro e Gaetano Carlizzi per i preziosi suggerimenti). L'opera si riferiva al diritto privato romano e si concludeva con una domanda al destinatario dell'opera, niente meno che J. M. F. Birnbaum, sulla possibilità di estendere la medesima conclusione anche ad altri rami del diritto (R. von Jhering, *Das Schuldmoment*, cit., 68; R. von Jhering, *Il momento*, cit., 63). La massima non va quindi considerato come un'anticipazione delle «opinioni di criminologi progressisti sull'inutilità delle pene» (J. Benedikt, *Culpa in Contrahendo. Transformationen des Zivilrechts*, Band 1, *Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen - oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung*, Tübingen 2018, 81), opinioni peraltro criticate da L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto e criminologia*, in *StUrb* 1980-81, 442 ss.

⁷⁴ R. von Jhering, *Das Schuldmoment*, cit., 67 (cfr. R. von Jhering, *Il momento*, cit., 63). Cfr. E. H. Sutherland, D. R. Cressey, *Criminologia*, Milano 1996, 489 ss., e qui la teoria della coerenza culturale tra le pratiche punitive e le altre modalità di comportamento presenti nella società.

Il divario che sussiste tra le «atrocità del passato concepite e praticate sotto il nome di “pene”»⁷⁵ e la realtà odierna, in particolare in quei paesi in cui non sono più previste la pena di morte e le pene corporali, parrebbe confermare l'assunto, che abbiamo peraltro già incontrato nelle pagine lisztiane sui meriti dell'idea dello scopo.

Tuttavia, la lenta fuoriuscita del diritto penale dalla logica della vendetta non risponde allo schema di un progresso irreversibile, come sarebbe dimostrato dalle pratiche penali dell'alto medioevo e dell'epoca comunale, a quanto pare più miti sia di quelle precedenti, sia di quelle successive⁷⁶. Inoltre, la chiave di lettura che fa discendere la trasformazione epocale dei sistemi punitivi avvenuta a partire dal XVIII secolo dall'impegno filantropico di un gruppo di riformatori illuminati è stata messa in discussione da un indirizzo storiografico revisionista⁷⁷ che ha le sue premesse nello studio di Georg Rusche e Otto Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*⁷⁸.

L'opera, pubblicata nel 1939 ma divenuta celebre a partire dagli anni '70 del secolo scorso⁷⁹, muove alle teorie della pena la critica di aver ostacolato l'analisi storico-sociologica delle forme punitive: le teorie assolute avrebbero considerato la pena «come un'entità eterna e immutabile», mentre le teorie relative si sarebbero invece limitate a «scrivere una storia dell'idea di pena piuttosto che delle forme punitive» e a rileggere gli avvenimenti storici nella «supposizione che in essi si

⁷⁵ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 382 ss., con ricchi riferimenti. Un inventario delle tecniche sanzionatorie in F. Cordero, *Criminalia*, cit., 46 ss. Cfr. anche T. Padovani, *La pena carceraria*, cit., 21 ss.

⁷⁶ M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo I, Milano 2009, 4. Cfr. anche I. Mereu, *La morte*, cit., 12 ss. sull'istituto del guidrigildo, nonché I. Mereu, *Studi*, cit., 75 ss., sul valore «mitico» della Rivoluzione francese. Reputa troppo severo il giudizio sul diritto penale pre-illuministico che emerge dal celebre incipit di *Dei delitti e delle pene*, M. Papa, «A chi legge», cit., 641 ss., 645 ss.

⁷⁷ Parla di revisionismo per distinguere questo modello dall'orientamento che legge l'evoluzione dei modelli penali come una «storia di riforme», M. Ignatieff, *State, Civil Society, and Total Institutions: A Critique of Recent Social Histories of Punishment*, in *CrimeJ*, 1981, 153 ss. Sui diversi approcci ricostruttivi alla storia del carcere, cfr. anche S. Cohen, *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification*, Cambridge 1985, 15 ss.

⁷⁸ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Bologna 1978. Cfr. anche G. Rusche, *Il mercato del lavoro e l'esecuzione della pena. Riflessioni per una sociologia della giustizia penale*, in *QuestC* 1976, 519 ss. Sulla vicenda editoriale del testo, D. Melossi, *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer*, in G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 7 ss. Per una dettagliata analisi critica di *Pena e struttura sociale*, D. Garland, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano 1999, 128 ss.

⁷⁹ Racconta M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *ius17@unibo.it* 3/2013, 7 nota 3, traduttore con Melossi di *Pena e struttura sociale*, che presso la biblioteca della *London School of Economics* l'unica copia del libro non era consultata da anni, e quindi rischiava seriamente la «critica roditrice dei topi» (l'espressione è ripresa da K. Marx, *Prefazione* del 1859 a *Per la critica dell'economia politica*, in K. Marx, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, Libro Primo – II, Torino 1975, 957).

rivelasse l'idea di progresso»⁸⁰.

Da qui la necessità di «strappare i veli ideologici e giuridici» che occultano le dinamiche sociali punitive, chiarendo che la pena «non è né una semplice conseguenza del delitto, né il lato nascosto di esso, né un mero strumento determinato dallo scopo che si propone»: si può anche pensare che la pena abbia scopi specifici, ma la prima non potrebbe essere compresa solo sulla base dei secondi⁸¹.

Tali scopi potrebbero tutt'al più fungere da fattore di condizionamento negativo, sicché una società che ritenga la pena in grado di distogliere l'individuo dal delinquere andrà a selezionare metodi punitivi improntati alla deterrenza, ma al di là di questo la pena «troverà la propria forma concreta all'interno delle trasformazioni della struttura sociale»⁸².

A questo punto, Rusche e Kirchheimer possono formulare la loro tesi. Non esiste la pena come tale, ma solo «concrete forme punitive e specifiche prassi penali», e quindi la trasformazione di tali forme e prassi è certamente influenzata dai «bisogni della lotta contro il delitto», ma dipende principalmente dal modo di produzione sottostante⁸³. Pertanto, la funzione sociale della pena si comprende alla luce della situazione dei rapporti di classe e dei «secolari rivolgimenti che di questa sono propri»⁸⁴. In particolare, bisogna partire dal principio della «minore preferibilità» (*less eligibility*)⁸⁵, secondo il quale «ogni sforzo per una riforma nel trattamento del delinquente trova il proprio limite nella situazione dello strato proletario, socialmente significativo, più basso, che la società vuole trattenere dal commettere azioni criminali»⁸⁶. Poiché i reati sono prevalentemente commessi dalle classi più povere, le quali non possono offrire altro che la loro manodopera, la categoria del mercato del lavoro diventa a questo punto fondamentale: il diritto penale sarebbe più mite quando c'è scarsità di lavoratori e il valore sociale della vita umana aumenta, più

⁸⁰ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 44 - 45.

⁸¹ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 46. Cfr. G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Bari 2017, 4 ss.

⁸² G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 45.

⁸³ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 46. Sul modo di produzione come costruito determinato dall'interazione dialettica tra le forze produttive e i rapporti di produzione, K. Marx, *Prefazione*, cit., 957 ss.

⁸⁴ G. Rusche, *Il mercato del lavoro*, cit., 522.

⁸⁵ Questa formula si deve probabilmente a J. Bentham, *Panopticon; or: The Inspection - House*, in J. Bowring (Ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, Edimburgh 1843, 123 («*the ordinary condition of a convict doomed to a punishment that few or none but the individuals of the poorest class are apt to incur, ought not to be made more eligible than that of the poorest class of subjects in a state of innocence and liberty*»).

⁸⁶ G. Rusche, *Il mercato del lavoro*, cit., 524. Cfr. G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 166, dove si dice che il principio «rimase il *leitmotiv* di ogni amministrazione carceraria fino a oggi».

crudele nel caso contrario⁸⁷.

Sulla scorta di questo schema, Rusche e Kirchheimer ritengono che nell'alto medioevo la pratica sanzionatoria più diffusa sia consistita nel pagamento di una somma di denaro alla parte offesa perché la ricchezza era sufficientemente diffusa e l'esigenza primaria era quella di evitare faide e vendette personali⁸⁸.

La progressiva centralizzazione del potere e la correlativa esigenza di incrementare le entrate fiscali spiegherebbe la pubblicizzazione del diritto penale, e cioè la sottrazione della gestione del conflitto alle parti coinvolte e l'introduzione delle pene pecuniarie pubbliche⁸⁹. Successivamente, la diffusione della pena capitale e delle feroci pene corporali sarebbe parallela all'impovertimento di larghe fasce della popolazione registratosi a partire dal XV secolo, perché «da questo tipo di criminali non v'era nulla da prendere»⁹⁰.

La nascita delle prime tecniche punitive di privazione della libertà personale si sarebbe avuta in epoca mercantilista con le case di correzione, quando il crollo dell'offerta di lavoro dovuto a varie calamità rese necessario educare al lavoro gli oziosi, i vagabondi, i mendicanti, i ladri, ecc., non più annientarli⁹¹. Ma la rivoluzione industriale avrebbe fatto nuovamente calare la domanda di forza lavoro, determinando un aumento della criminalità al quale si rispose con il paradigma della pena detentiva. Il ritorno ai feroci metodi punitivi pre-mercantilistici, che pure era stato proposto⁹², sarebbe stato inconcepibile dopo l'illuminismo⁹³: pertanto il carcere prese il posto delle case di correzione ma assunse per il principio della *less eligibility* una dimensione puramente affittiva⁹⁴, con il sostegno ideologico sia delle teorie preventive sia di quelle retributive⁹⁵.

Le conclusioni sono nette: l'indiscutibile progresso garantistico del diritto

⁸⁷ G. RUSCHE, *Il mercato del lavoro*, cit., 525. Ritorna un concetto che già emergeva dal paragone jheringhiano tra Beccaria e Smith (cfr. §1), peraltro ripreso in altro contesto da G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 279.

⁸⁸ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 49 ss. Sul paradigma della giustizia penale negoziata e sul successivo modello di diritto penale egemonico, M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., 4 ss. Cfr. G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, 2003, 3 ss.; M. Foucault, *La verità e le forme giuridiche*, Napoli 2007, 77 ss.

⁸⁹ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 51 ss.

⁹⁰ G. Rusche, *Il mercato del lavoro*, cit., 530. Cfr. anche G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 62: più «le masse si facevano misere, più severe si facevano le pene al fine di trattenerle dal delitto».

⁹¹ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 71 ss., 95 ss., e qui la descrizione delle prime case di correzione sorte nei paesi protocapitalistici, che si affiancarono alla servitù sulle navi (le «galere») e alla deportazione.

⁹² G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 170 ss.

⁹³ G. Rusche, *Il mercato del lavoro*, cit., 531.

⁹⁴ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 178 ss.

⁹⁵ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 172 ss. (a proposito di A. Feuerbach), 175 ss. (su Kant ed Hegel).

penale post-illuministico fu strumentale agli obiettivi della borghesia, e cioè sconfiggere i residui del feudalesimo e dell'assolutismo⁹⁶; le idee di Ferri e di von Liszt sulla rieducazione del condannato (recuperabile) ebbero successo perché furono interpretate «come un buon investimento, e non certamente come un capriccio paternalistico»⁹⁷; le riforme penali possono affermarsi quando i principi umanitari coincidono con le esigenze dell'economia⁹⁸; la repressione resterà la più semplice delle risposte fino a quando la società non avrà deciso di farsi carico dei problemi dei ceti svantaggiati⁹⁹; anche il più avanzato metodo rieducativo non potrà mai indurre il condannato «ad accettare di buona voglia la prospettiva di una vita da povero diavolo»¹⁰⁰.

3.1. Alle tesi di *Pena e struttura sociale*, e in particolare all'indicazione metodologica di non analizzare i sistemi punitivi alla luce della «sola armatura giuridica della società» e delle «sue scelte etiche fondamentali»¹⁰¹, si è rifatto Michel Foucault, ovviamente declinandole all'interno del suo complesso sistema di pensiero¹⁰².

In *Sorvegliare e punire* il filosofo francese individua tre momenti dell'evoluzione delle pratiche punitive: l'età dell'*ancien régime*, nella quale ogni infrazione rappresenta un *crimen maiestatis* e lo «splendore dei supplizi» è lo strumento grazie al quale il sovrano riafferma il suo potere illimitato sul corpo del condannato¹⁰³; l'età dei riformatori settecenteschi, i quali si propongono di «punire meglio», non di «punire meno»¹⁰⁴, e cioè di escogitare modalità punitive più regolari ed efficaci al duplice scopo di delimitare la potestà punitiva del sovrano e di contrastare gli «illegalismi» delle classi meno abbienti, non più accettabili in una società borghese¹⁰⁵; infine, l'età disciplinare, o del panoptismo¹⁰⁶, nella quale le idee

⁹⁶ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 238 ss.

⁹⁷ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 236 ss., 241.

⁹⁸ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 153 e 254.

⁹⁹ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 336 ss.

¹⁰⁰ G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 253.

¹⁰¹ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 27.

¹⁰² Per dar conto di tale complessità, si dovrebbero considerare le opere che hanno preceduto o accompagnato *Sorvegliare e punire*: cfr. M. Foucault, *Teorie e istituzioni penali. Corso al Collège de France (1971 – 1972)*, Milano 2019; M. Foucault, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972 – 1973)*, Milano 2016; M. Foucault, *La verità*, cit., 103 ss.; nonché gli scritti raccolti in M. Foucault, *La società disciplinare*, Milano - Udine 2010.

¹⁰³ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 33 ss., 51 ss., 59 ss. che riprendendo *Pena e struttura sociale* vede nella pratica dei supplizi «l'effetto di un regime di produzione in cui le forze del lavoro, e dunque il corpo umano, non hanno l'utilità e quindi il valore commerciale che saranno loro conferiti in un'economia di tipo industriale».

¹⁰⁴ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 89.

¹⁰⁵ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 92 ss., 95 ss.

¹⁰⁶ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 218 ss., prendendo a modello J. Bentham, *Panopticon; or The*

dei riformatori vengono clamorosamente smentite da un paradigma punitivo, quello della pena carceraria, che non risponde alla logica illuminista della rappresentazione pubblica – prospettare ai cittadini l'inderogabile connessione tra delitto e pena, tra il vantaggio immaginato del crimine e lo svantaggio percepito dei castighi –, ma a quella segreta dell'ispezione, della sorveglianza, della normalizzazione, della disciplina appunto¹⁰⁷.

Nata in ambito militare e poi diffusasi nei conventi, nelle scuole, nelle fabbriche, la disciplina sarebbe la «forma generale» che ha «disegnato l'istituzione-prigione, prima che la legge la definisse come la pena per eccellenza»¹⁰⁸. Si spiega così l'improvvisa e inarrestabile ascesa della pena detentiva: innanzitutto, è particolarmente adatta a una società in cui la libertà è un bene che appartiene a tutti nello stesso modo¹⁰⁹; poi, si basa sul meccanismo dello scambio tra infrazione commessa e tempo prelevato al detenuto, e quindi riflette la logica di una società che usa il tempo per misurare gli scambi¹¹⁰; infine, riproduce i meccanismi della società panoptica «salvo accentuarli un po'», tant'è che si potrebbe dire che il carcere è «una caserma un po' stretta, una scuola senza indulgenza, una fabbrica buia, ma, al limite, niente di qualitativamente differente»¹¹¹.

Il radicamento del carcere nelle pratiche disciplinari spiegherebbe altresì la difficoltà a escogitare alternative alla pena detentiva, nonostante il suo plateale fallimento sia chiaro a tutti: invece di rieducare, il carcere fabbricherebbe delinquenti; invece di ridurre i tassi di recidiva, li aumenterebbe; invece di favorire il

Inspection House, cit., 40 ss., 60 ss. Una critica a Foucault per aver travisato il pensiero di Bentham in A. D. Calzetta, *I limiti del panoptismo o Panopticon unbound*, in *Michel Foucault : diritto, sapere, verità*, a cura di A. Di Lisciandro, L. Scudieri, Milano 2015, 59 ss. Sul Panopticon, P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano 1974, 370 ss.; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 67 ss.

¹⁰⁷ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 139 ss. Sulla pubblicità quale caratteristica essenziale delle pene corporali, cfr. già G. Contento, *Osservazioni sui limiti naturali e funzionali della pena carceraria nella civiltà moderna* (1964), in G. Contento, *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Bari-Roma 2002, 6.

¹⁰⁸ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 251.

¹⁰⁹ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 252. Sul punto, G. Contento, *Osservazioni*, cit., 6 ss.; T. Padovani, *La pena carceraria*, cit., 41 ss.

¹¹⁰ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 253. Questo aspetto è stato affrontato anche da M. Pavarini, *In tema di economia politica della pena: i rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema capitalistico*, in *QuestC* 1976, 266 ss.; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 22 ss., 85 ss. (e nella nota 185 un cenno a Foucault), 241 ss., sulla scia di E. B. Pašukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in *Teorie*, cit., 230 ss. Importanti considerazioni in M. Donini, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in *www.disCrimen.it*, 4.6.2020, 15 ss. Il passaggio concettuale successivo sta nella differenza tra la teoria retributiva, che rispetta rigorosamente «la signoria del condannato sul tempo della sua detenzione», e la teoria specialpreventiva, che invece si «appropria» di tale tempo attribuendosi il diritto di riempirlo di contenuti (L. Monaco, *Prospettive*, cit., 22).

¹¹¹ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 253. Cfr. anche M. Foucault, *La verità*, cit., 146.

reinserimento nella società, impoverirebbe le famiglie dei detenuti. Ma ciò che a prima vista sembra uno scacco sarebbe in realtà un successo, perché la funzione reale del carcere non sarebbe quella di reprimere gli illegalismi, ma di differenziarli, producendo una specifica tipologia di delinquenza utile al potere¹¹².

Una sintesi critica di *Pena e struttura sociale* e di *Sorvegliare e punire* è stata operata da Dario Melossi e Massimo Pavarini in un altro classico della materia, *Carcere e fabbrica*.

Secondo i due autori, la griglia analitica del mercato del lavoro non avrebbe consentito a Rusche e Kirchheimer di cogliere «quel nodo tematico estremamente complesso che è la creazione, attraverso le istituzioni *ancillari* alla fabbrica, di un'antropologia borghese»¹¹³.

Melossi e Pavarini collocano il sorgere di tale antropologia tra il XVI e il XVII secolo, nella fase storica della marxiana accumulazione originaria¹¹⁴, quando una moltitudine di persone precedentemente assoggettata ai vincoli feudali fu costretta a cercare lavoro per sopravvivere.

La nascita parallela delle manifatture e delle prime case di correzione, che per Rusche e Kirchheimer sarebbe dipesa dall'eccesso di domanda di lavoro, troverebbe invece la sua ragione più profonda nell'esigenza del capitalismo nascente di massimizzare l'impiego della forza-lavoro, l'unica merce in grado di produrre plusvalore, e quindi di addestrare il nascente proletariato alla nuova mentalità produttiva¹¹⁵.

Alle case di correzione si sarebbero poi affiancate le altre istituzioni ancillari alla fabbrica (la famiglia borghese, la scuola, i manicomi, il carcere), tutte da leggersi attraverso la categoria interpretativa della disciplina, che però a differenza di Foucault è radicata in un preciso momento storico¹¹⁶.

¹¹² M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 291 ss. Una critica alla tesi dello scacco in M. Sbriccoli, *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, in M. Sbriccoli, *Storia*, cit., tomo II, Milano 2009, 1088; M. Pavarini, «Concentrazione» e «diffusione del penitenziario». *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, cit., 343 ss.

¹¹³ D. Melossi, *Mercato del lavoro*, cit., 18.

¹¹⁴ K. Marx, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, Roma 1996, 524 ss.

¹¹⁵ D. Melossi, *Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in *QuestC* 1976, 293 ss.; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 71 ss.; M. Pavarini, *Introduzione a...La criminologia*, Firenze 1980, 13 ss.; D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza*, cit. 24 ss.; D. Melossi, *Pena, subordinazione, riforma*, in *StQuestC* 2020, 100 ss.

¹¹⁶ Sul punto, sottolineando l'astrattezza storica della disciplina foucaultiana, D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 73 ss., 204 ss., 249 ss. (e qui l'appendice di D. Melossi, *Alcune osservazioni sulla letteratura più recente*); D. Melossi, *Mercato del lavoro*, cit., 13 ss. e nota 22, 30 ss. Cfr. A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Milano 1982, 195; da ultimo, D. Melossi, *Pena*, cit., 102, che peraltro valorizza molto i rapporti tra *Carcere e fabbrica* e Foucault, tanto da equiparare la sua tesi delle istituzioni ancillari al panoptismo.

L'aver ricondotto il carcere alla sua «originaria *matrice contrattuale*» consentirebbe di spiegare l'apparente antinomia tra il garantismo dei riformatori illuministi e le istanze disciplinari, perché il parallelismo tra pena detentiva e lavoro ci farebbe comprendere che in entrambi i casi assistiamo «alla presenza contemporanea di un *diritto* e di un *non o contro-diritto*»¹¹⁷. Infatti, la pena retributiva (intesa come pena certa e proporzionata) e il contratto garantiscono formalmente l'uguaglianza e i diritti, si strutturano nella realtà secondo moduli disciplinari e gerarchici, sono entrambi basati sulla logica dello scambio, riducono ogni valore alla logica del lavoro salariato misurabile in termini di tempo, collocano il lavoratore e il condannato in uno spazio nel quale la libertà è limitata per una determinata frazione temporale.

Carcere e fabbrica riguarda l'origine del penitenziario e si arresta alle soglie della rivoluzione industriale, quando «il disprezzo per una forza-lavoro perennemente sovrabbondante» comporterà l'abbandono degli ideali correttivi e farà dell'istituzione uno «strumento terroristico di controllo sociale», in applicazione del principio della *less eligibility*¹¹⁸. Il mutamento dei rapporti tra capitale e lavoro, il dominio della società disciplinare, la crisi della pena detentiva si collocano «dopo il testo»¹¹⁹, ma già si intravede all'orizzonte lo spettro del carcere di massima sicurezza, che segna «l'atto ufficiale di morte» dell'ideologia rieducativa¹²⁰.

Al di là delle differenze e delle eventuali revisioni storiografiche¹²¹, le opere sommariamente illustrate hanno fornito lo strumentario concettuale a una corrente di pensiero che si propone di guardare alla funzione reale svolta dagli apparati punitivi nell'ambito dei sistemi sociali¹²², e non agli scopi ideologicamente attribuiti alla pena¹²³.

Premesso che la pena sarebbe una violenza istituzionale perché comprime

¹¹⁷ D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 243. Cfr. M. Pavarini, *In tema*, cit., 266 ss.

¹¹⁸ D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 81 ss., 138 ss.; M. Pavarini, *In tema*, cit., 274.

¹¹⁹ D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica*, cit., 25 ss. Cfr. D. Melossi, *Istituzioni di controllo sociale*, cit., 302 ss.

¹²⁰ M. Pavarini, «*Concentrazione*», cit., 359. Da ultimo, M. Pavarini, *Governare*, cit., 9 ss., 137 ss. ha affiancato il carcere alla guerra e non più alla fabbrica. Questo binomio è contestato da D. Melossi, *Pena*, cit., 105.

¹²¹ Si è ad esempio retrodata all'epoca dei comuni l'inserimento della detenzione tra gli strumenti abituali del potere punitivo (G. Geltner, *La prigionie medievale. Una storia sociale*, Roma 2012). Tuttavia, secondo E. De Cristofaro, *Recensione*, in *QuadF* 2014, 839 ss., mancherebbe nel carcere medievale quella funzione disciplinare di organizzazione del tempo che, come abbiamo visto, sarebbe il connotato dell'istituzione moderna.

¹²² Rilegge Foucault e Rusche/Kirchheimer nel senso che «il carcere non ha più, e non potrà mai più avere, alcuna funzione reale e oggettiva di "apparato" di rieducazione», M. Pavarini, «*Concentrazione*», cit., 345.

¹²³ Di risultati «irreversibili» sul piano epistemologico ha parlato A. Baratta, *Criminologia critica*, cit., 193. La differenza tra funzione obiettiva e scopo soggettivamente perseguito è discussa in G. Fiandaca, *Intorno a «scopi» e «funzioni» nel diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, a cura di A. Castaldo, V. de Francesco, M. del Tufo, L. Monaco e S. Manacorda, Napoli 2013, 107 -129. Cfr. anche la tassonomia di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 314 ss.

intenzionalmente i diritti fondamentali della persona, l'analisi sociologica avrebbe messo in crisi tutti i postulati dell'idea dello scopo, dimostrando che la società è conflittuale e quindi i beni giuridici tutelati riflettono prevalentemente gli interessi delle classi dominanti, che a dispetto del principio di uguaglianza la popolazione criminale è in gran parte costituita dai gruppi più deboli, che il sistema punitivo non può strutturalmente farsi carico di tutti i reati commessi e quindi è inidoneo a prevenirli, e così via¹²⁴.

E ancora, per quanto attiene alla prevenzione generale negativa, i pretesi effetti deterrenti della pena riguarderebbero nel migliore dei casi gli individui più socializzati e le infrazioni meno gravi; in merito alla prevenzione speciale positiva, peraltro già ideologicamente in crisi a seguito del declino dello stato sociale, il sistema punitivo non riuscirebbe a ridurre i tassi di criminalità, ma al contrario li farebbe aumentare; infine la prevenzione generale positiva, con la sua strategia di rafforzamento dei sentimenti di coesione sociale, si risolverebbe in una sorta di pubblicità ingannevole perché sarebbe evidente che il «diritto penale previene poco o nulla»; insomma, l'idea della scopo apparterrebbe alla sfera del dover essere, non a quella dell'essere, e una teoria che ignora la realtà perde il suo valore giuridico, al pari di una legge che ci obbligasse a camminare fino alla luna; per questi motivi, l'unico scopo che il diritto penale potrebbe realisticamente perseguire sarebbe quello di limitare il più possibile il potere punitivo, assoggettandolo al proprio apparato di garanzie e delegittimandolo costantemente¹²⁵.

4. La dottrina penalistica si è seriamente confrontata con i problemi sollevati dai critici dell'idea dello scopo¹²⁶, e ciò le ha consentito di rivendicare il primato del

¹²⁴ Il libro di A. Baratta, *Criminologia critica*, cit., 45 ss. è quasi interamente rivolto a confutare la c.d. ideologia della difesa sociale, sinonimo dell'idea dello scopo. Cfr. poi A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo, Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *DelPene* 1985, 443 ss.

¹²⁵ Così l'efficace sintesi di E. R. Zaffaroni, *Diritto penale*, in *ius17@unibo.it*, 3/2011, 12 – 13 (ma si v. ovviamente E. R. Zaffaroni, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico – penale*, Napoli 1994). Per i necessari approfondimenti cfr. almeno L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 325 ss., sulla minimizzazione della violenza informale e sulla delegittimazione dei sistemi punitivi; M. Pavarini, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *DelPene* 1985, 525 ss., sulle differenze tra queste prospettive teoriche e le correnti che propugnano l'abolizione del diritto penale; M. Pavarini, *Corso di Istituzioni di diritto penale*, Bologna 2015, 23 ss., 33 ss., e qui anche l'osservazione che la prevenzione speciale negativa sarebbe una strategia empiricamente praticabile, ma assiologicamente inaccettabile.

¹²⁶ Sui problemi empirici della prevenzione generale, cfr. L. Eusebi, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, 19 ss.; M. Ronco, *Il problema*, cit., 126 ss.; V. de Francesco, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 15 ss. Sulla selettività del sistema penale, C. E. Paliero, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, 203 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 231 ss. Su entrambi i profili, G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 188 ss., 391 ss.

dover essere sull'essere: dal «dato per cui la pena, nel suo essere attuale, è spesso inumana, non può ricavarsi che non possa mai non esserlo, né tantomeno che debba esserlo»¹²⁷.

Certo, a questo punto bisognerebbe intendersi su quale sia il dover essere da prendere a modello, essendo la Costituzione suscettibile di diverse letture¹²⁸.

A ridosso della riforma penitenziaria del 1975, si disse che le misure alternative alla detenzione sarebbero incostituzionali perché in contrasto con l'equazione pena = punizione = privazione della libertà personale¹²⁹; una pena non detentiva sarebbe una contraddizione in termini, perché ciò che distinguerebbe la pena dalla «mera terapia» o dalla «sorveglianza risocializzante» sarebbe «l'austerità e il significato di valore dello stesso trattamento cui si è sottoposti», in altri termini «un certo tipo di privazione della libertà personale»¹³⁰; l'art. 27, comma 3, Cost. sancirebbe che la rieducazione è il fine primario di una pena necessariamente connotata in termini di afflittività, non anche che la punizione può essere sostituita dalla rieducazione¹³¹.

La tesi è stata recentemente riformulata da chi ha letto nella nostra Costituzione un programma di «diritto penale minimo» incentrato sulla pena detentiva, «l'unica sanzione penale principale costituzionalmente legittima» che il sentimento comune di giustizia riterrebbe adeguata a punire le offese alle condizioni minime di esistenza della società¹³². Secondo questo programma, il principio rieducativo dovrebbe armonizzarsi con quello di stretta legalità e con quello di sicurezza, e quindi potrebbe legittimamente operare «solo "all'interno" dell'esecuzione della pena detentiva in carcere»¹³³. Ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale delle misure alternative e più in generale del trattamento progressivo: l'esecuzione della pena detentiva dovrebbe essere vista «come un "bene"» non solo dal punto di vista morale, ma anche in una «logica "utilitaristica" per la "sicurezza" della società»¹³⁴.

¹²⁷ A. Cavaliere, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta*, in *www.archiviopenale.it*, 3/2018, 13. Nello stesso senso, S. Moccia, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in *La pena, ancora*, cit., 151 e 159.

¹²⁸ Lo ha ricordato di recente E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *RIDPP* 2019, 29.

¹²⁹ A. Pecoraro - Albani, *I docenti di diritto penale e la riforma del libro primo del codice penale: alcuni rilievi in tema di lesività del reato, di pena carceraria e di misure di sicurezza*, in A. Pecoraro - Albani, *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli 1975, 108 ss. In senso contrario, G. Contento, *Osservazioni*, cit., 12. Sui rapporti tra pena e limitazione della libertà personale, T. Padovani, *La pena carceraria*, cit., 13.

¹³⁰ A. Pecoraro - Albani, *I docenti*, cit., 150 e 160.

¹³¹ A. Pecoraro - Albani, *I docenti*, cit., 127 e 161.

¹³² M. Trapani, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *RIDPP* 2018, 1703. Cfr. D. Santamaria, *Pena di morte ed ergastolo*, in D. Santamaria, *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Milano 1996, 416 ss.

¹³³ M. Trapani, *La rieducazione del condannato*, cit., 1706 ss.

¹³⁴ M. Trapani, *La rieducazione del condannato*, cit., 1713.

Per quanto riguarda il disastroso stato delle nostre carceri, che è ovviamente denunciato anche dall'orientamento in esame, la soluzione andrebbe ricercata in una drastica riduzione dei reati e della custodia cautelare, nell'abbassamento dei massimi edittali, nel miglioramento delle strutture penitenziarie e nella politica sociale¹³⁵. In questa visione l'istituzione carceraria rappresenta pertanto un dover essere, e quindi le sue disfunzioni concrete non ne giustificano l'abolizione¹³⁶.

Agli stessi esiti di legittimazione dell'istituzione carceraria possono giungere anche quelle concezioni polifunzionali della pena che concedono alla prevenzione generale di esercitare il proprio ruolo anche nella fase dell'esecuzione della pena, e non solo in quella edittale: un sistema carcerario troppo confortevole «ben difficilmente potrebbe colpire la immaginazione dell'uomo della strada, o risvegliare in egual misura la sensazione che il crimine vada perseguito come un'attività vergognosa e pericolosa»¹³⁷; oppure quei modelli teorici che distinguono tra risocializzazione e rieducazione, argomentando che la natura strutturalmente afflittiva della pena detentiva sarebbe incompatibile con la prospettiva del reinserimento sociale del condannato, non anche con quella di promuovere la consapevolezza dell'importanza del valore offeso¹³⁸.

Dovrebbe a questo punto essere chiaro che la tendenziale incompatibilità tra l'idea del carcere e l'idea dello scopo si profila nel momento in cui l'accento è posto proprio sulla risocializzazione¹³⁹.

Chi vorrà coltivare questa prospettiva dovrà impegnarsi su due fronti. Innanzitutto, per rispondere definitivamente alla critica del retribuzionista Karl Binding – se lo scopo della pena è risocializzare, perché non reagire al reato con un provvedimento pedagogico?¹⁴⁰ – sarà necessario elaborare e diffondere nel corpo sociale una nozione di pena che mantenga la sua valenza di reazione negativa alla

¹³⁵ A. Pecoraro - Albani, *I docenti*, cit., 143; M. Trapani, *La rieducazione del condannato*, cit., 1718.

¹³⁶ Commenta A. Pecoraro - Albani, *I docenti*, cit., 141, che se «la istituzione della scuola o quella del servizio sanitario non funzionano [...] non perciò sono da sopprimere o da limitare nel raggio di azione». Cfr. anche A. Moro, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari 2005, 123; M. Ronco, *Le ragioni della giusta pena*, in M. Ronco, *Scritti patavini*, Torino 2017, 1518.

¹³⁷ J. Andenaes, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi*, cit., 39. Sulle antinomie tra gli scopi della pena nella fase dell'esecuzione carceraria, E. H. Sutherland, D. R. Cressey, *Criminologia*, cit., 764 ss.

¹³⁸ Nel riprendere la raffinata rilettura della prevenzione generale e della prevenzione speciale in chiave positiva e costituzionalmente orientata elaborata da G. de Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2020, 24 ss., 177 ss., T. Travaglia Cicirello, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerche di alternative*, Milano 2018, 62 ss., non esclude la compatibilità tra rieducazione e carcere, purché siano contenuti i fattori di desocializzazione e sia promossa l'autodeterminazione del condannato.

¹³⁹ Per tutti, L. Eusebi, *La pena "in crisi"*, cit., 83 ss., 95 ss.

¹⁴⁰ K. Binding, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, in *GrünhutsZ* 1877, 421. Contro questo argomento, F. von Liszt, *Der Zweckgedanke*, cit., 176 (cfr. F. von Liszt, *La teoria*, cit., 65); L. Eusebi, *La pena in "crisi"*, cit., 84.

devianza¹⁴¹, ma allo stesso tempo abbia reciso le sue radici con la logica millenaria della violenza di cui hanno parlato von Liszt e von Jhering¹⁴². Poi, per dirla con Foucault, bisognerà emanciparsi da quel dispositivo disciplinare che impedisce di pensare meccanismi punitivi radicalmente alternativi al carcere¹⁴³, ma allo stesso tempo occorrerà proporre alla collettività risposte rassicuranti ed efficaci, all'altezza del compito che il progetto giuridico della modernità ha affidato allo Stato, quello del mantenimento della pace sociale¹⁴⁴.

Si tratta di un compito arduo, che però potrà giovare dell'insegnamento di chi ci ha illustrato magistralmente le prospettive dell'idea dello scopo senza nascondere gli aspetti più problematici, anzi donandoci gli strumenti metodologici che ci consentono di riconoscerli, e forse di risolverli¹⁴⁵.

¹⁴¹ Del resto, «nessuna società si pone, attraverso l'esecuzione penale, il fine di spingere alla commissione di reati» (G. Rusche, *Il mercato*, cit., 522).

¹⁴² Sulle convinzioni sociali che sostengono l'idea dell'irrinunciabilità del carcere, F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena, ancora*, cit., vol. II, 524 ss. Dubbi sulla possibilità di prescindere dalla «genetica vendicativa» della penalità, al termine di un approfondito *excursus* storico-antropologico, C. E. Paliero, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *La pena, ancora*, cit., 69 ss. Il superamento della pena come raddoppio del male è al centro della riflessione di M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *RIDPP*, 1183 ss., 1210 ss., da ultimo sviluppata M. Donini, *Pena subita e pena agita. Il modello del delitto riparato*, in www.questionegiustizia.it, 29/10/2020, e in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Lucio Monaco*. Da sempre impegnato a concettualizzare una penalità orientata a far leva sul consenso dei cittadini piuttosto che sulla deterrenza, L. Eusebi, «Gestire» il fatto di reato. *Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione»*, in *La pena, ancora*, cit., 223 ss.

¹⁴³ Cfr. M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 252. Denuncia la «centralità ideologica, prima ancora che effettuale, della pena detentiva», G. Mannozi, *Pena e riparazione. Un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano 2006, 1131.

¹⁴⁴ Per una sintesi delle varie correnti politico-criminale di critica al carcere, che vanno dal miglioramento delle condizioni della detenzione alla giustizia riparativa, F. Palazzo, *Presente*, cit., 530 ss. Meditate proposte *de iure condendo* orientate (per il momento) alla drastica riduzione della carcerazione in L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 409 ss.; S. Moccia, *Riflessioni*, cit., 158 ss.; L. Eusebi, «Gestire» il fatto di reato, cit., 235 ss.; M. Donini, *Pena subita*, cit., § 7 ss. Sulle scarsamente valorizzate esperienze degli istituti a custodia attenuata e della vigilanza dinamica, F. De Simone, *La sanzione detentiva. Dal modello securitario al modello trattamentale*, Torino 2018, 123 ss., 189 ss. Nel senso dell'abolizione del carcere, cfr. invece i contributi raccolti in *Basta dolore e odio. No prison*, a cura di L. Ferrari e M. Pavarini, Milano 2018.

¹⁴⁵ Il riferimento è ai già citati L. Monaco, *Prospettive*, cit., 3 ss.; L. Monaco, *Su teoria e prassi*, cit., 399 ss. Sulle difficoltà che incontra chi si propone di rifondare il sistema penale nell'ottica del paradigma preventivo e sui delicati rapporti tra la dimensione empirica e quella normativo-valutativa, v. da ultimo G. Fiandaca, *Nodi problematici del diritto penale "di scopo", tra ieri e oggi*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Lucio Monaco*.