

# **UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PALERMO**

Dottorato di Ricerca in Storia della Cultura e della Tecnica -  
Dipartimento di Scienze Psicologiche, Pedagogiche e della Formazione  
Settore Scientifico Disciplinare M-FIL/06

## **LA CULTURA DELLA PENA NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA dalla giustizia retributiva alla giustizia riparativa**

**LA DOTTORESSA  
AMELIA PINELLO**

**IL COORDINATORE  
Ch.mo Prof. PIETRO DI GIOVANNI**

**IL TUTOR  
Ch.mo Prof. PIETRO DI GIOVANNI**

**CICLO XXV  
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2015**

## **INDICE**

<b>Introduzione.....</b>	<b>3</b>
--------------------------	----------

### **CAPITOLO I**

#### **1. Le società complesse e il sentimento di sicurezza**

1.1 Premessa.....	5
1.2 La situazione nelle società moderne.....	6
1.3 La complessa società contemporanea .....	11
1.4 La condizione individuale di rischio.....	14
1.5 Lo straniero come pericolo .....	18

### **CAPITOLO II**

#### **2. La società complessa e la pena**

2.1 Premessa.....	24
2.2 Illegalità ed esclusione .....	24
2.3 La idea di punizione.....	27
2.4 Il diritto e la complessità.....	31
2.5 Il consenso sociale.....	33
2.6 La sanzione.....	36

### **CAPITOLO III**

#### **3. La pena nell'antichità**

3.1. Premessa.....	41
3.2 Le società antiche .....	41
3.3 La società greca.....	44
3.4 Roma e il diritto romano .....	51
3.5 Il Cristianesimo.....	58

### **CAPITOLO IV**

#### **4. La pena oggi e nel nostro ordinamento**

4.1 Premessa.....	69
4.2 Le principali teorie della pena .....	69
4.3 La prevenzione generale e la prevenzione speciale.....	74
4.4 Risocializzazione e detenzione.....	79
4.5 La pena nella Costituzione Italiana .....	82

4.6 Il carcere e la sua percezione sociale.....	88
4.7 Il trattamento.....	95
4.8 Le teorie abolizioniste e altre ipotesi.....	98

## **CAPITOLO V**

### **5. I diritti umani e la giustizia internazionale**

5.1 Premessa.....	110
5.2 La giustizia internazionale .....	110
5.3 I Tribunali Penali Internazionali.....	118
5.4 La Corte Penale Internazionale .....	125
5.5 L'esperienza della Commissione per la verità e la riconciliazione.....	129
5.6 Il valore delle trasformazioni.....	133
5.7 La pena e l'espiazione.....	136

<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>143</b>
-------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>147</b>
--------------------------	------------

<b>WEBGRAFIA.....</b>	<b>157</b>
-----------------------	------------

## **INTRODUZIONE**

*Nelle società contemporanee le tematiche legate alla pena determinano problematiche che coinvolgono l'intera collettività, a causa delle paure suscitate dalla criminalità e dai bisogni di protezione sempre più diffusi. Essendo la pena condizionata da fattori storici, culturali, economici e politici essa ha subito delle trasformazioni nel corso del tempo, dal momento che nella sua valenza simbolica si sono declinati individualmente e collettivamente i bisogni di giustizia e sicurezza. L'afflittività che comporta la sua esecuzione è uno degli aspetti su cui concentrare l'attenzione, per la funzione che esercita sul valore da assegnare alla dignità dell'essere umano. In questo lavoro, facendo riferimento ad una metodologia di rete che ha collegato realtà e fenomeni culturali diversi, si è cercato di costruire una griglia di lettura dell'intera tematica, così come si presenta oggi nelle società complesse; un approccio finalizzato a tracciare la percezione prevalente dei modelli sanzionatori, soprattutto, in considerazione del mancato raggiungimento degli scopi che pure alla pena attualmente sono affidati.*

*Si è avviata con il Capitolo I la descrizione delle trasformazioni avvenute nelle società occidentali, dove ha trovato preoccupante insediamento la coppia concettuale sicurezza- insicurezza, fino al punto da diventare imperativa l'espansione dei sistemi penali in ogni programma di governo. In queste società si coglie l'ansia delle comunità cittadine nutrite, sul piano microscopico, delle paure urbane come per esempio la piccola criminalità e, su quello macroscopico, di fenomeni quali il terrorismo, le migrazioni e così via. Tali condizioni esistenziali creano l'avversione nei confronti del diverso, dello straniero, identificato come obiettivo principale delle politiche di tolleranza zero.*

*Col Capitolo II si entra nello specifico, esaminando l'idea di punizione e sanzione; inoltre, esso cerca di individuare il significato che i sentimenti collettivi attribuiscono alla necessità del castigo e, quindi, alla pena quale sanzione punitiva per eccellenza.*

*Nel Capitolo III si rintracciano le origini del comportamento umano rispetto al torto; in esso si è descritto come nell'antichità si sono sviluppati i primi percorsi centrati sulla vendetta e, allo stesso tempo, rintracciati gli elementi storicamente qualificanti la concezione della pena. Di questi elementi, si è cercato di rilevare soltanto quelli i cui effetti sono ancora individuabili nelle varie interpretazioni della pena.*

*Nel Capitolo IV, dopo una disamina delle teorie della pena e delle funzioni ad essa affidate, si prende in esame la detenzione. Di essa si mette in rilievo l'aspetto di modalità esclusiva della esecuzione della pena e la sua attuale inefficacia sotto il profilo di contrasto dell'attività criminale. Il riferimento a quanto dispone il nostro ordinamento tende ad evidenziare gli elementi di garanzia, ma anche quelli su cui è necessario continuare a lavorare per una trasformazione adeguata alle esigenze e alle sensibilità attuali. In questa direzione, sono concepiti anche i riferimenti alle teorie abolizionistiche e a tutte le possibilità che, al di fuori delle procedure di giustizia tradizionale, possono essere esperite con la finalità di favorire una migliore convivenza sociale.*

*Infine, nel capitolo conclusivo si affrontano i temi della giustizia internazionale, in considerazione del fatto che le norme sovranazionali hanno grande importanza nella tutela dei diritti fondamentali ed imprescrittibili dell'essere umano. Ciò si impone in quanto non è possibile rimanere indifferenti alla sete di giustizia e conciliazione che con regolarità e, purtroppo, frequentemente si manifesta nel mondo. Sono state esaminate alcune delle soluzioni, proposte in Paesi diversi, onde contrastare gli effetti dolorosi e gravi subiti dai singoli individui e dalle comunità a causa dei conflitti che li hanno segnati. Si è cercato, anche in questo caso, di evidenziare gli elementi utili a produrre conciliazione e recupero di dignità per tutti gli esseri umani coinvolti.*

# CAPITOLO I

## 1. Le società complesse e il sentimento di sicurezza

### 1.1 Premessa

In questo capitolo si tratterà una sintetica descrizione dell'attuale condizione delle società occidentali, dove l'ormai diffusa crisi dello stato sociale ha messo in luce, le aree problematiche del vissuto individuale e di quello collettivo che influenzano tanto il piano relazionale quanto quello sociale. Il desiderio di sicurezza, manifestatosi sin dall'origine delle società moderne, diventa sempre più centrale nelle istanze soggettive e collettive dal momento che coinvolge l'esistenza umana. Queste società, saranno qui identificate come complesse, per la molteplicità delle dinamiche e degli interessi presenti; a questo proposito non sarà sottovalutato l'interessante apporto di Anthony Giddens che alla sintetica affermazione di tipo evolucionista:

La storia *inizia* con piccole e isolate culture di cacciatori e raccoglitori, passa attraverso lo sviluppo di comunità che vivono di pastorizia e di agricoltura primitiva, dà vita agli stati agrari e culmina nella nascita delle moderne società occidentali<sup>1</sup>

fa seguire una dettagliata analisi sulle trasformazioni che hanno caratterizzato la modernità. La sua interpretazione dello sviluppo sociale, che egli definisce "discontinuista", considera uniche le istituzioni sociali moderne e lontane da tutti i tipi di ordinamenti tradizionali; ciò per la loro capacità di stabilire forme di connessioni sociali ampiamente diffuse e di modificare alcuni degli aspetti intimi e personali dell'esistenza dell'individuo contemporaneo.

---

<sup>1</sup> Cfr. A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna 2006, pag.18.

## 1.2 *La situazione nelle società moderne*

Nemmeno il più superficiale tra gli osservatori della storia umana può dubitare che il male del mondo sia da addebitare all'insensatezza degli uomini. Follia, ebbrezza, cecità, invidia angoscia, istinto, avidità e passioni d'ogni sorta fanno sì che il mondo sia tanto sgradevole. Perché non sono tutti ragionevoli come me?<sup>2</sup>.

Partire da questa citazione per introdurre la descrizione delle società dove noi oggi viviamo ben si presta a mettere in evidenza come esse siano sempre più una somma di individui e come sia la libertà individuale a farla da padrona, essendo diventata l'unità di misura per individuare il valore degli impianti normativi e delle decisioni rivolte alla collettività; perseguire la ricerca del piacere è pratica appagante e perde per strada la dimensione autodistruttiva posseduta in un recente passato. Pertanto nell'analisi della situazione attuale bisogna prestare attenzione sia alla condizione soggettiva dell'individuo sia a quel sentire collettivo, che costituiscono gli elementi di coesione o di separazione all'interno della comunità.<sup>3</sup>

Oggi, la libertà nella ricerca della felicità comprime in uno spazio limitato la sicurezza degli individui contrariamente a quanto avveniva in passato quando garantire la sicurezza comportava una limitazione della libertà individuale nella ricerca della felicità; nel rapporto tra libertà e sicurezza si colloca il disagio dal momento che entrambe le condizioni non assicurano una quantità maggiore di felicità all'individuo. A questo punto è utile un salto indietro che consenta di tracciare sinteticamente il percorso verso la regolazione dei rapporti tra il singolo

---

<sup>2</sup> Cfr. P. Watzlawick, *Di bene in peggio*, Feltrinelli editore, Milano 2013, pag. 49.

<sup>3</sup> «i due aneliti, quello alla felicità individuale e quello all'adesione a una comunità umana, continuano a lottare in ogni individuo; e ugualmente i due processi dello sviluppo individuale e della civilizzazione si sono ostili e sono costretti a disputarsi il campo». S. Freud, *Il disagio nella civiltà*, Einaudi Editore, Torino 2010, pag. 88.

e la comunità, necessaria per definire le ragioni e il confine in cui il potere dell'uno o dell'altra può consentire il viaggio verso la civiltà.

Nelle società premoderne l'individuo era collocato dentro reti prossime di protezione in funzione dell'appartenenza, con un definito ordine gerarchico, a un gruppo per legami familiari, per lignaggio, per prossimità territoriale. La parentela e la comunità assicuravano, nel tempo e nello spazio, rapporti stabili e legami sociali affidabili che unitamente alla ridotta estensione del territorio di riferimento consentivano la stabilizzazione di relazioni di fiducia. Questi rapporti di dipendenza garantivano all'individuo la protezione dalle minacce alla sicurezza che provenivano dall'esterno della comunità, come le epidemie e le carestie addebitabili alla natura, o le guerre frutto della violenza umana. L'insicurezza interna proveniva da quegli individui i cui insufficienti o inesistenti legami con il resto delle comunità ne determinavano una condizione di marginalità; la minaccia più frequente era rappresentata, quindi, dal vagabondo, soggetto non controllabile ed assimilabile ai briganti e, in genere, ai fuorilegge particolarmente temuti, per l'aggressività e la violenza che praticavano nelle comunità. Il vagabondo che erra alla ricerca di stimoli ed accetta realtà diverse andava necessariamente allontanato e isolato.<sup>4</sup>

Nelle società premoderne è, quindi, con l'appartenenza che si appaga il desiderio di sicurezza. Solo in seguito alla nascita delle società moderne sarà assegnato valore all'individuo, in quanto tale e non per la sua appartenenza. Le idee politiche e filosofiche si vanno a iscrivere nella storia delle società insieme al progresso economico stimolato dall'avanzare dell'industrializzazione. Bisogna, quindi, ricordare quanto descritto da Hobbes a proposito della società d'individui. Tale insieme d'individui, secondo il filosofo, si configurerebbe come uno stato di natura, cioè senza legge, senza diritto, senza costituzione e in una condizione di conflitto interpersonale; l'assenza di regole comuni non gli conferisce il potere di proteggere e di proteggersi. Qui sarebbe prevalente l'assenza di sicurezza. È a questo punto che l'individuo sarà disponibile ad accettare l'intervento dello Stato

---

<sup>4</sup>Cfr. R.Castel, *L'insicurezza sociale*, Einaudi, Torino 2011, pag.4 e ss.



'leviatano' che, secondo Hobbes, metterà in campo un potere buono, utile alla protezione che a sua volta è condizione essenziale per garantire una dimensione di sicurezza. Questo perché, come rileva Hampshire:

tale protezione consiste necessariamente nel ricorso a procedure razionali di negoziazione universalmente accettabili e a procedure intellettuali di valutazione comparata delle alternative e di compromesso<sup>5</sup>.

La perdita della partecipazione alla gestione degli affari pubblici, sarà compensata dalla possibilità di organizzare e vivere liberamente nella sfera privata; è lì che il soggetto potrà coltivare i propri interessi e creare la propria indipendenza e, in questo, potrà essere aiutato dalle leggi dello Stato<sup>6</sup>. La necessità di protezioni è un problema presente in tutte le forme di coesistenza; opportunamente così la definisce Robert Castel:

Essere protetti non è uno stato *naturale*. È una situazione costruita, dato che l'insicurezza non è una peripezia in cui ci si imbatte in maniera più o meno accidentale, ma una dimensione che appartiene in maniera sostanziale alla coesistenza degli individui in una società moderna<sup>7</sup>.

Pertanto, se soddisfare il bisogno di sicurezza è requisito indispensabile per la convivenza, bisognerà procedere alla costruzione di protezioni, operazione che potrà compiersi con l'istituzione di uno Stato con potere effettivo in grado di operare una sintesi degli interessi, desideri e volontà di potenza degli individui. Nella società industriale l'individuo moderno va costruendo la propria indipendenza attraverso, il lavoro e accede a una nuova dimensione esistenziale nella quale diviene proprietario di se stesso e dei propri beni. Venute meno le reti tradizionali di appartenenza e di dipendenza è la proprietà che garantisce la sicurezza sia nei bisogni privati sia nei momenti pubblici e politici; il soggetto è consapevole che per tutelarla è inderogabile un patto sociale che configuri uno

---

<sup>5</sup>Cfr. S.Hampshire, *Non c'è giustizia senza conflitto*, Feltrinelli, Milano 2001, pag. 11.

<sup>6</sup> Cfr. Th. Hobbes, *Leviatano*, Editori Laterza, Roma 1974, pag.309.

<sup>7</sup> Cfr. R. Castel, *L'insicurezza sociale*, cit., pag. 7.

Stato che garantisca condizioni di libertà e di indipendenza dei cittadini ma anche funzioni di ordine pubblico a protezione dei diritti e dei beni degli individui.

Si può ipotizzare che il sentimento d'insicurezza sia attribuibile più alla domanda radicale di protezione che all'insufficienza delle protezioni stesse; va, infatti, ricordato che già nella *Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino*<sup>8</sup> del 26 agosto 1789 la sicurezza era considerata uno dei diritti imprescrittibili dell'individuo; l'art. 2 così recitava:

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression<sup>9</sup>.

È da notare, comunque, che nelle società organizzate sulla centralità dell'individuo, la domanda di protezione è infinita così come sono diffuse le esigenze di rispetto delle libertà e dell'autonomia dei soggetti. Per coniugare questi bisogni con l'esercizio del potere si mette a punto quella che Foucault, nella sua analisi, chiama la grande formula del liberalismo-legalismo:

Il sistema libertà-legge era una certa maniera di considerare, di definire la maniera in cui si sarebbe potuto esercitare il potere: in uno schema razionale di economia di potere, si considerano gli individui come soggetti di diritto detentori di un certo numero di libertà, e legati da un certo potere che limita da sé il proprio esercizio tramite la legge<sup>10</sup>.

Nel corso del XIX secolo, sarà la visione della società fondata sulla proprietà privata a garantire la sicurezza sociale; mentre la sicurezza civile sarà assicurata dallo stato di diritto. L'organizzazione dei poteri nello Stato moderno lascia zone d'insicurezza che vanno a sommarsi alla richiesta di protezione con cui l'individuo vorrebbe compensare quella fragilità di cui è portatore per assenza di

---

<sup>8</sup>Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 1789, in [www.justice.gouv.fr/recherche.html](http://www.justice.gouv.fr/recherche.html)

<sup>9</sup> «Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione».

<sup>10</sup>Cfr. M. Foucault, *La strategia dell'accerchiamento*, duepunti edizioni, Palermo 2009, pag.39.

appartenenza. Nella società moderna l'individuo deve garantire la sua esistenza attraverso il lavoro e il corrispondente salario ma, per cause molteplici, questo potrebbe venir meno e la sua condizione si avvierebbe in una dimensione d'incertezza, priva di risposte poiché il suo statuto sociale non è mai stato definito sotto il profilo dei diritti garantiti. Nel XIX secolo la povertà e la precarietà degli operai e di diverse categorie popolari avranno conseguenze visibili nella diffusione dello stato d'insicurezza che non consente di padroneggiare il presente e di progettare il futuro e opera verso il dissolvimento dei legami sociali giungendo anche a minacciare la vita psichica dei soggetti coinvolti.

La differenziazione tra soggetti di diritto e non, deve essere eliminata per non destinare gli ultimi all'insicurezza sociale permanente. Per questo motivo vengono approntate una serie di protezioni sul lavoro finalizzate ad assicurare stabilità al rapporto lavorativo e ad introdurre garanzie sanitarie e previdenziali necessarie per l'accesso alla cittadinanza sociale. L'intervento dello Stato si attua «costruendo un nuovo tipo di proprietà - la proprietà sociale - concepita e realizzata per assicurare la riabilitazione dei non proprietari»<sup>11</sup>. La promozione dello stato sociale opera una riduzione dei rischi di disgregazione della coesione sociale, mantiene inalterato il sistema delle differenze e delle ineguaglianze e assicura protezione alla parte più numerosa della società senza mettere in crisi il sistema della proprietà. Si costituisce un modello di società di simili in cui le relazioni d'interdipendenza sono possibili perché si fa riferimento a un fondo di risorse e di diritti comuni. L'individuo non è più protetto dall'appartenenza a comunità naturali ma dall'adesione ad associazioni con precise regole costitutive e dotate di statuti giuridici; da qui il bisogno di costruirsi un'identità e di mantenerla stabile.

Nel contrasto alle situazioni che potrebbero rivelarsi destabilizzanti per il sistema, è interessante notare come, nelle società moderne, il vagabondaggio abbia avuto un ruolo significativo nel sollecitare politiche statali di ordine e di controllo dei soggetti e del territorio per impedire l'affermazione di una immagine dell'altro fuori dagli schemi precostituiti. Quest'aspetto viene sottolineato perché, come

---

<sup>11</sup>Cfr. R. Castel, *L'insicurezza sociale*, cit., pag.22.

vedremo, la figura del vagabondo tornerà nella sua valenza metaforica a riproporsi nella società complessa.

### 1.3 *La complessa società contemporanea*

Il mancato raggiungimento della generalizzazione dell'autonomia soggettiva e dell'eguaglianza dei diritti promessa dallo Stato liberale fa entrare in crisi il sistema.

L'appartenenza a sistemi di organizzazione collettiva ha garantito gli individui dai rischi della disgregazione sociale e ha dato risposta al bisogno di protezione. L'appartenenza dei lavoratori ad associazioni garantirà loro la difesa e nello stesso tempo li renderà disponibili ad assicurare lo sviluppo del capitalismo industriale; è in questa fase che essi saranno ricompensati con estese protezioni.

L'appartenenza a sistemi di organizzazione collettiva garantisce dai rischi della disgregazione e fornisce risposte al bisogno di protezione; in particolar modo dopo il secondo conflitto mondiale si avrà un'affermazione di diritti sociali che consoliderà lo Stato come rappresentante del diritto e delle istanze collettive. Bisogna aggiungere che alla fine della Seconda Guerra Mondiale era diffuso il desiderio di approntare strumenti idonei alla difesa della dignità umana e alla protezione dei diritti inalienabili dell'individuo.

Questi sentimenti trovarono riconoscimento nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* deliberata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948. I trenta articoli definiscono i diritti inalienabili e proclamano la difesa delle libertà dell'individuo in tutti gli ambiti dell'esistenza come condizione indispensabile per assicurare, insieme alla libertà, la pace e la giustizia nel mondo; all'art. 3 è proclamato il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona mentre il diritto alla sicurezza sociale troverà formulazione all'art. 22<sup>12</sup>. Il modello di società che si va a stabilizzare è quello dello Stato Nazione, i cui principi fondanti sono la sovranità e la territorialità, gli studiosi declineranno diversamente le

---

<sup>12</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, in [www.un.org/fr/documents/udhr/](http://www.un.org/fr/documents/udhr/)

caratteristiche possedute, le ragioni della sua crisi e naturalmente le ipotesi di trasformazione per adeguare il modello di società ai bisogni contemporanei. È necessario, infatti, considerare i condizionamenti e le connessioni trasversali che attori transnazionali e organismi sovranazionali determinano nelle realtà locali e in quella globale che si va ad affermare. Bisogna, soprattutto, confrontarsi con il corso dello sviluppo sociale che allontanandosi dalle istituzioni della modernità reclama un diverso tipo di organizzazione sociale.

Dalla seconda metà del XX secolo, per la pressione dei mercati internazionali e la mondializzazione degli scambi, va in crisi la capacità di questo tipo di Stato di pilotare l'economia e mantenere l'equilibrio sociale, aumentano le differenze tra le varie categorie di lavoratori ed anche all'interno di stesse categorie si impongono criteri valutativi centrati sulla produttività che determinano una condizione di competizione costante per il mantenimento del posto di lavoro; ciò risulterà particolarmente sfibrante per i soggetti coinvolti. Si avvia un percorso di sostituzione della gestione collettiva e delle situazioni d'impiego stabili con una gestione fluida e individualizzata del lavoratore. La flessibilità, considerata una esigenza dell'apparato produttivo, trova rispondenza nella disponibilità e responsabilità di ogni individuo coinvolto, soltanto che quando quest'ultimo si ritroverà sovraesposto non potrà sempre contare sulla tutela dei sistemi di regolazione collettiva e questo contribuirà a generalizzare una condizione d'indebolimento della massa dei lavoratori.

La ripercussione sociale di tali fratture nel mondo del lavoro sarà un rinnovato senso d'insicurezza che andrà sempre più diffondendosi. Si assiste così alla disgregazione dei legami sociali; entrando in crisi le appartenenze, l'esclusione creerà una condizione di degrado d'interi gruppi sociali che svilupperanno, di conseguenza, un sentimento d'insicurezza come percorso comune. Si accompagnerà, a ciò, il risentimento che, giustificato dal vissuto d'ingiustizia, sarà collante per quei gruppi il cui statuto sociale apparirà frammentario. L'adozione di un atteggiamento difensivo, indurrà questi gruppi verso la conservazione e precluderà l'accesso a nuove forme d'integrazione e di ricomposizione

dell'appartenenza. Nell'incontro con altri gruppi, piuttosto che favorire relazioni produttive di cambiamento, si manifesterà un impegno ad individuarli come capro espiatorio attribuendo loro corresponsabilità nella condizione di esclusione.

La messa in discussione dello Stato sociale fa quindi riemergere il vissuto d'insicurezza perché contemporaneamente s'indeboliscono i legami collettivi e si potenziano i processi d'individualizzazione. È a questo punto che «insicurezza sociale e insicurezza civile»<sup>13</sup> si influenzano e si determinano vicendevolmente; tassi alti di disoccupazione, lavori precari e marginali, quartieri degradati con insufficiente coesione sociale, numerosi giovani senza adeguata scolarità e senza occupazione se non il bighellonare senza scopo, attività illegali quali traffico di droga svolte alla luce del sole, attività di microcriminalità condotte da stranieri migranti, testimoniano un processo di conflittualità sociale che induce a stigmatizzare alcune formazioni sociali come pericolose, ritenute responsabili del deterioramento delle condizioni di sicurezza. Il Prof. A. Dal Lago considera che

Alla funzione direttamente economica dello stato, e all'organizzazione del mercato e dello sviluppo tecnico e scientifico, si aggiunge così la regolazione complessiva della società. Al controllo semplicemente repressivo dei conflitti sociali, caratteristico di un'epoca in cui lo stato interviene direttamente sul mercato, subentrano forme di controllo complessivo e preventivo<sup>14</sup>.

Quindi per lo Stato sociale contemporaneo, diventa prioritario contenere i bisogni che minacciano l'equilibrio del sistema, nel quale sono privilegiati i gruppi sociali forti ed emarginati quelli che non offrono garanzie di stabilità sociale. Questa situazione d'incertezza, insieme alle varie forme di paura degli individui, contribuisce all'affermazione di una situazione in cui «la società non è più protetta dallo Stato, o quanto meno difficilmente si fida della protezione che esso offre»<sup>15</sup>. Ci si orienta nella richiesta di repressione dei reati, di «tolleranza zero» e quindi nelle politiche rivolte all'aumento delle forze di polizia, all'inasprimento delle

---

<sup>13</sup>Cfr., R. Castel, *L'insicurezza sociale*, cit., pag. 4.

<sup>14</sup> Cfr. A. Dal Lago, *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, ombre corte, Verona 2000, pag. 113.

<sup>15</sup>Cfr. Z. Bauman, *Il demone della paura*, Editori Laterza, Roma-Bari 2014, pag. 5.

legislazioni, all'aumento dei dispositivi di controllo; uno scenario che esalta il ritorno alla legge e all'ordine in cui lo spostamento verso l'affermazione di autorità testimonia di uno spostamento dallo Stato sociale verso uno Stato sicuritario. Prendono forma nuove sensibilità e mentalità che influiscono sui modi di realizzazione dei meccanismi punitivi poiché come sostiene D. Garland

La severità delle pene, i mezzi con i quali infliggere il dolore e la sofferenza ammessi nelle istituzioni penali non esistono solo in virtù di considerazioni utilitaristiche ma anche in virtù delle convenzioni sociali e delle sensibilità condivise dai cittadini<sup>16</sup>.

Piuttosto che condividere la restaurazione di uno Stato autoritario cui affidare la sicurezza sociale sarebbe necessario ostacolare gli effetti devastanti nell'organizzazione sociale delle dinamiche d'individualizzazione e dell'exasperazione della concorrenza e della competitività del mercato.

#### 1.4 *La condizione individuale di rischio*

La progressione dell'erosione dei sistemi di sicurezza collettiva sopra descritta determina nuove fragilità sia individuali sia nei gruppi sociali; nuove condizioni di rischio si propongono agli individui per l'interferenza con la loro esistenza di tutti i fattori legati allo sfruttamento delle risorse naturali o ad altri elementi tipici delle società complesse come, ad esempio, lo strapotere dell'intervento tecnologico nella vita quotidiana<sup>17</sup>. La perdita della solidità nell'organizzazione sociale delle relazioni familiari, come lo sfaldamento dei vincoli interni alla comunità,

---

<sup>16</sup>Cfr. D. Garland, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Il Saggiatore, Milano 1999, pag. 237.

<sup>17</sup> Si veda a tal proposito Lyon «tutti i congegni e i sistemi tecnologici possiedono tendenze morali che (a mio modo di vedere) non producono direttamente comportamenti morali, ma vanno intesi come indicazioni morali. Se questa affermazione è corretta, allora le tecnologie, se utilizzate in un determinato modo, possono contribuire a produrre effetti negativi di distanziamento». Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere, la sorveglianza nella modernità liquida*, Editori Laterza, Roma 2013, pag.84.

contribuisce a creare una dimensione di esposizione al rischio per l'individuo, cui segue l'indebolimento della sua sfera privata. Una certa confusione si genera per la correlazione tra rischio e pericolo nella percezione individuale e questa stimola una domanda di sicurezza spesso irrealistica, a causa della condizione di solitudine in cui si trova il soggetto ormai sganciato dalle appartenenze collettive. Secondo Giddens:

Potremmo definire la *sicurezza* una situazione in cui una serie specifica di pericoli viene neutralizzata o minimizzata. L'esperienza della sicurezza si fonda in genere su un equilibrio tra fiducia e rischio accettabile<sup>18</sup>.

Qui la fiducia è correlata sia alle possibilità di trasformazione delle azioni umane sia all'adeguato funzionamento dei sistemi, che insieme possono garantire il risultato che l'individuo desidera ottenere ma non la reciprocità e l'intimità propria delle relazioni di fiducia personali. Nel rapporto tra domanda di protezione dell'individuo e offerta di protezione dello Stato si concentra la produzione di disagio; condizione cui concorre, a causa della crisi dello Stato sociale, la frustrazione originata dal mancato accoglimento della richiesta di protezione, che l'individuo considera missione naturale dell'istituzione. La parzialità delle risposte dello Stato tende a creare protezioni individualizzate, con lo stesso soggetto chiamato a pilotare la trasformazione delle proprie richieste, a sviluppare una motivazione autonoma all'uscita dalla condizione di bisogno. L'obiettivo di contrasto di condizioni deresponsabilizzanti è neutralizzato dal fatto che questi interventi sono rivolti a soggetti già privi di risorse cui, inoltre, si attribuisce la responsabilità esclusiva della condizione nella quale si trovano negando quindi la mancanza d'idonei supporti anche dal punto di vista dei diritti e del riconoscimento sociale.

Lo smantellamento, in corso, delle strutture di solidarietà e di welfare, attuato a tutti i livelli della vita sociale, affida al mercato il compito di regolare i processi di risposta ai bisogni sociali; processi cui fa seguito l'esclusione di larghe fasce sociali

---

<sup>18</sup> A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, cit., pag. 44.



da beni primari a fronte della possibilità, per altri, di arricchimento proprio per le occasioni fornite dallo stesso mercato. Allora dentro la comunità aumentano le polarizzazioni oltre ai ricchi e ai poveri, si avranno gli esclusi e gli inclusi e bisognerà fare i conti con le umiliazioni determinate da queste condizioni, con i danni prodotti dal mancato accesso a diritti fino ad ora ritenuti imprescindibili.

Come scrive a tal proposito A. Dal Lago:

[...] l'emergere di questi conflitti e la loro insolubilità strutturale (nel senso che la pluralità dei soggetti di tali conflitti mette lo stato nell'impossibilità di soddisfare complessivamente le loro richieste) crea dunque una stabile situazione di crisi di razionalità dell'ordine sociale»<sup>19</sup>.

La perdita della capacità di influenzare ed eventualmente correggere i meccanismi alla base delle diseguaglianze spinge a livello psicologico a vivere con precarietà qualunque momento della propria esistenza, s'indeboliscono tutte le reti di sostegno create in precedenza e basate su libere relazioni di cura e di reciprocità. La sicurezza dell'accesso ai diritti, propri e delle persone vicine, è messa fortemente in discussione dalla tendenza ad affidare al mercato anche la soddisfazione di bisogni di questa natura. Si possono intuire quali difficoltà le società contemporanee si troveranno ad affrontare se, a quanto detto, si aggiungono gli effetti che il progressivo uso della tecnologia comporta sotto il profilo di perdita di capacità e competenze sociali, ma anche di utilizzo di nuove reti di connessione. Bisognerà muoversi attraverso le contraddizioni che si vanno a determinare se si considera che, secondo L. L. Cavalli-Sforza e D. Padoan «stiamo creando appartenenze e modalità di comunicazione diverse da ciò che finora abbiamo conosciuto, in cui le stesse funzioni del pensiero e della condivisione simbolica sono strutturate in termini di comunità. Questo produrrà, e forse sta già producendo, un nuovo modo di pensare, e persino di organizzare le informazioni nel nostro cervello»<sup>20</sup>. L'incertezza, allora, condiziona il posizionamento dei

---

<sup>19</sup>Cfr. A. Dal Lago, *La produzione della devianza*, cit., pag. 114.

<sup>20</sup> Cfr. L. L. Cavalli-Sforza, D. Padoan, *Razzismo e noismo. Le declinazioni del noi e l'esclusione dell'altro*, Einaudi, Torino 2013, pag.51.

soggetti e la consapevolezza dell'appartenenza è continuamente messa in discussione, pertanto la costruzione di identità personale e collettiva diviene progetto indispensabile. Si può ipotizzare che questo eccesso d'incertezza e questo bisogno costante di sicurezza richiedano una ridefinizione delle parti in causa, della normalità e dell'anormalità, del noi e degli stranieri, e così via.

Siccome il mondo attuale risulta costituito da prodotti di consumo continuamente sottoposti ad usura e necessitanti ricambio anche l'identità può essere adottata e facilmente scartata. Diventa necessario evitare che questa si solidifichi e stabilizzi le condizioni di esistenza; a questo punto si ripresenta tra le altre, e per motivi e necessità completamente diverse dal passato, un'adesione simbolica all'identità del vagabondo. Nella società complessa il vagabondo è spinto allo spostamento dal deterioramento dei luoghi della vita sociale e quindi dalla diminuzione dei luoghi organizzati; nei suoi spostamenti e lungo la strada, il vagabondo s'incontra con diversi "altri" a lui simili. È così che si palesa la tendenza a una rimodulazione del territorio a misura del vagabondo. I fattori che influiscono sulla formazione della situazione morale, nelle società che Bauman definisce postmoderne, sono individuabili nelle strategie di vita piuttosto che nel modo burocratico di gestire i processi sociali. Queste strategie tendono a rendere i rapporti umani frammentari e discontinui, ostacolando la formazione di «reti di doveri e obblighi reciproci che siano permanenti»<sup>21</sup>.

Il rapporto tra l'individuo e l'Altro sfugge alla valutazione morale e la mancanza d'impegno per il benessere comune significa non assumersi alcuna responsabilità. Atteggiamenti di tale natura permeano la relazione tra individui e la relazione del soggetto con qualunque elemento dell'habitat al punto che è possibile affermare che nel rapporto tra lo Stato e il cittadino ciò che deve essere assicurato è la disponibilità di risorse idonee a condurre una vita piacevole; quando questa condizione non si realizza, si amplifica lo scontento.

Contrastare il potere del singolo, che non riconosce un limite alla possibilità di soddisfacimento, è stato già considerato da Freud essenziale per la convivenza

---

<sup>21</sup> Cfr. Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna 2012, pag. 49.

umana. La formazione di una comunità forte e unita nella condivisione dei limiti può realizzare la sostituzione del potere del singolo con quello della comunità e avviare al suo interno la rivendicazione di giustizia.<sup>22</sup> Alla frammentarietà e alle strategie individuali è da ascrivere la difficoltà se non proprio l'impossibilità, nelle società attuali, di trovare soluzioni comuni capaci di intervenire sui punti critici e di offrire prospettive di trasformazione.

### 1.5 *Lo straniero come pericolo*

Per quanto sino ad ora osservato, il problema di come considerare l'esistenza dello straniero è proprio di tutte le società; la sistemazione ai margini e fuori dall'organizzazione costituita può considerarsi l'elemento comune anche quando il suo status sia definito diversamente. Quando si superano i confini e i limiti imposti in un certo sistema organizzativo, si viene identificato come straniero. Nell'analisi di R. Castel

Si tratta di un'altra esemplificazione del tipo privilegiato di relazioni che una società intrattiene con i suoi elementi marginali e che potrebbe rinviare a un tratto antropologico permanente: il nemico interno è collocato ai margini del corpo sociale, all'interno di quei gruppi che sono considerati come stranieri perché spesso provengono da fuori, non sembrano condividere la cultura dominante e non entrano nei circuiti comuni degli scambi sociali<sup>23</sup>.

Il carico d'incertezze e di preoccupazione che questo passaggio comporta sollecita situazioni di contrasto che, generalmente, si orientano verso l'affermazione dell'ordine da parte dello Stato, nella maniera più autoritaria possibile. Infatti, lo straniero è considerato incapace di adeguarsi all'ordine e,

---

<sup>22</sup> «Il risultato finale dovrebbe essere un diritto al quale, sacrificando le proprie pulsioni, abbiano contribuito tutti - o quanto meno tutti coloro che possono inserirsi in una comunità - e che protegga tutti- di nuovo con la medesima eccezione -dalla forza bruta».

S. Freud, *Il disagio nella civiltà*, cit. pag. 38.

<sup>23</sup> Cfr. R. Castel, *L'insicurezza sociale*, cit., pag.47 nota 17.

quindi, è elemento di grave disturbo e, perciò, generatore d'incertezza. Come tale, per appagare il bisogno di sicurezza della comunità, diventa obiettivo primario dell'azione dello Stato.

Per Bauman, si può parlare di una vera e propria guerra dagli esiti assai logoranti. Le strategie perseguite, nel tempo, sono state determinate dal clima politico e culturale. Secondo l'orientamento liberale l'obiettivo era rendere lo straniero conforme all'ordine costituito, annullandone le specificità culturali, le tradizioni, le differenze linguistiche e rafforzando soltanto i legami funzionali a renderli simili al resto della comunità. Nell'ottica nazionalista/razzista ci si muoveva con l'obiettivo primario dell'esclusione o dentro spazi definiti e controllati o completamente fuori dai confini; in questa prospettiva è possibile il passaggio all'eliminazione fisica, per il convincimento che «non è possibile liberarli dai loro difetti»<sup>24</sup>.

Comunque lo Stato moderno era spinto ad affermare la possibilità di liberarsi dall'identità ereditata per acquisirne una più stabile che comportava un'assunzione individuale di responsabilità e poteva assicurare anche certezze, istaurando una reciprocità tra il progetto di ordine sociale e quello di vita individuale<sup>25</sup>. Nella società complessa la situazione è completamente diversa; intanto si riscontra, come abbiamo visto, un diffuso senso di sradicamento che ostacola la formazione d'identità personali capaci di dare sostanza a progetti di vita individuali; l'instabilità è estesa al di là del confine individuale e influenza la relazione tra individui come quella con il mondo circostante, anche nella prospettiva futura.

L'incertezza si rispecchia non solo nella considerazione di sé e delle proprie doti, ma anche nel non poter ipotizzare comportamenti e scelte in grado di consentire l'abbandono di tale dimensione. Le paure che si diffondono non tralasciano alcun aspetto della vita, si comincia con il terrore della guerra sotto casa, in considerazione di tutti i micro e macro conflitti in corso nell'epoca attuale, si prosegue con la constatazione della enorme differenza tra le nazioni ricche e quelle povere, con la realtà di enormi masse che pressano per il miglioramento delle loro

---

<sup>24</sup> Cfr. Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, cit., pag. 58.

<sup>25</sup> Cfr. Ivi, pag. 59.

condizioni di vita o comunque per l'accesso alla spartizione delle risorse. Con queste premesse diversi autori nei vari paesi rilanciano l'idea dell'imbarbarimento come epoca oscura nella quale si deve convivere con povertà, pestilenze e guerre

<sup>26</sup>. Più pessimista la posizione di F. Furedi per cui

In un mondo dove è sempre più difficile parlare una lingua che parla di giusto e sbagliato, condividere valori comuni basati su uno spazio morale, crediamo che l'unico modo tramite cui sia possibile per noi dare un qualsiasi tipo di definizione morale sia attraverso la paura. Il problema della paura diventa un veicolo attraverso cui diamo significato e definizione alla vita<sup>27</sup>.

D'altra parte ciò che rende gli stranieri un problema per gli stanziali, è che la loro presenza procura indeterminatezza nella percezione dei confini, mette in discussione lo spazio nel quale gli individui cercano di assicurarsi una posizione sociale legittima e sicura; crea una situazione dove il mutare delle condizioni può interferire con l'accesso alle risorse necessarie alla costruzione di identità solide. Se da una parte prende corpo il bisogno di costruzione di un'identità stabile, dall'altra la stabilità diviene un limite, poiché ostacola nel percorso esistenziale, al mutare delle condizioni ambientali, gli assestamenti possibili e necessari; ciò genera ansia nel soggetto. Partendo dalla considerazione che «La libertà è una *relazione*, ed è una relazione di potere»<sup>28</sup> è possibile individuare le situazioni in cui il soggetto perde la sua libertà o comunque sente la minaccia della perdita.

Quando si agisce secondo la propria volontà per perseguire liberamente il proprio obiettivo, altri potranno avere delle limitazioni nel raggiungimento dei loro obiettivi. Ne consegue che non è possibile misurare la libertà in termini assoluti, bisogna partire dalla comparazione delle possibilità che ognuno ha di perseguire i propri obiettivi. Risulterà libero il più forte e da quel momento nella relazione s'istaurano rapporti di potere.

---

<sup>26</sup> Cfr. Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, cit., pag. 62.

<sup>27</sup> Cfr. F. Furedi, "Le regole impalpabili per diffondere paura", in Z. Bauman, *Il demone della paura*, cit., pag. 81.

<sup>28</sup> Cfr. Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, cit. pag. 69.

A livello sociale si genera una condizione di debolezza diffusa che attribuisce allo straniero una contaminazione negativa anche quando questo trova uno spazio nel quale esercitare un'attività gradita agli stanziali. La paura dello scardinamento dell'ordine e la mancanza di potere decisiva per una relazione di libertà alimentano le posizioni razziste creando un circolo vizioso di difficile gestione sia per i singoli soggetti sia per la comunità. Compito delle leggi e delle istituzioni è sostenere l'esercizio della libertà degli individui, poiché è in questo agire con coscienza che può trovare fondamento la cittadinanza.

Nelle società complesse la presenza degli stranieri è un dato costante; per cui a parere di D. Altheide

L'architettura della paura inizia a modificare la nostra vita, ci blindiamo, la vita pubblica inizia a deteriorarsi, la gente diventa più sospettosa rispetto agli stranieri<sup>29</sup>.

Diventa prioritario, quindi, capire quali possano essere le strategie da perseguire per realizzare una convivenza continuata nel tempo. Sino ad ora, senza sortire effetti produttivi, sono state utilizzate nei confronti degli stranieri due strategie una volta a ridurre l'imprevedibilità del comportamento degli stranieri un'altra ad allontanarli il più possibile per evitare di occuparsene. Queste strategie si ascrivono all'approccio razionale, mentre altre, pur agite, se ne allontanano; tra queste ultime, quella di addebitare a determinate categorie la minaccia alle condizioni di sicurezza e quindi definirle come perseguibili. Di fatto si è assistito alla creazione all'interno delle città di zone, dove si è stratificata la presenza di comunità di stranieri il cui contatto con il resto della popolazione avviene soltanto secondo determinate modalità, cui i vari soggetti accedono in funzione dell'appartenenza all'una o all'altra parte.

Nello stesso territorio sono presenti individui con punti di riferimento, ossessioni, paure ed anche desideri completamente diversi e ciascuno rispecchia nello straniero l'immagine che da questi aspetti è evocata. Coloro che sentendosi

---

<sup>29</sup> Cfr. D. Altheide, "Come i media costruiscono e amplificano le paure", in Z. Bauman, *Il demone della paura*, cit., pag. 88.

costantemente indifesi all'interno delle città aspirano ad avere uno spazio sicuro, in genere individuato nella casa, vivono sotto la minaccia dell'intrusione disturbante, erigono confini e mettono a punto strategie di vigilanza. C'è anche chi approfitterà della prossimità allo straniero per carpire esperienze piacevoli dall'incontro con una realtà imprevedibile.

Situazioni ambivalenti che rientrano tra le difficoltà della società contemporanea in cui è difficile stabilizzare un'identità individuale ma soprattutto una collettiva; si è orientati più alla creazione di piccole comunità piuttosto che alla costruzione di una comunità il cui senso sia condiviso e l'appartenenza sia riconosciuta come soddisfacente. Una comunità che si costituisce sugli scambi di collaborazione e sulla reciproca difesa perché quando l'individuo si rispecchia in un altro lo riconosce come simile. Purtroppo i messaggi dei luoghi del potere provengono da prospettive che

Precludono la possibilità di una sicurezza esistenziale basata su fondamenta collettive e perciò non offrono nessun incentivo ad azioni di solidarietà; al contrario, incoraggiano i destinatari del messaggio a concentrarsi sulla propria sopravvivenza individuale in stile "ciascuno per sé, e al diavolo gli altri", in un mondo incurabilmente frammentato e atomizzato, e quindi sempre più incerto e imprevedibile<sup>30</sup>.

È importante, invece, che la presa in carico del problema della differenza si vada estendendo, giacché non è più procrastinabile l'attenzione al non conosciuto ed è improponibile la posizione, affermatasi fin dalle società moderne, di annientamento dello straniero, del diverso. Tenere le distanze e mantenere le differenze, unitamente al convincimento che coltivare le rispettive radici sia essenziale, sono alcune delle idee cui molti fanno riferimento per trovare nuovi modi di convivenza<sup>31</sup>; inoltre per mitigare il grave problema degli effetti della

---

<sup>30</sup> Z. Bauman, *Il demone della paura*, cit., pag. 21.

<sup>31</sup> « [...] un sentire sociale con cui l'io si mette in rapporto con l'altro, in funzione sia di piacere sia di apprendimento, cooperazione e difesa, che potremo chiamare empatia, e un sentire individuale, in cui la solidarietà e la compassione indicano una possibilità di essere chiamati fuori di sé, a immedesimarsi con l'altro non per possederlo né per

diseguaglianza è necessario che le posizioni basate sull'enfatizzazione dei particolarismi nel processo di emancipazione, siano tenute a bada. Bisogna cogliere, negli interstizi della complessità, le possibilità d'intervento efficace nel processo di emancipazione, affermando il diritto a scegliere la propria identità con una scelta personale e responsabile.

Si tratta, insomma, di una questione di diritti individuali per tutti che deve trovare affermazione, sfuggendo alla situazione in cui il diritto è utilizzato per porre limiti e condizionamenti in favore della difesa di una sola ipotetica comunità. Bisogna sfuggire quindi alla redistribuzione polarizzata delle libertà individuali poiché queste costituiscono precondizioni alle politiche di esclusione e non favoriscono il superamento dell'attuale situazione. Per dirla con L.L. Cavalli-Sforza «gli individui dovrebbero avere tutto il sostegno per agire in piena libertà, secondo coscienza e necessità, sostenuti dalla legge e dalle istituzioni, perché è solo nella libertà e nella conoscenza che si dà la cittadinanza»<sup>32</sup>

---

difendersene o trarne un vantaggio individuale o collettivo, ma per dargli il sostegno della presenza [...]». L. L. Cavalli-Sforza, D. Padoan, *Razzismo e noismo, Le declinazioni del noi e l'esclusione dell'altro*, cit., pag. 65.

<sup>32</sup> Cfr. Ivi, cit., pag. 197.



## CAPITOLO II

### 2. La società complessa e la pena

#### 2.1 Premessa

In questo capitolo si cercherà di tracciare come oggi si percepisce la problematica della pena, cercando di individuare come nelle istituzioni della società contemporanea siano accolte le istanze di punizione e come queste siano amplificate dalle politiche di tolleranza zero. Si farà riferimento alla creazione di consenso sulla sanzione e sulla sua applicazione. Pertanto si farà riferimento a un livello più generale di crisi del diritto, come la individuano autorevoli studiosi, alla soglia tollerabile di sofferenza che la sanzione può comportare e al carcere, come sistema prevalente di espiazione della pena.

#### 2.2 Illegalità ed esclusione

Le società contemporanee si sentono assediate da micro e macro illegalità, termini con cui si definiscono fenomeni assai diversi tra loro. La natura e gli effetti di tali fenomeni, riconducibili alla criminalità comune, a quella politico-amministrativa, a quella ambientale, producono all'interno delle comunità danni rilevanti sia dal punto di vista delle relazioni sia dal punto di vista simbolico. Se, come ci ricorda Gustavo Zagrebelsky, consideriamo che

la legislazione ha invaso tutti gli ambiti dell'esistenza umana, perfino i più privati e per lungo tempo refrattari a norme esteriori<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino 2009, pag. 8.

ci si rende conto delle difficoltà che gli individui incontrano ad orientarsi in una realtà sociale così complessa.

Uno degli ostacoli alla necessità di spazi di dialogo orientati a tradursi in nuovi sistemi di pensiero e di relazione, è l'incertezza sulla definizione del male e del bene che oscilla tra il convincimento che la distinzione non esista e che invece sia relativa e soggettiva. Sostenere l'una o l'altra di queste posizioni, senza disponibilità a una comunicazione funzionale all'individuazione di risposte condivisibili, lascia i soggetti, arroccati nelle loro posizioni, in una condizione di solitudine produttiva di grave insicurezza e fragilità. L'approccio individualistico risulta particolarmente negativo quando bisogna definire interessi comuni come quelli delle norme a tutela di beni giuridici, fondamentali per la convivenza civile. A parere di S. Hampshire

Gli individui possono evitare l'esperienza dolorosa del conflitto interno se in ognuna delle loro idee, aspirazioni, emozioni e opinioni personali sono governati da una conoscenza certa delle norme e dei principi consolidati<sup>34</sup>.

L'accettazione della superiorità di questi principi può essere il collante della comune umanità. Il riconoscimento del valore della norma e della tutela soggettiva che ne deriva è presupposto all'interesse del suo rispetto. Se a ciò si affianca l'indebolimento dell'idea di responsabilità, nel senso degli impegni che ciascuno è in grado di assumere nei confronti degli altri e quindi di risponderne, è possibile prevedere la facilità con cui si scivoli verso una dimensione nella quale l'altro da interlocutore si trasformi in elemento di pericolo. Rappresentazione che è possibile definire paradossale, poiché la globalizzazione ha reso più evidente come tutti gli esseri umani siano accomunati dalle paure sulle loro condizioni attuali e su quelle prevedibili nel futuro e quanto la necessità di ricerca di soluzioni comuni sia all'ordine del giorno. A rafforzare la visione esistenziale individualistica contribuisce il diffuso orientamento a considerare sempre più importante la

---

<sup>34</sup> Cfr. S. Hampshire, *Non c'è giustizia senza conflitto*, cit., pagg. 26-27.

dimensione dell'avere a discapito della dimensione dell'essere<sup>35</sup>; l'affermarsi dell'attribuzione di valore al possesso di determinati beni genera gravi situazioni di disegualianza e discriminazione, che è possibile considerare nocivi prodromi di situazioni criminogene.

La diffusione dell'esclusione quale conseguenza del diverso livello di accesso alle risorse, che caratterizza le società contemporanee, genera enormi flussi di soggetti che, alla ricerca di un sistema di vita migliore, cercano in tutti i modi e a costo di grandi sofferenze di entrare far parte delle aree privilegiate. Prende vita quel mondo straniero in cui è facile essere rappresentati come nemici, e nei confronti dei quali continuano ad essere perpetuate strategie di esclusione per impedire l'accesso alla società degli inclusi.

Sono smisuratamente aumentate le strategie di esclusione, non dissimili da quelle riservate ai criminali e ai devianti, con ricorso a un diffuso uso della reclusione, sostenute dalle considerazioni, nelle società attuali, della crescita quantitativa e qualitativa delle azioni definibili come illegali. L'illegalità colpisce i molti aspetti della vita organizzata e individuale; fenomeni quali i reati di natura corruttiva, presenti sempre più spesso nell'amministrazione della cosa pubblica, producono conseguenze dannose per la collettività. Essi stimolano un clima di sfiducia che, partendo dalla contrapposizione tra il cittadino e l'istituzione, si diffonde nella comunità deteriorando i rapporti interpersonali ed anche la fiducia del singolo soggetto sulle proprie capacità di partecipazione al benessere collettivo. Inoltre, come vedremo la riproposizione, in parti del mondo sempre più prossime, di crimini contro l'umanità contribuisce con la sua tragicità e devastazione ad alimentare quel clima d'incertezza esistenziale già descritto.

Gli effetti negativi della crisi di valori e di riferimenti certi<sup>36</sup>, che caratterizzano le società contemporanee, si rilevano anche nell'ambito della cosiddetta criminalità

---

<sup>35</sup> Cfr. I. Marchetti, C. Mazzuccato, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano 2009, pag.5.

<sup>36</sup>«Gli studi scientifici evidenziano come il clima familiare, relazionale, sociale, architettonico, ecologico e professionale abbiano una loro precisa, anche se diversificata, responsabilità nel dirigere il percorso

minorile o, più in generale, della devianza minorile, per la quale appare sempre più urgente cogliere il messaggio che i comportamenti agiti sottendono. La diffusione di reati sempre più incasellabili nell'adesione alla spinta all'avere piuttosto che all'essere devono essere considerati più che campanelli d'allarme sulla mancanza di strategie per la creazione di accettabili riferimenti etici e morali; senza però accantonare l'urgenza di dotarsi di strumenti idonei a garantire a soggetti così giovani, l'accesso al futuro in una adeguata dimensione. Inoltre, la frequenza con cui i comportamenti illegali appaiono agiti in una dimensione di irresponsabilità deve essere affrontata con particolare attenzione sia per l'importanza che nel processo minorile si attribuisce alle categorie di imputabilità e colpevolezza direttamente connesse all'attribuzione di responsabilità, sia per evitare una deriva verso forme di violenza etero ed autodirette.

### 2.3 *La idea di punizione*

Un potere di punire che si snodi attraverso tutta la rete sociale, agisca in ciascuno dei suoi punti e finisca per non essere più percepito come potere di alcuni su alcuni, ma come reazione immediata di tutti nei riguardi di ciascuno<sup>37</sup>

così definiva Foucault uno degli elementi da prendere in considerazione a proposito della diversità tra città punitiva e istituzione punitiva.

Oggi, nelle comunità si fa sempre più strada un bisogno emotivo e irrazionale di punizione che si orienta verso l'idea retributiva di rispondere al male con il male; ciò comporta che davanti a un'azione dannosa e negativa sia considerato giusto perseguire l'agente. Non s'ipotizza altra risposta se non attribuire una sofferenza. Questa idea retributiva tende a permeare tutti i tipi di relazione, da quelle internazionali a quelle economiche, a quelle condizionate dalle scelte politiche.

---

di vita» G. Zara, *La psicologia criminale minorile*, Carocci Editore, Roma 2006, pag. 106.

<sup>37</sup> Cfr. M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, (1975), trad.it. Einaudi editore, Torino 1993, pag. 142.

Il sistema articolato attorno al concetto di retribuzione è criticato, da molti studiosi, per la natura antidemocratica che rivela, giacché fondato sull'arbitrarietà dell'intervento e sullo spirito vendicativo; senza contare che potrebbe far ipotizzare una giustizia assoluta, libera cioè dalla necessità di verifica degli obiettivi. In effetti, l'ottica retributiva può orientare verso la realizzazione di politiche sul crimine di tipo vendicativo. L'incertezza che caratterizza le società contemporanee complesse, spinge a un bisogno eccessivo di penalità benché in queste società democratiche il profilo e il fondamento del diritto penale risulti ampiamente definito dalla dottrina.

Si può pensare che l'emotività di cui si caricano le odierne concezioni della pena sia indirizzata verso l'individuazione di un obiettivo di ordine e di purezza, e a questo fine «l'autorità coercitiva della punizione, l'ansia del *controllo* vogliono rappresentare la 'via breve' (falsamente) rassicurante»<sup>38</sup>. È questo che si offre alla comunità una rassicurazione simbolica che poco incide nella prevenzione delle attività illegali; piuttosto che esigere regole condivise, si richiedono afflizioni immediate per quei soggetti ritenuti molto nocivi per la società. In genere, però, non ci si riferisce alla grande criminalità nazionale e internazionale ma alla microcriminalità cui appartengono soggetti sbandati e ai margini della collettività la cui prossimità, è causa di un eccesso di visibilità. I bisogni di punizione s'identificano con i bisogni di pulizia, con la ricerca di una purezza che compensi l'incerta visione della realtà. Più severa e politica la posizione di A. Dal Lago quando ritiene che

L'amplificazione della pericolosità del delitto e le misure repressive sono sistemi e strategie di intervento che si rinforzano a vicenda e che hanno la funzione di deviare l'attenzione del pubblico dai conflitti reali. L'intervento dello stato in campo penale ha oggi una funzione sostanzialmente politica. Esso non ha lo scopo di eliminare la criminalità, ma quello di costituire costanti riserve di

---

<sup>38</sup> Cfr. I. Marchetti, C. Mazzucato, *La pena 'in castigo', Un'analisi critica su regole e sanzioni*, cit., pag. 28.

consenso e di legittimazione in una situazione in cui il richiamo ai valori dell'ordinamento giuridico e sociale è divenuto impraticabile<sup>39</sup>.

Appare, comunque, abbastanza certo che le politiche ispirate alla tolleranza zero conseguono scarsi risultati nella prevenzione dei crimini e non favoriscono l'affermazione di strategie di prevenzione generale; l'intervento limitato all'inasprimento delle sanzioni alimenta una legislazione dalle caratteristiche emergenziali e contraddittorie, disfunzionali alla creazione di accettazione e condivisione spontanea dell'assetto normativo.

Già Foucault appropriatamente rimarcava:

che la punizione riguardi l'avvenire e che una almeno delle sue funzioni principali sia prevenire, era, da secoli, una giustificazione corrente del diritto di punire. Ma la differenza è che la prevenzione che ci si attendeva come effetto del castigo e della sua risonanza – dunque della sua dismisura –, tende a divenire ora il principio della sua economia e la misura delle sue giuste proporzioni<sup>40</sup>.

La scelta di punire diffusamente con il fine di impedire l'infrazione, secondo l'analisi di Foucault, segna la trasformazione da rituale, con cui si vuole mostrare la forza del potere, a segno che ostacola la violazione. Brevemente, e per il rilievo che ha nell'evoluzione del dibattito sulla pena, bisogna ricordare che per Foucault la storia della punizione consta di tre momenti distinti ma pur sempre collegati, modalità con cui si esercita il potere di punire o come preferisce definirle tecnologie di potere.

Nel primo momento, individuato nello scenario del supplizio, la punizione era la replica del crimine, al soggetto che aveva osato violare la legge si mostrava la forza del dominante potere assoluto del sovrano e per questo la cerimonia punitiva doveva terrorizzare; non s'intende ristabilire la giustizia, si vuole riattivare il potere.

---

<sup>39</sup> Cfr. A. Dal Lago, *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, cit., pag. 121.

<sup>40</sup> Cfr. M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, (1975), cit., pag.102.

Nel secondo momento, quello dei riformatori illuministi, la punizione, la cui procedura è rivolta a considerare gli individui come soggetti di diritto, si manifesta come strumento economico ed efficace nell'ispirare sicurezza, e anche se appare meno severa assume un carattere di maggiore universalità poiché interessa tutti i cittadini «il colpevole non è che uno dei bersagli del castigo: questo riguarda soprattutto gli altri, i possibili colpevoli»<sup>41</sup>. Giacché il delitto minaccia tutta la società, quest'ultima è presente nella punizione; questa funzione generalizzante pone l'esigenza di individuare sia la misura sia l'economia affidabile al potere di punire.

Nel terzo momento, si spiega la forza affermativa del potere disciplinare che, con l'uso di semplici strumenti, controlla e disciplina l'organizzazione del tempo e dello spazio degli individui, attraverso la loro catalogazione in istituzioni quali le prigioni, gli ospedali, i manicomi, i collegi, ecc.. I soggetti sono fortemente individualizzati e il potere diventa più anonimo, ancorché onnipresente. Con le discipline si definiscono e si reprimono comportamenti che, nei grandi sistemi, non erano stati oggetto di attenzione<sup>42</sup>. La punizione diventa quindi una tecnica di coercizione degli individui; attraverso l'addestramento del corpo si devono modificare abitudini e comportamenti. Il modello di punizione rappresentativo viene scalzato da quello coercitivo che richiede un potere di gestione della pena. È dai meccanismi del potere disciplinare che, secondo Foucault, viene fuori la prigione quale luogo dove si esercita il potere di punire.

La necessità disciplinare e la presenza di una ragione contrattuale è, secondo gli autori di orientamento marxista, la condizione che determina come ipotesi dominante di sanzione penale la privazione di un *quantum* di libertà. La libertà impedita attraverso la pena del carcere è in grado di rappresentare «la forma più

---

<sup>41</sup>Cfr. Ivi, pag.118.

<sup>42</sup> «Si tratta di rendere penalizzabili le più minuscole frazioni della condotta, e, nello stesso tempo, di conferire una funzione punitiva ad elementi, in apparenza indifferenti, dell'apparato disciplinare» M. Foucault, *Surveiller et punir.Naissance de la prison*, cit., pag. 195.

semplice ed assoluta di valore di scambio (leggi: valore del lavoro salariato)»<sup>43</sup>. Secondo questa elaborazione teorica il carcere risponde all'affermazione di una gerarchia di valori, propri del sistema capitalistico, da tutelare penalmente; essa si propone come modello di pena formalmente democratica, condizionato però dall'apparato che gestisce l'esecuzione dove si posizionano i momenti della disciplina, la disuguaglianza, l'inferiorità, la subordinazione sostanziale e l'arbitrarietà fattuale. Si valuta che nel rapporto punitivo il soggetto libero, qualora fosse condannato, diventerebbe soggetto subordinato fin dal suo ingresso nell'istituzione penitenziaria. È in questa dimensione che

La pena, come apparato disciplinare che si modella sull'esempio della manifattura-fabbrica, in quanto perdita totale di autonomia, rappresenta il -punto più elevato- di subordinazione, e quindi di sofferenza<sup>44</sup>.

#### 2.4 Il diritto e la complessità

Tra le posizioni di rilievo più recenti, si ricorda quella di G. Mosconi che si ascrive tra coloro che pensano che, più si mette a confronto il diritto penale con la dimensione della complessità, sempre più si affermerà il ridimensionamento della violenza. Nello stesso tempo ritiene importante porre al centro dell'attenzione la tematica del fondamento e della quantità di sofferenza<sup>45</sup> che legittimamente è possibile imporre, poiché utilizzabile come parametro della giustizia<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> D.Melossi, M.Pavarini, *Carcere e fabbrica*, Il Mulino, Bologna 1979, pag. 243.

<sup>44</sup> Cfr. D.Melossi, M.Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, cit., pag. 245.

<sup>45</sup> Tema della sofferenza già presente in Cesare Beccaria «Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto». C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano 2011, pag.14.

<sup>46</sup> <sup>46</sup> Cfr. G. Mosconi, *Dentro il carcere oltre la pena*, CEDAM, Padova 1998, pagg. 68 e ss.



La questione della pena, se guardata da un punto di vista individuale, non può non cogliere la trasformazione avvenuta con la nascita dello Stato moderno quando tutelare il bene comune si è affermato come priorità sulle esigenze dei singoli. Il diritto, infatti, subisce una trasformazione sostanziale al momento del passaggio dal modello liberale a quello assistenziale, deve infatti supportare l'intervento dello Stato legittimandone le funzioni rivolte alla tutela degli interessi pubblici e di quelli privati. In questa funzione si esige l'intervento, nei conflitti interni al sistema sociale, che risulta particolarmente complesso nel dispiegamento, sia per la possibilità che gli strumenti a disposizione non siano idonei all'attuazione dei contenuti prescrittivi, sia per l'abbondanza di norme sollecitate dai molteplici bisogni di tutela che nel sistema si profilano come emergenze. Questi, insieme con altri problemi quali ad esempio la percezione da parte dei cittadini dell'efficacia della norma, generano condizioni di crisi nell'ambito del diritto.

Considerare ancora oggi prevalente l'interesse pubblico determina, inoltre, risposte più severe di quelle che comporta la protezione dell'interesse individuale e soggettivo. Di questo ne fanno le spese sia i soggetti devianti sia le vittime dei reati; quindi uno spostamento verso un maggiore rispetto dei diritti del singolo individuo non può che stimolare risposte meno violente sotto il profilo dell'afflittività ma anche una accoglienza più adeguata del trauma del danneggiato.

Dal punto di vista della morale è possibile affermare che oggi il diritto si sia progressivamente allontanato dai riferimenti etici e le sue risposte sono modulate in base agli obiettivi che la realtà sociale si prefigge di conseguire, per questo gli interventi possono apparire spesso caotici e contraddittori<sup>47</sup>; questa situazione, però, potrebbe essere valorizzata come un dato positivo giacché consente l'allontanamento dal carattere repressivo e ideologico.

Mantenere il rapporto tra diritto e società sul filo dell'indeterminatezza è garanzia della presa in carico di tutte le trasformazioni sociali che si vanno producendo nelle odierne società e del bisogno di sperimentare altri strumenti di

---

<sup>47</sup> Cfr. G. Mosconi, *Dentro il carcere oltre la pena*, cit., pagg. 232-233.

controllo immuni alle derive autoritarie. Bisogna anche considerare come la violenza abbia, nel tempo, creato un linguaggio e una comunicazione ormai abbastanza diffusa a livello sociale e quindi il bisogno di nuovi codici comunicativi non può che tornare utile a una dimensione della non violenza, tale da consentire cambiamenti significativi nell'organizzazione sociale.

## *2.5. Il consenso sociale*

Il rapporto tra cittadino e Stato prevede nell'ambito dell'ordinamento penale una reciprocità di cui difficilmente si può fare a meno. Garantire sicurezza significa avere collaborazione nel fare emergere le aree dell'illegalità, sia attraverso le denunce sia con il sostegno a politiche sociali capaci di prevenire comportamenti criminogeni, veicolando motivazione al rispetto delle norme. La necessità d'interventi politico- sociali che, individuando le aree più problematiche, proponano strategie idonee alla risoluzione dei conflitti è condizione essenziale per il contrasto di quei fenomeni, così diffusi nell'ultimo periodo, in cui appare insufficiente l'azione repressiva. Consideriamo quanto di paura e di impotenza alberghi nell'immaginario collettivo alla vista degli effetti devastanti, sui singoli e sulle comunità, ad esempio degli atti di terrorismo portati a termine con azioni suicide.

Più aumenta la complessità all'interno del sistema sociale maggiore sarà la necessità di risposte differenziate; il terreno di incontro è tra le istanze interne al sistema e quelle ad esso esterne. La ricerca di un equilibrio, non adeguatamente orientata, induce il sistema a continui ondeggiamenti tra riduzione della complessità e necessità di generalizzazione. La sfera della politica influenzata dalle ambivalenze del sistema si muove tra l'accentramento e il decentramento il cui obiettivo è da considerare la creazione di una diffusa rete di controllo sociale. Alla costituzione della struttura di controllo nelle società contemporanee contribuiscono in misura rilevante i mass-media che, operando nell'ambito

dell'attribuzione di valore simbolico a quanto materialmente agito ma anche a quanto pensato, riescono a raggiungere in maniera veloce e diffusa l'intero corpo sociale. Assume rilevanza la posizione che individua come

[...] in questo contesto di manipolazione politica delle scelte mediante l'impiego di sistemi di comunicazione sempre più complessi, che si estende dai centri di potere fino a influenzare le relazioni sociali e interpersonali, rientra oggi la formazione del consenso<sup>48</sup>.

Nello stato liberale il diritto tende a perdere i requisiti di generalità e astrattezza per adeguarsi ai bisogni particolaristici delle situazioni da esso regolate. Si perde la legittimazione astratta mentre è la funzione operativa concreta che crea le condizioni di autolegittimazione. Oggi, la creazione del consenso sociale non avviene a partire dai valori intrinseci all'idea di giustizia ma suscitando una emotiva adesione attorno a elementi del sistema sociale il cui contenuto simbolico risulta di immediata interiorizzazione a livello di massa; ad esempio, pericolo delle azioni terroristiche, delle mafie, della droga, dell'immigrazione insomma di tutte quelle situazioni considerate minacce alla libertà e al sistema economico della società occidentale. Ciò che si determina nelle società contemporanee è, secondo A. Dal Lago, una situazione in cui

il rapporto tra potere, repressione e creazione della devianza è molto più complesso e nascosto, ma la capacità di manovrare e utilizzare la "drammatizzazione del male" è infinitamente più sviluppata<sup>49</sup>.

Da un punto di vista teorico il diritto dovrebbe favorire la riduzione della complessità, ma l'essere chiamato a un'operatività nelle più specifiche situazioni soggettive e di gruppo non gli consente tale funzione, anzi ne determina la

---

<sup>48</sup> A. Dal Lago, *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, cit., pag. 120.

<sup>49</sup> Cfr. A. Dal Lago, *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, cit., pag. 101.

funzione opposta di moltiplicatore di complessità che, come abbiamo visto, è ambivalenza presente anche nella struttura dello Stato postmoderno.<sup>50</sup>

L'obiettivo di riduzione del conflitto non è perseguito e la frammentarietà degli interventi, che per altro richiedono continui interventi legislativi, aumenta la complessità del sistema giuridico che per assicurare una certa omogeneizzazione deve affidarsi a riferimenti simbolici che possano far percepire una certa unitarietà. Sono le funzioni simboliche a essere importanti per la collettività in quanto volte alla tutela di valori generali ed astratti diversamente dalle funzioni strumentali che sono quelle attraverso cui si esplica la protezione di interessi particolari. Mosconi partendo dalla considerazione che

nell'ambito della legittimazione strumentale la deterrenza viene classificata come prevenzione generale negativa, la riabilitazione come prevenzione speciale positiva, l'incapacitazione come prevenzione speciale negativa. Il criterio della pena giusta, ispirato al principio della retribuzione, sarebbe invece espressione della legittimazione simbolica positiva<sup>51</sup>

offre un punto di vista particolarmente interessante sulla creazione del consenso. Sarebbe individuabile un sistema penale che affida al livello simbolico la rappresentazione della giustizia e dell'equità della legge penale e al livello strumentale il controllo e la neutralizzazione dei comportamenti pericolosi attraverso il valore delle misure adottabili.

Perseguendo il criterio dell'analisi concreta si procede verso l'approccio a due sistemi di diritto penale. Il primo, in cui la prevalenza dell'intervento strumentale opera con norme per le quali tutelare l'interesse è prevalente rispetto alla sanzione restrittiva da applicare, ci si riferisce, quindi, a tutte quelle problematiche che potremmo genericamente definire di tipo amministrativo della cosa pubblica. Il secondo livello, con norme di carattere più restrittivo con riferimento a tutte quelle situazioni che producono allarme sociale e tendono a definire figure di nemici pubblici per lo stato di pericolosità che rappresentano.

---

<sup>50</sup> Cfr. G. Mosconi, *Dentro il carcere oltre la pena*, CEDAM, cit., pag.100.

<sup>51</sup> Cfr. Ivi, pag. 102.

Esiste, quindi, una produzione di norme che tende a introdurre nel sistema l'attenuazione delle misure afflittive e dell'aspetto repressivo collegate in particolare a quanto riferibile al primo livello. Per il secondo si assiste al sovrapporsi d'interventi e provvedimenti che devono rispondere al bisogno di sicurezza e perseguire quindi l'obiettivo primario di creazione del consenso. Per contrastare le situazioni conflittuali si assiste, pertanto, alla messa in atto d'interventi contraddittori, determinati dalle priorità che le scelte politiche definiscono, incorrendo nel rischio di influenzarne negativamente la legittimazione.

## 2.6 *La sanzione*

Tutte le società hanno ritenuto, il rispetto delle regole da parte dei membri, funzionale all'esistenza e al mantenimento della coesione interna. La norma giuridica è un imperativo di condotta che s'impone ai soggetti in forza di un potere superiore sotto la forma di comando, positivamente, o come divieto, negativamente. Come dice Resta

Infatti lo stato di diritto che poggia sulla legalità, in maniera opposta rispetto allo "stato etico", non impone consenso nei confronti dei suoi contenuti ma esige esclusivamente rispetto delle sue regole procedurali lasciando liberi i cittadini di conformarsi o meno alle previsioni normative e di rischiarne la sanzione<sup>52</sup>.

Allora, poiché comporta l'osservanza, la norma prevede anche le conseguenze della disobbedienza sotto forma di sanzione. S'instaura pertanto uno stretto rapporto tra l'imperativo della norma e il comportamento del soggetto. Davanti alla minaccia esplicitata dal precetto, per evitare di subire gli effetti della sanzione i

---

<sup>52</sup> E. Resta, "La legalità apparente" in *Dei Delitti e delle pene* n.3/94, Gruppo Abele Periodici, Torino 1996, pag. 116.

membri della società si conformano alla norma. Nel caso di violazione della legge, cioè di commissione di reato, si ricorrerà alla sanzione come conseguenza giuridica, che per affermare il suo valore si applicherà anche con la forza. Quando si prescinde dalle conseguenze minacciate per il reato, si tende a spostare l'attenzione dalla sanzione al precetto che indirizzerà verso comportamenti e condotte conformi alla legge. In queste ipotesi, però, il diritto si grava di una tendenza moralizzatrice che potrebbe prefigurare conseguenze negative, a livello sociale, nelle situazioni di forte controllo ideologico.

Tra le varie definizioni esistenti in dottrina della sanzione appare utile ricordare le tre categorie fondamentali e cioè la sanzione preventiva, per la quale il comportamento illecito non si realizza; la sanzione diretta, quando si costringe chi ha violato la norma a ripristinare la situazione su cui incombeva il divieto di modifica e la sanzione indiretta quando si prevede una qualche forma di compensazione o sotto il profilo economico o sotto quello sociale. In sintesi la sanzione può essere risarcitoria, quindi finalizzata a reintegrare il danno subito da un soggetto in conseguenza dell'illecito, colpisce in tal modo le conseguenze del comportamento illecito, cercando di compensarle; oppure può essere punitiva, finalizzata cioè all'afflizione del trasgressore per la diminuzione di beni giuridici di diversa natura, la sanzione punitiva colpisce il comportamento illecito in sé.

Potendosi la pena considerare tra gli strumenti a disposizione dell'apparato coercitivo dello Stato per perseguire le violazioni delle norme giuridiche, cioè i reati, è possibile annoverarla nel genere delle sanzioni e contemporaneamente ritenerla la più grave delle sanzioni, dal punto di vista morale e sociale. A essa da più parti si affida il compito di garantire la convivenza civile, con lo stesso convincimento bisognerebbe però non trascurare i problemi, che pure le sono connessi, riguardanti la libertà, la sicurezza e la dignità dei cittadini. Elementi che vengono accantonati poiché la reazione emotiva davanti alla violazione dei precetti in vigore in un dato momento non induce alla riflessione sulla loro storicità. Non si percepiscono come passibili di mutamenti nel tempo giacché frutto dell'organizzazione sociale, dei riferimenti culturali e quindi della coscienza

collettiva; si assumono perché offrono significato al vissuto individuale. Si conferma la posizione di quanti pensano che la punizione sia una dimostrazione dei rapporti di potere vigenti in un dato momento e in questa dimensione regola la percezione di quanto sia da considerare disumano nella sua applicazione. A. Othmani nella sua analisi fa riferimento a ricerche effettuate in vari Paesi e quindi osserva che diffusamente

Il povero non soltanto non ha soldi, ma non conosce neppure la giustizia, indipendentemente dal fatto che sia vittima o delinquente. È questa la disuguaglianza di fronte alla legge, ed è un fatto assai più comune di quanto si pensi, perché non riguarda soltanto i delitti gravi o i crimini che comportano pene detentive<sup>53</sup>.

La cultura dominante e la sensibilità condizionano i livelli tollerabili di sofferenza che la pena può comportare. Considerando che è all'interno del contesto storico che si matura la percezione del senso morale delle istituzioni punitive, la loro evoluzione, nelle società ormai complesse può essere possibile se si presta particolare attenzione ai meccanismi di apprendimento collettivo. Come riassume A. Ceretti

La pena, insomma è molto di più che una successione di eventi che accadono a chi ha commesso un reato; essa aiuta altresì a formare (e a de-formare) le visioni sociali e politiche della società in generale<sup>54</sup>.

Pertanto riguardo alla pena, le variabili da considerare sono di varia natura. Intanto il *quantum* di afflittività che essa può comportare si relaziona direttamente al valore dell'oggetto della violazione, non soltanto quello stabilito dalla norma ma anche il valore attribuitogli e interiorizzato a livello sociale. Sottolinea D. Garland che

---

<sup>53</sup> Cfr. A. Othmani, *La pena disumana. Esperienze e proposte radicali di riforma penale*, Elèuthera editrice, Milano 2004, pag. 63.

<sup>54</sup> Cfr. A. Ceretti, "Presentazione" a D. Garland, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Il Saggiatore, Milano 1999, pag. 17

Il reato e la pena, già lo sappiamo, sono eventi che suscitano una risposta emotiva nel pubblico in generale e tra coloro che ne sono direttamente coinvolti. Il conflitto che nasce tra sentimenti opposti, quali la paura, l'ostilità, l'aggressività e la collera da un lato, la pietà, la compassione e il perdono dall'altro, aiuta a definire la risposta adeguata nei confronti del reo. Inoltre, l'impiego della violenza (o l'inflizione della sofferenza e del dolore che la pena comporta) è condizionata dai livelli di violenza e di sofferenza ritenuti tollerabili dalle sensibilità e dalla cultura dominanti<sup>55</sup>.

Su tali questioni appare dirompente la posizione di A. Brossat per il quale le trasformazioni, che si producono nell'ambito delle sanzioni e delle punizioni, solo illusoriamente si possono considerare in termini di "progresso". Sono le sensibilità e le modalità di dominio che cambiano:

Ciò che il soggetto ipersensibile della nostra modernità non sopporta è in primo luogo la propria – sofferenza- di fronte allo spettacolo della brutalità estrema e della crudeltà, e solo secondariamente la violenza esercitata su un essere umano in quanto altro-da-sé. Non è affatto la capacità di consoffrire (Mit-leid, pietà in tedesco) che è qui all'opera quanto piuttosto la sofferenza che costituisce per sé la vista o l'idea di una punizione cruenta inflitta a un corpo<sup>56</sup>.

Se la relazione tra questi valori è lasciata libera di agire, come di fatto avviene in molte situazioni di conflitto, si corre il rischio di scivolare verso una punizione sproporzionata nell'uso della violenza che relega in secondo piano le funzioni di controllo e contenimento della violenza stessa che, pure come fondamento teorico, alla pena sono state riconosciute. L'accettazione della violenza rappresentata dall'istituzione carceraria e il limite che si pone a riconoscerla o negarla si possono considerare indicazione della percezione sociale della devianza e della sanzione. Si può affermare che i temi della giustizia e dell'equità delle procedure variano insieme al variare dei punti di vista morali e delle concezioni del bene, sono, cioè, strettamente connessi ai periodi storici che le comunità umane attraversano; per cogliere come sia maturata, almeno nella cultura delle società occidentali, la

---

<sup>55</sup>Cfr. Ivi, pag. 256.

<sup>56</sup> Cfr. A. Brossat, *Scarcerare la società*, Elèuthera editrice, Milano 2003, pag. 23.



persistenza di alcune declinazioni della funzione e del bisogno di pena può essere utile uno sguardo alle sue origini.

## CAPITOLO III

### 3. La pena nell'antichità

#### 3.1. Premessa

Il torto fatto e subito dagli esseri umani è sempre stato presente nella storia dell'umanità, tuttavia diverse sono state le modalità di contrasto e di punizione adottate nel corso dei secoli. Il capitolo cercherà di tracciare le risposte alle azioni dannose, descrivendo il passaggio dal sistema della vendetta privata, tipico delle prime forme di vita associata, al sistema codificato che sarà adottato contemporaneamente al crescere della complessità delle società. Si descriverà sinteticamente il percorso di elaborazione delle idee utile a pervenire a una pratica condivisa di reazione ai torti subiti e a contrastare le azioni ritenute illegali, e si descriveranno, laddove presenti, le prime norme giuridiche. In questo modo, si cercherà di rendere visibili le tracce della cultura greca e romana che ancora persistono nelle attuali concezioni della pena.

#### 3.2 Le società antiche

Nelle società tribali il torto subito dal singolo soggetto trovava la sua risposta nella vendetta privata<sup>57</sup>. Tuttavia, poiché ogni gruppo sociale ha sempre avuto bisogno di meccanismi regolatori della vita dei consociati, l'approvazione, la condivisione e la previsione di tale comportamento, sebbene non fossero regolati

---

<sup>57</sup>«La ragione più elementare che-come si ritiene comunemente- spinge alla vendetta nelle società tribali, vale a dire la necessità, in caso di omicidio, di ristabilire un equilibrio numerico alterato dall'omicidio». E. Cantarella, *I greci, noi e la pena di morte*, Argos, 2009, versión Online ISSN 1853-6379, pag.1.

normativamente, possono essere considerati secondo gli antropologi del diritto una forma di diritto primitivo.

La comunità trovava giusto attribuire al singolo soggetto o al suo gruppo parentale il potere di contrastare la violenza messa in atto e ciò assicurava il ritorno all'ordine. In queste società il confine tra diritto e religione era molto labile e i beni morali e giuridici condivisi trovavano il loro fondamento soprattutto nei tabù religiosi, la cui violazione comportava una punizione visibile e pubblica. In genere per i reati gravi era prevista la pena di morte, spesso inflitta con rituali caratterizzati dalla presenza di elementi magici e soprannaturali <sup>58</sup>. Più le comunità umane si allargavano e più complesse diventavano le relazioni tra individuo e società, più si faceva urgente la necessità di determinare norme, imperativi, proibizioni che garantissero la pacifica convivenza. Seppur frammentate, sono pervenute a noi diverse prove dell'esigenza di regolare i vari aspetti della vita associata.

Tra le più antiche testimonianze di codifica di leggi, si colloca, il Codice di Ur-Nammu: una raccolta di leggi sumere trascritte su un cilindro di argilla. Il codice, risalente all'incirca al 2000 a.C., presenta delle caratteristiche interessanti; dalla trascrizione di alcune delle 32 leggi pervenute si apprende che, in esso, si prevedeva la pena di morte soltanto in pochi casi (omicidio e violenza sessuale su donne libere e sposate); per tutti gli altri reati si prevedeva la compensazione patrimoniale quantificata secondo dettagliate tabelle <sup>59</sup>. Non conteneva considerazioni sulla volontarietà o meno dell'atto dannoso, probabilmente perché ciò avrebbe comportato una maggiore considerazione dell'individuo e delle sue caratteristiche sociali e personali; sembra, quindi, aver rilievo come in tutte le società primitive, la necessità di eliminare il pericolo che l'atto offensivo

---

<sup>58</sup> Alcune popolazioni, ad esempio, ricorrevano al giudizio divino mediante un'ordalia nel fiume nel caso di reati molto gravi in assenza di testimoni o di prove.

<sup>59</sup> Cfr. MAAT, Mesopotamia, Le leggi dei sumeri, in [www.maat.it/livello2/leggi-sumere.htm](http://www.maat.it/livello2/leggi-sumere.htm) e [thule-italia.com/wordpress/ur-nammu](http://thule-italia.com/wordpress/ur-nammu)

rappresentava per l'integrità della comunità. Secondo il sociologo francese E. Morin, infatti:

Le civiltà tradizionali vivevano nella certezza di un tempo ciclico, al quale bisognava assicurare il buon funzionamento con sacrifici talvolta umani<sup>60</sup>.

Nel successivo Codice di Hammurabi<sup>61</sup>, per l'eventuale attribuzione della pena l'atto era valutato attraverso la distinzione fra intenzionalità, casualità e responsabilità. Il testo dava al lettore l'idea di un mondo ordinato grazie al controllo del sovrano; le doti e le capacità di quest'ultimo erano illustrate nel prologo e sarebbero state queste ad assicurare buon governo e prosperità. Inoltre, a testimonianza dello stretto legame tra diritto e religione, nella stele del codice il dio solare della giustizia Shamesh porgeva simbolicamente al re la raccolta di leggi, mostrandone così la sacralità.

Le 282 leggi ritrovate, prive di un ordine sistematico, riguardavano il diritto penale, commerciale e civile; esse riservavano un'attenzione particolare ai rapporti familiari. Le prescrizioni riguardavano quindi i vari momenti della vita; il suddito, consapevole della natura delle sanzioni previste per i comportamenti illeciti, doveva adeguare la propria condotta.

La pena prevista per i vari reati era di solito identica al danno procurato, anche se la declinazione della "legge del taglione" appare più articolata per la presenza della distinzione tra azione volontaria e involontaria. Le prescrizioni contenute nelle leggi facevano riferimento all'appartenenza sociale e alla distinzione tra uomo libero e schiavo. Le molte infrazioni considerate più gravi prevedevano tutte la morte da infliggere per annegamento, vivicombustione o impalamento del reo, per

---

<sup>60</sup> Cfr. E. Morin, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Cortina Editore, Milano 2001, pag.81.

<sup>61</sup> Codice stilato durante il regno di Hammurabi, re babilonese dal 1792 al 1750 a.C., è una delle prime raccolte organiche di leggi, pervenuta su una stele scritta in caratteri cuneiformi. Cfr. Le leggi di Hammurabi, re di Babilonia, copia digitale, in <https://archive.org>

le infrazioni più lievi erano previste pene risarcitorie di natura patrimoniale. Non era prevista in alcun momento la detenzione.<sup>62</sup>

Questi due Codici possono senz'altro considerarsi un passo in avanti rispetto alla vendetta privata, che poteva colpire indiscriminatamente non solo l'autore del danno, ma anche il suo gruppo di appartenenza. Essi erano funzionali al controllo sociale, nel momento stesso in cui istituivano delle regole la cui inosservanza veniva perseguita con regolarità e con le stesse modalità per tutti; essi attribuivano, inoltre, ad alcuni individui il potere di usare la forza onde ripristinare le condizioni minacciate dai torti messi in atto.

Il potere dissuasivo della minaccia di applicazione di sanzioni afflittive per violazioni della legge, favorito dalla pubblica esposizione delle norme, farebbe pensare a una primitiva idea d'intimidazione o prevenzione generale indirizzata alla totalità dei consociati.

### 3.3 *La società greca*

Con i greci si avviò il lungo dibattito sulla funzione della pena. Le prime tracce sono presenti nella letteratura greca; ad una prima fase in cui, come nelle società mesopotamiche, si rispondeva alle offese subite con la vendetta privata, seguì la caratterizzazione della vendetta come ristabilimento dell'onore oltraggiato. Nei poemi omerici, si racconta di una società ancora fondata su ciò che alcuni antropologi indicano come "civiltà di vergogna" e "civiltà di colpa"<sup>63</sup>. La prima definizione fa riferimento a una società regolata da modelli positivi; la seconda, ad una imposizione di divieti necessari per non mettere in discussione la superiorità dell'intervento divino. L'eroe greco, per assolvere alla sua funzione pedagogica, poneva in essere una vendetta proporzionata all'offesa subita, dimostrando così di

---

<sup>62</sup> Le 282 leggi sono state visionate sul sito [it.wikipedia.org/wiki/Utente:Filippof/Preambolo-Hammurabi](http://it.wikipedia.org/wiki/Utente:Filippof/Preambolo-Hammurabi)

<sup>63</sup> Cfr. M. A. Foddai, *Tracce di responsabilità*, in *Diritto@Storia* n.6 del 2007, nota 108 relativa a E. R. Dodds, *I greci e l'irrazionale*, La Nuova Italia, Firenze 1978, pag. 35, in [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it)

essere più forte e valoroso. La vendetta era un dovere morale e sociale e aveva, infatti, la funzione di dare soddisfazione alla vittima, reintegrare l'onore perduto<sup>64</sup> o intaccato e, in caso di omicidio, compensare il dolore del gruppo di appartenenza della vittima. In questo caso, dunque, la vendetta manifestava la propria finalità retributiva.

In questo periodo, i concetti di crimine e di sanzione non erano definiti, così come non era previsto un percorso giudiziario. Era forte, comunque, il bisogno di controllo del sistema onde evitare la degenerazione in continui conflitti. Gradualmente, cominciò a imporsi l'uso di concedere, a chi aveva subito il torto, un compenso in natura o in denaro; ciò consentiva al soggetto offeso di rinunciare volontariamente alla vendetta. In seguito, questo uso divenne regola e l'accettazione di questo compenso, chiamato *ποινη*<sup>65</sup>, fu considerato risolutivo e quindi prescrittivo del divieto a vendicarsi sull'autore dell'offesa. L'istituzione di un collegio di anziani a fianco del *Basileus*, funzionario delegato a risolvere i conflitti tra i membri della comunità, intervenne a legittimare una nuova connotazione della vendetta. Nell'ipotesi di contrasti a proposito del "diritto" alla vendetta bisognava, infatti, osservare la disposizione contenuta nel verdetto degli anziani; questa, infatti, dava legittimazione e pubblico riconoscimento all'esercizio della forza.

Con la nascita della *polis* nel mondo greco s'introdusse il sistema sanzionatorio. La prima testimonianza, la Legge di Draconte, risale al VII secolo a.C. Analizzando brevemente quanto essa prescrive per l'omicidio, si percepisce la misura delle innovazioni. In primo luogo si prevedeva il divieto per i parenti della vittima di far ricorso alla vendetta; si faceva obbligo di presentare la denuncia allo Stato che, con i suoi tribunali e secondo quanto stabilito dalla legge, avrebbe deciso in merito alla pena da irrorare. S'introduceva, ai fini della valutazione della pena, la differenza tra atto premeditato, involontario e legittimo<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. E. Cantarella, *I greci, noi e la pena di morte*, cit., pag. 7.

<sup>65</sup> «da cui il latino *poena* ed in seguito l'italiano *pena*» E. Cantarella, *Diritto romano, istituzioni e storia*, Mondadori, Milano 2010, pag. 11.

<sup>66</sup> Cfr. E. Cantarella, *I greci, noi e la pena di morte*, cit. pag. 8.

Lo Stato diventava, così, il titolare del diritto di contrastare le azioni considerate illecite e, anche, l'unico titolare dell'uso legittimo della coercizione fisica. Le importanti trasformazioni intervenute nella società greca, dovute all'affermarsi di nuovi strati sociali, all'incremento degli scambi con altre popolazioni e al confronto con altre istituzioni, determinarono una rielaborazione delle basi della vita pubblica e privata. L'attribuzione al popolo della facoltà di legiferare in assemblea, fece perdere alle leggi la caratteristica di discendere dal volere della divinità esaltando, contemporaneamente, la necessità della coesistenza civile.

Nella comunità dei cittadini prendeva sempre più corpo il dibattito tra concezioni diverse: «alla pena alcuni affidavano una funzione retrospettiva (infliggere un male, in cambio del male inflitto), altri una funzione prospettiva (riabilitativa o deterrente) »<sup>67</sup>.

Nelle opere dei filosofi si trovano le testimonianze del dibattito sulla giustizia, unitamente alla necessità di elaborazione dei principi ispiratori dell'educazione del cittadino della *polis*. Protagora, rifiutando l'idea retributiva, sosteneva una funzione "prospettiva" della pena:

Nessuno punisce i colpevoli tenendo presente il fatto che hanno commesso ingiustizia e per il fatto [b] che l'hanno commesso, chi, non voglia vendicarsi irrazionalmente come una bestia; chi, invece, si pone a punire, seguendo ragione, non pretende vendicarsi dell'avvenuto misfatto – non potrebbe certo far sì che non sia accaduto ciò che è stato -, ma punisce pensando al futuro, sì che più non commetta la colpa, né lo stesso colpevole né chi lo vede punito<sup>68</sup>.

Si metteva ben in luce, quindi, il significato deterrente da attribuire alla pena e, potremmo ipotizzare ricorrendo al linguaggio contemporaneo, il fine di prevenzione speciale e generale che, nell'azione del singolo come in quella dello stato, dovevano orientare il momento della punizione. Quest'ultima era prevista e ulteriormente articolata con riferimento alla funzione riabilitativa:

---

<sup>67</sup>Cfr. Ivi, pagg. 7 e ss.

<sup>68</sup>Cfr. Platone, "Protagora" (324 a-b), in *Opere complete*, vol.V, Editori Laterza, Roma 2003, pagg. 84-85.

così anche la città, accennando le linee delle leggi, scoperta di valenti ed antichi legislatori, obbliga, seguendo la loro traccia, a comandare e ad obbedire; e chi traligni da esse, punisce e a tale punizione, da voi e in molti luoghi[e] altrove, si dà il nome di 'raddrizzare', come se la pena fosse appunto un "raddrizzare".<sup>69</sup>

La punizione non era disgiunta dalla funzione educativa, che doveva essere esercitata in continuità dalla famiglia, dai precettori e infine dalle istituzioni della *polis* in tutti i casi previsti dalle sue leggi. Tuttavia, nel caso di una resistenza dell'individuo alla punizione e all'ammaestramento, bisognava scacciare dalla città o mettere a morte l'inguaribile poiché mai avrebbe raggiunto «quell'unica cosa ch'io chiamo 'umana virtù'»<sup>70</sup>. Socrate, affrontando la questione del perché l'uomo commetta il male, affermava che ciò è dovuto alla sua ignoranza del bene; se lo conoscesse, il bene avrebbe sull'uomo una forza di attrazione tale da non indurlo in errore. È perciò la conoscenza delle conseguenze che trattiene dall'agire ingiusto. Il filosofo credeva che fosse meglio subire l'ingiustizia piuttosto che procurarla<sup>71</sup>, che il bene individuale e quello della comunità dovessero essere perseguiti con comportamenti adeguati e che:

Chiunque sconta una pena, qualora il castigo inflitto sia giusto, o diviene migliore e ne trae vantaggio, o serve da esempio agli altri, sì che gli altri, vedendo quello che soffre, intimoriti divengano migliori. Chi, punito dagli dèi e dagli uomini, trae un vantaggio dalla pena, è chi abbia commesso colpe riparabili; tale vantaggio, comunque, lo trovano solo in quanto passino attraverso sofferenze e dolori, in questo mondo e nell'Ade: non altrimenti potremmo liberarci dall'ingiustizia<sup>72</sup>.

La pena più che riabilitativa è curativa e, infatti, spesso in Socrate si trovano a questo proposito analogie con l'attività di cura del medico. La pena possiede anche

---

<sup>69</sup> Cfr. Ivi (326 d-e), pag. 87.

<sup>70</sup> Cfr. Ivi (325 a), pag. 85.

<sup>71</sup> «Non vorrei né patirla né commetterla, ma tra le due, se fossi costretto a scegliere, preferirei piuttosto patire che commettere ingiustizia» Platone, "Gorgia" (469 c), in *Opere complete*, vol.V, Editori Laterza, Roma 2003, pag.170.

<sup>72</sup> Cfr. Ivi (525 b), pag.244.



una funzione deterrente, servendo da monito ed esempio per tutti.<sup>73</sup> Naturalmente il pensiero sulla natura della giustizia non è disgiunto dal valore attribuito alle leggi e ai precetti morali e avviandosi a concludere la sua difesa al processo, così si esprimeva:

E lasciando la riputazione, né mi par giusto il pregare il giudice, né pregando procurar suo scampo, ma sí informare e persuadere lui: imperocché non per cotesto siede il giudice, per dispensar graziosamente i diritti, ma sí per giudicare di quelli; e giurò egli non di favoreggiare che a lui paresse, ma sí di sentenziare secondo le leggi. Dunque non conviene né che noi avvezziamo voi a spergiurare, né voi voi medesimi; ché pii non saremmo né voi né noi<sup>74</sup>.

Coerentemente, Socrate avrebbe rifiutato di infrangere la legge, non accettando la proposta di evadere dal carcere prima dell'esecuzione della sentenza di morte. Con la fuga, avrebbe fatto prevalere un principio individuale di utilità personale contro il principio universale incarnato dalle leggi condivise.<sup>75</sup>

Platone riprese e sviluppò il principio socratico secondo il quale nessuno compie il male volontariamente, ma per ignoranza del bene. Nelle *Leggi*, egli definiva la giustizia al pari di una virtù morale cui corrisponde, nel corpo sociale, la cooperazione gerarchica delle classi e degli individui:

Onorabile è poi chi non commette ingiustizia, e chi poi impedisce agli ingiusti di commettere ingiustizia si merita un onore più che doppio del primo. Quello vale per un uomo solo, questo anche per molti altri, quando rivela ai magistrati l'ingiustizia degli altri. E quell'uomo che si associerà ai magistrati con tutte le sue forze perché la giustizia repressiva sia meglio applicata, egli grande fra i cittadini e perfetto, sia proclamato campione di virtù<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup>Cfr. Ivi (525 c-d), pag. 244

<sup>74</sup> Cfr. Platone, "L'apologia di Socrate", in *Dialoghi*, Einaudi, Torino 1970, pag. 47.

<sup>75</sup>Cfr. Platone "Critone", in, *Dialoghi*, cit., pag. 67.

<sup>76</sup> Cfr. Platone, "Leggi" (730 d), in *Opere complete*, vol. VII, Editori Laterza, Roma 1979, pag. 155.

Il delitto costituisce la rottura di tale cooperazione e la giustizia terrena non ha bisogno di fondamenti molto elaborati<sup>77</sup>; se è impossibile la correzione, si possono prevedere ed applicare tanto l'allontanamento dal corpo sociale quanto la pena di morte.<sup>78</sup> La pena consente al delinquente di allontanarsi dal delitto e, attraverso il dolore dell'espiazione, avviarsi verso la verità e la giustizia. Platone, nelle *Leggi*, affidava all'attività del legislatore e al suo sforzo normativo il compito di persuadere i cittadini al rispetto delle leggi per garantire la giustizia ed evitare i conflitti all'interno della comunità. Per questo ogni momento della vita, pubblica e privata, è oggetto di prescrizione la cui inosservanza comporta una sanzione.

Dell'ampio discorso sul tipo di Stato che Platone descrive, appare interessante rilevare alcuni elementi tra cui l'interesse per il futuro del delinquente e della collettività che delinea una funzione della pena riabilitativa e deterrente<sup>79</sup> e l'attenzione alle differenze a proposito dell'omicidio, riferibili alla distinzione tra azione volontaria e involontaria. Entrambe prevedono apposite attività istruttorie da parte dei giudici con la conseguente differenziazione della pena; inoltre, la previsione del carcere e la considerazione che la reclusione a vita sia pena peggiore della morte ci appaiono delle interessanti anticipazioni:

Pena fondamentale sia il carcere per tutti. Nel nostro stato ci saranno tre carceri; uno presso il mercato, comune alla maggior parte dei criminali, carcere che avrà la funzione di assicurare la custodia della maggior parte delle persone fisiche dei delinquenti, un secondo presso il luogo della riunione dei magistrati che si radunano di notte, chiamato *sophonistèrion*, e un terzo al centro della regione, in un qualsiasi posto dove il luogo sia deserto e selvaggio al massimo grado possibile e porterà per denominazione una qualche parola che indichi la punizione<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> «Qualsiasi ingiustizia un uomo commetta grande o piccola che sia, la legge lo instruirà, lo costringerà per l'avvenire assolutamente o a non osar più di commettere, volontariamente, tale atto, o a limitare moltissimo il numero dei suoi errori, oltre al risarcimento del danno arrecato». Ivi (862 d), pag. 302.

<sup>78</sup> Cfr. Ivi (862 e-863 a), pag. 302.

<sup>79</sup> Cfr. E. Cantarella, *I greci, noi e la pena di morte*, cit. pag. 14.

<sup>80</sup> Cfr. Platone, "Leggi" (908 a) in *Opere complete*, vol. VII, cit., pagg. 355-356.

Per Platone è comunque nell'Ade, dopo la morte, che si scontrerà la vera pena la cui assegnazione è prerogativa del divino: «bisogna quindi che le pene di qui, quelle che costoro per tali delitti hanno in vita, non siano inferiori per nulla, nella misura del possibile, a quelle che avranno nell'Hade»<sup>81</sup>.

Secondo F. Costa, Platone poneva questioni che, riprese nella cultura occidentale, prefigurano le opposte teorie della giustizia assoluta e della spiritualità della pena.<sup>82</sup>

È con Aristotele che « la giustizia è elemento dello stato; infatti il diritto è il principio ordinatore della comunità statale e la giustizia è determinazione di ciò che è giusto»<sup>83</sup>. Lo Stagirita apportava un contributo rilevante alla dottrina soggettiva della responsabilità, unitamente all'individuazione del problema della libertà umana. Egli poneva particolare attenzione alla nozione di volontà, declinata nella distinzione tra comportamenti volontari e comportamenti involontari, il cui studio riteneva indispensabile sia per coloro che si occupano delle virtù, sia per i legislatori che devono stabilire le onorificenze e le punizioni. L'uomo ha la possibilità di operare una "scelta"<sup>84</sup> che è elemento costitutivo della virtù etica; poiché la responsabilità è conseguente alla scelta operata dal soggetto, l'azione che ne deriva potrà essere anche ingiusta e malvagia.

La colpevolezza trova fondamento nella responsabilità e determinerà anche la misura della pena, in cui, sotto il profilo sanzionatorio, sarà rilevante la differenza tra atto volontario e involontario.<sup>85</sup> La giustizia, quindi, si potrà realizzare in

---

<sup>81</sup>Cfr. Ivi (881 b) pag. 325.

<sup>82</sup>Cfr. F. Costa, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Fratelli Bocca, Torino 1928 pag.8-15.

<sup>83</sup>Cfr. Aristotele, *Politica*, Editori Laterza, Roma 2007, pag. 7.

<sup>84</sup> In Aristotele «La scelta contiene sia un profilo conoscitivo sia un profilo volitivo. Essa implica sempre un ragionamento e una riflessione sulle cose e sulle azioni che dipendono da noi e che sono realizzabili». G. Demuro, *Alle origini del concetto di dolo dall'etica di Aristotele al diritto penale romano*, *Diritto e storia* n.5, del 2006 <http://www.dirittoestoria.it>

<sup>85</sup> La differenza è prevista da Aristotele, così come da Platone, anche nella organizzazione dei tribunali. Cfr. Aristotele, *Politica*, Editori Laterza, Roma 2007, pag.151,1300b.

maniera proporzionale, dando così corpo a un'idea di giustizia correttiva<sup>86</sup>. La punizione, così come il biasimo, è considerata adeguata quando, può produrre dei cambiamenti sulla persona, riuscendo ad agire sui suoi desideri.<sup>87</sup>

Il dibattito filosofico, qui brevemente accennato, insieme alle opere di poeti e commediografi greci sono le basi che hanno permesso di ricostruire il sistema legislativo della Grecia antica, dal momento che non ci è pervenuto un insieme sufficiente di leggi come quelle ereditate dal diritto romano. Resta provato, comunque, il passaggio dalla norma morale a quella giuridica rilevante soprattutto nel caso dei reati gravi come l'omicidio, per la cui valutazione nelle città greche erano previsti fino a cinque tribunali specializzati. Inoltre, la pubblicità del processo e la partecipazione ad esso dei cittadini della *polis* assicurava l'aspetto educativo, centrale nella cultura della società greca; lo stesso può dirsi per il contraddittorio sulla pena da irrorare, che poteva essere proposta dalla parte offesa come dallo stesso accusato. È indubbio, infine, che la modulazione di alcune delle questioni più rilevanti relative alla classificazione e alla definizione della pena hanno ricevuto, nel pensiero e nel diritto del mondo occidentale, dei significativi contributi dal sistema legislativo greco.

### 3.4 Roma e il diritto romano

Il diritto romano ha pervaso la storia di molte società occidentali, prima perché il corposo sistema di norme restò in vigore per secoli, poi perché ha influenzato in diversa misura, nei vari stati europei, la nascita dei principali ordinamenti del

---

<sup>86</sup> «È giusto anche il contraccambio, non però come sostenevano i Pitagorici. Essi infatti ritenevano che fosse giusto che un uomo ricevesse in contraccambio ciò che aveva fatto. Ma ciò non può valere per tutti. Infatti per un servo non è giusta la stessa cosa che per un uomo libero. Infatti, se un servo ha colpito un uomo libero, non è giusto che venga colpito nella stessa misura, ma di più. Quindi la giustizia del contraccambio consiste nella proporzione. » Aristotele, *Grande etica Etica eudemia*, Laterza, Bari 1965, pag. 40.

<sup>87</sup> Cfr. Ivi, libro IV, da pag. 163 a pag. 189.

secolo XIX. I romani, nel corso dei secoli, fecero del diritto una scienza, che regolava in maniera sistematica tutti i momenti della loro vita sociale<sup>88</sup>.

In un primo periodo le norme dello *ius* avevano un carattere magico-religioso e dovevano, infatti, essere rispettate per non violare la volontà degli dei; i sacerdoti erano i soggetti titolari dell'interpretazione dei segni divini e quindi del sapere giuridico. Il carattere sacro della sanzione, e quindi della pena, aveva il doppio scopo vendicativo, che si attuava per la purificazione del gruppo, e sacrificale-espiatorio, con la consacrazione del colpevole agli dei offesi.<sup>89</sup> Quando nella società romana si avviò il processo di trasformazione che sarebbe culminato nella formazione della città-stato lentamente si andò affermando un sistema di diritto autonomo centrato sul diritto del *civis*. Si definì la distinzione tra la norma religiosa, chiamata *fas*, e quella chiamata *ius*, che designava un insieme di giudizi e precetti di carattere umano; il sapere giuridico, così, transitò dai sacerdoti ai laici. Tuttavia nella legislazione continuarono a permanere, anche sotto forma di sanzioni, formule e pratiche magico-religiose<sup>90</sup>. La sanzione, inoltre, continuò a possedere un aspetto sacrale poiché per assicurare armoniosa convivenza della comunità, diventava importante tutelare l'ordine religioso e quindi ristabilire, se alterata dal crimine, la *pax deorum*.

Le *XII Tavole* (*lex XII Tabularum*) sono il primo corpus organico di leggi di cui i romani si dotarono; furono emanate nel 451-450 a.C. ed esposte nel Foro per essere approvate dal popolo<sup>91</sup>. I frammenti, pervenuti unitamente ai riferimenti contenuti nelle leggi successive e in varie opere di giuristi romani, hanno consentito di capire che esse contenevano i precetti che, in base alla situazione politica del momento, diventavano vincolanti per tutti sulle questioni di diritto sacro, pubblico, penale e privato. Come si riscontrerà anche nel resto della legislazione romana, le *XII Tavole* fanno riferimento alle antiche consuetudini:

---

<sup>88</sup> Cfr. E. Cantarella, *Diritto romano, istituzioni e storia*, Mondadori, Milano 2010, pag. 87.

<sup>89</sup> Cfr. Ivi, pag. 87.

<sup>90</sup> Cfr. Ivi, pag. 79.

<sup>91</sup> Cfr. testo in latino e in italiano in <https://www.giurisprudenza.unisalento.it>

[...] si ritiene, oggi, che queste antiche consuetudini, chiamate dai romani *mores maiorum* (costumi degli antenati), nascessero a partire da una decisione giudiziale: nei tempi più remoti, dunque, una sentenza del *rex*. Queste decisioni, infatti, venivano considerate dei precedenti che era opportuno seguire qualora si ripresentasse una situazione analoga, e quindi una serie di pronunzie costanti dava vita a un principio che la comunità riteneva una norma vincolante<sup>92</sup>.

In queste leggi si ritrovano testimonianze del *Ius talionis*, a riprova del fatto che originariamente la repressione dei crimini era, anche presso i romani, devoluta alla reazione degli offesi, mentre la comunità non interveniva che in minima parte, e solo per moderare gli eccessi della reazione vendicativa, allontanare il colpevole dalla tribù o per giustiziarlo in modo esemplare.

Nell'antica Roma, la pena del taglione era inflitta solo agli accusati di lesioni molto gravi, e ne era esecutore o la stessa vittima o un suo prossimo congiunto: in base al principio dell'“occhio per occhio, dente per dente”, il reo avrebbe perso lo stesso arto di cui aveva privato l'offeso e, in caso di omicidio, ai congiunti dell'offeso era imposto di mettere a morte l'uccisore nello stesso modo, secondo il principio “*paricidas esto*”. Si giustificava la punizione del reo in base ad un principio assolutistico: il colpevole era punito non perché non commettesse altri delitti, ossia “*ne peccetur*”, ma soltanto perché egli aveva già commesso un crimine: “*punitur quia peccatum est*”.

Nelle *XII Tavole* per i reati gravi era prevista la sanzione della pena capitale; per il reato di omicidio si affermava la distinzione tra volontario e involontario e, in questa seconda ipotesi, si stabiliva un risarcimento di natura patrimoniale. Le leggi prevedevano la pena di morte anche per i reati relativi al danneggiamento o al furto dei prodotti della terra; in questi casi era prescritta la distinzione tra adulti e impuberi per i quali la pena stabilita non era la morte ma, a scelta del pretore, la fustigazione e il risarcimento del danno. Alcuni tipi di reato e alcune procedure

---

<sup>92</sup>Cfr. E. Cantarella, *Diritto romano, istituzioni e storia*, cit. pag. 86.

continuarono a prevedere la pronuncia di formule magiche<sup>93</sup>. Stabilivano infine che nessuno dovesse essere ucciso prima di essere condannato.

Con le trasformazioni politiche e sociali che determinarono la nascita della *civitas* e il diverso assetto istituzionale si modificarono anche i rapporti tra i cittadini e l'autorità costituita. Lo stato avocò a sé il controllo dell'uso della forza, dell'imposizione di divieti e di permessi, sottolineando in tal modo la priorità della tutela della sicurezza pubblica.

Tra le pene capitali a contenuto laico-sacrale erano previste : la "*poena cullei*" , specifica per il parricidio e consistente nel rinchiudere il reo in un sacco insieme ad alcuni animali e nel gettarlo nel Tevere; il seppellimento del reo vivo nei casi di violazione della castità; la "*damnatio in crucem*", ossia la crocifissione; la "*praecipitatio e saxo*" , ossia la precipitazione dalla Rupe Tarpea; la "*vivi crematio*" , ossia la vivicombustione. Erano previste, inoltre, una serie di pene consistenti nello svolgimento coattivo di attività particolarmente pesanti e pericolose; così come quelle finalizzate ad allontanare il colpevole dalla comunità , considerate peraltro particolarmente infamanti, l'"*aqua et igni interdictio*", la "*deportatio*", l'"*exilium*".

Questa breve descrizione delle principali pene previste negli ordinamenti dell'antica Roma mette in luce l'assenza del carcere come luogo dell'esecuzione della punizione. La pena della reclusione temporanea o perpetua con la conseguente privazione della libertà non era prevista. La carcerazione, infatti, aveva la funzione esclusiva di momentanea custodia dell'imputato a disposizione della magistratura. La privazione della libertà era soltanto un mezzo per assicurare la presenza dell'incolpato sia durante il processo, sia per procedere all'esecuzione di una delle pene previste dall'ordinamento. A Roma esistevano, quindi, delle prigioni e in questi edifici venivano rinchiusi promiscuamente uomini e donne, vecchi e bambini, imputati e condannati, prigionieri di guerra e delinquenti comuni. Sicuramente si possono individuare come i luoghi di detenzione il

---

<sup>93</sup>Tra cui «*obvagulatio*, consistente nel canto di formule magiche dinanzi alla porta del testimone che rifiutava di recarsi in giudizio, *fruges excantare*, fare l'incantamento alle messi». E. Cantarella, *Diritto romano, istituzioni e storia*, cit., pagg.9-10.

*Carcer*<sup>94</sup>, sul monte Capitolino, il cui piano inferiore comprendeva la zona denominata *Tullianum*, mentre il piano superiore era collegato con un dedalo di *Latomiae*<sup>95</sup> che ne aumentavano la capienza quando fosse necessario.

Tutte le descrizioni, nel corso dei secoli, concordano nel definirli come luoghi bui, tetri, e umidi, dove l'essere umano perdeva le sue caratteristiche e la promiscuità generava non poche violenze. Il *Tullianum* era il luogo in cui erano eseguite le condanne capitali. Accanto al *Carcer* s'inerpicavano le *gemoniae*, 'scala dei sospiri', su cui venivano esposti i corpi dei giustiziati prima di essere gettati nel Tevere.

Il carcere, quindi, nell'antica Roma, ebbe inizialmente un carattere sussidiario e di secondo piano e, per questo motivo, per lungo tempo la detenzione non ebbe uno specifico ordinamento. Inizialmente svolse esclusivamente la funzione di contenitore, un posto, dove ammassare promiscuamente i prigionieri in attesa della sentenza e, in seguito a questa, per la tortura e l'esecuzione della pena capitale. Nonostante le diversità strutturali, sia nel caso di una *Latomia* sia nel caso di una costruzione, erano solitamente composte da due distinti ambienti: l'*exterior*, dove si potevano ricevere le visite, e l'*interior*, privo di luce e sottostante o più interno rispetto al primo, destinato alla custodia dei condannati in attesa dell'esecuzione capitale. A Roma, quindi, la detenzione rimase estranea per lungo tempo al novero delle pene vigenti; il carcere rientrava tra le misure coercitive non trasformatesi in pena e quindi era utilizzato quasi esclusivamente con finalità di costrizione a carattere temporaneo.<sup>96</sup> Per altro l'imputato e il condannato erano considerati nemici della società e non era tollerabile che questi fossero mantenuti in prigione col denaro pubblico.

---

<sup>94</sup> In latino "*carcer*" gabbia, recinto dove venivano rinchiusi i cavalli prima della partenza nei giochi, cavità nella quale il dio Eolo rinchiusa i venti. Potrebbe essere anche dal verbo *coerceo*, ossia rinchiusa, punire, costringere all'obbedienza. Cfr. anche A. Parente, *Architettura ed archeologia carceraria: Santo Stefano di Ventotene ed il Panopticon*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.1-3 del 1998, pag.48.

<sup>95</sup> Cave di pietra o di marmo usate per incarcerare schiavi, prigionieri di guerra o delinquenti in genere sia presso i greci, sia presso i romani. Le più famose sono le latomie di Siracusa.

<sup>96</sup>Cfr. A. Parente, *Architettura ed archeologia carceraria: Santo Stefano di Ventotene ed il Panopticon*, cit., pagg. 49 e ss.



Una trasformazione importante, qui utile da ricordare, si determinò con l'applicazione della *cognitio extra ordinem* che modificò l'iter processuale demandando all'imperatore il controllo sulla repressione criminale. Questa procedura promuoveva "d'ufficio" il processo, annullandone la precedente funzione accusatoria, caratterizzata dall'azione del privato che attivava la denuncia e, in seguito, assolveva nel processo al ruolo dell'accusatore. L'attività di cognizione dell'accusa e del giudizio era condotta dall'imperatore e, in sua vece, da un funzionario imperiale; il giudizio finale non spettava più al popolo riunito nei comizi né ad alcun tipo di giuria. Il processo sostenuto da un pubblico accusatore assunse una natura inquisitoria. Nel tardo periodo della "*cognitio*", il carcere cominciò di fatto ad assumere il ruolo di luogo di esecuzione della pena.

Nei primi tempi la privazione della libertà, in alternativa alla pena di morte o alle crudeli mutilazioni, continuò a mantenere la finalità di vendetta sociale; il *carcer* si continuò a caratterizzare come il luogo dei soprusi di ogni tipo, delle atrocità e del disprezzo della dignità dell'essere umano. Le pessime condizioni in cui i detenuti erano costretti a vivere spesso ne cagionavano la morte. Inoltre, di frequente i prigionieri morivano prima della condanna, a seguito delle torture e dei supplizi cui erano sottoposti nell'intento di estorcere loro confessioni o ritrattazioni. In considerazione del fatto che il carcere preventivo, pur avendo una durata provvisoria, non poteva fare riferimento a un termine fisso, cominciò a essere presente presso i romani la preoccupazione di una durata troppo lunga della custodia cautelare; pertanto, diversi imperatori cercarono di arginare il problema. Durante il Basso Impero, nella Costituzione si cominciò a parlare di "*poena carcerio*"; inoltre, in seguito alla riforma diocleziana-costantiniana della amministrazione burocratica si cominciarono a precisare e regolamentare le funzioni dei *commentarienses*, funzionari civili che oltre alla stesura dei commentarii dovevano attendere alla cura degli atti processuali e alla direzione delle prigioni pubbliche.<sup>97</sup> Esistono diversi riferimenti alle attività di custodia

---

<sup>97</sup> Cfr. L. Minieri, "I commentarienses e la gestione del carcere in età tardoantica", in *Teoria e storia del Diritto Privato*, rivista internazionale on line n. IV-2011 ISSN 2036 2528.

dei detenuti che evidenziano le condizioni di degrado e di sfruttamento cui in vario modo erano sottoposti dai loro carcerieri, oltre alla corruzione di questi ultimi. Nel 320 l'imperatore Costantino con una ordinanza prescrisse un trattamento più umano, la suddivisione dei prigionieri per sesso, l'alleggerimento delle catene e la possibilità di far uscire i detenuti durante la giornata in idonei spazi. Tra i filosofi che si sono occupati della pena si ricorda la posizione di Lucio Anneo Seneca il giovane, la cui attenzione si sposta più sulla considerazione del soggetto che sulla pena che questi deve subire. Il delinquente deve essere trattato con gli stessi modi con cui il medico si dedica al suo malato.<sup>98</sup> Quindi, prevedendo una gradualità negli interventi finalizzati alla correzione e lo spostamento dell'attenzione dal delitto al delinquente, alla cui condizione deve essere adeguata la sanzione (cura), possiamo pensare a un'idea di pena correttiva<sup>99</sup>.

Alle autorità politiche e amministrative spetta il compito di fissare e dar seguito, sia nel momento dell'elaborazione delle leggi sia nel momento dell'amministrazione della cosa pubblica, ai principi di prevenzione generale:

Su un sol punto si comporterà diversamente dai medici, in quanto quelli procurano una morte blanda a coloro cui non poterono donare la vita, egli invece toglie la vita ai condannati con disonore e pubblico scherno, non perché si diletta d'assistere ad una esecuzione (il saggio è alieno da una ferocia tanto disumana), ma perché siano di ammonimento per tutti e perché, dopo che quelli non hanno voluto giovare a nessuno, lo Stato abbia un sicuro utile dalla loro morte<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Cfr. Lucio Anneo Seneca, *De Ira*, libro I,6.[1,2,3,],edizione elettronica 2013-06-05 <http://www.filosofico.net/senecadeirate.htm>

<sup>99</sup> «[3] Allo stesso modo, chi tutela la legge e governa la città deve curare le indoli, più a lungo che può con le parole, e le più garbate; per indurre al bene da farsi ed instillare negli animi il desiderio dell'onestà e della giustizia, provocare l'odio dei vizi e la stima delle virtù; in un secondo momento, deve passare ad un discorso più severo, per insistere sulle ammonizioni e per rimproverare; infine, passi alle pene, ma si limiti a quelle lievi e revocabili; assegni il supplizio estremo ai delitti estremi, affinché nessuno vada a morte, se non nel caso in cui il morire giovi anche a chi muore». Ivi, libro I,6 [3].

<sup>100</sup> Lucio Anneo Seneca, *De Ira*, cit.,libro I,6[4].

La punizione, quindi, deve valere come ammonimento per tutti. Lo Stato, nel trarre utilità dalla punizione, assicura la sicurezza pubblica e garantisce, di conseguenza, alla comunità una sana convivenza. Tuttavia, è importante ribadire come in questa fase storica si intraveda un'attenzione rivolta più che al delitto al delinquente, il quale diventa oggetto di valutazione per l'applicazione della sanzione penale.

### 3.5 *Il Cristianesimo*

Il passaggio dal Paganesimo al Cristianesimo con la fine del politeismo e l'affermazione del Dio unico cui ricondurre tutto, modificò completamente la relazione tra l'individuo e la divinità, condizionando fortemente il fondamento del concetto di pena e punizione. Dal momento in cui non esiste potestà che non si fondi su Dio anche il diritto di punire si trasforma in una funzione specifica della giustizia divina. Durante il processo di evangelizzazione si realizzò una sovrapposizione tra norma giuridica e religiosa e il contrasto tra la vendetta privata e il precetto cristiano del perdono fu all'origine di un periodo di confusione nel mondo giuridico. Così, nel corso dei secoli in cui lo stesso pensiero religioso subiva numerose trasformazioni, diverse furono le elaborazioni nei riguardi della trasgressione e delle situazioni di conflitto, che interessavano tanto i singoli individui quanto l'intera comunità.

Interessanti sollecitazioni provengono da uno studio di G. Bellia sul periodo in esame. Nel suo saggio dal titolo *Pena e riconciliazione nel mondo biblico*, egli analizza le procedure descritte dai Profeti nell'*Antico Testamento*, che dovrebbero consentire di ristabilire la giustizia nell'ipotesi di violazione delle norme.

I libri della Legge, conoscono due diverse procedure giudiziali da attuare nei confronti del colpevole: il *mishpat* (giudizio) che tende alla condanna del trasgressore e il *riv* (lite bilaterale) che tende alla riconciliazione con l'offeso<sup>101</sup>.

Nel primo caso alla violazione si risponde con una procedura che prevede il confronto tra l'accusa e la difesa, alla presenza di un terzo che adotta una sentenza finale la quale può comportare l'imposizione di una sanzione, di un castigo o di una pena. Nel secondo caso, si ha un'azione giuridica di tipo familiare in cui il conflitto tra accusatore e accusato può ricomporsi nel momento in cui essi, insieme, fanno prevalere «il bene superiore del recupero della relazione interrotta»<sup>102</sup>. Secondo Bellia il *riv* rivelerebbe il vero senso pedagogico dell'intervento divino mostrandone la natura misericordiosa orientata alla pacificazione piuttosto che alla rivalse punitiva nei confronti di chi ha commesso un'ingiustizia. Inoltre questo procedimento è volto ad attivare un cambiamento nell'accusato facendo leva sui suoi sentimenti e indirizzandolo al riconoscimento della propria colpa. Mentre « Nel *mishpat* l'accusa, ricercando l'oggettività della prova, attraverso un procedimento razionale tende a convincere l'organo giudicante a fare condannare il colpevole, perseguendo il suo annientamento o la sua eliminazione simbolica»<sup>103</sup>. Quindi, la differenza sostanziale tra le due procedure risiede nel fatto che nel *mishpat*, la condanna prevedendo la punizione del colpevole, il reato viene sanzionato al fine di ristabilire i diritti violati della vittima; nel *riv*, invece, prevedendosi la riconciliazione, la vittima attua un libero atto di perdono che l'accusato riceve nella consapevolezza del male compiuto. La vittima, quindi, partecipa all'affermazione di un rapporto di fiducia che può garantire il ripristino di una situazione di vera giustizia. Ammettere la colpa e pentirsi procura all'accusato due diverse situazioni, nel *mishpat* potrà ottenere una riduzione della

---

<sup>101</sup>Cfr. G. Bellia, "Pena e riconciliazione nel mondo biblico" in *Punire mediare riconciliare. Dalla Giustizia penale internazionale alla elaborazione dei conflitti individuali* a cura di G. Fiandaca e di C. Visconti, Giappichelli, Torino 2009, pag. 73.

<sup>102</sup>Cfr. Ivi, pag. 74.

<sup>103</sup>Cfr. Ivi, pag. 75.

pena, mentre nel *riv*, con il perdono, potrà recuperare la relazione spezzata dall'offesa e realizzare una migliore convivenza sociale.

Si dovevano educare i credenti a comprendere ed accettare *il riv* intentato da Dio per mezzo dei suoi profeti al suo popolo, per imparare a distinguere la via ardua della giustizia vera dalle scorciatoie ingannevoli di chi era interessato a conservare e ripristinare, con il diritto, soltanto il proprio egoistico interesse o il proprio meschino privilegio<sup>104</sup>.

La rilettura che diversi studiosi propongono di questi temi può contribuire, nel presente, a stimolare la ricerca e la sperimentazione di nuove forme di composizione tra soggetti in lite, con l'obiettivo di far prevalere la riconciliazione.

Nell'*Antico Testamento* anche la prescrizione della pena di morte per certi tipi di reato arriva direttamente da Dio; è il caso del bestemmiatore per il quale si prevede la lapidazione da parte di tutta l'assemblea riunita.<sup>105</sup> Come osservato nelle comunità più antiche, anche in questo caso emerge il valore simbolico affidato al rito pubblico della punizione. Nello stesso brano troviamo delle disposizioni più generali che inducono a confermare l'adesione al sistema della vendetta<sup>106</sup>: al male si risponde con il male.

Nel *Nuovo Testamento* sono tante le suggestioni che possono prendersi in esame per mettere a fuoco la questione della pena. Ad esempio, una delle narrazioni evangeliche, più nota e più dibattuta è la parabola dell'adultera. Gesù, intervenendo nel processo, le salva la vita, sottraendola alla lapidazione cui

---

<sup>104</sup>Cfr. G. Bellia, "Pena e riconciliazione nel mondo biblico" in *Punire mediare riconciliare. Dalla Giustizia penale internazionale alla elaborazione dei conflitti individuali*, cit., pag. 77.

<sup>105</sup> «Levitico 24 : 13 E il Signore disse a Mosè: 14 Conduci colui che ha bestemmiato fuori dell'accampamento, poi tutti quelli che l'hanno udito bestemmiare, posino le mani sul suo capo, e dopo sia lapidato da tutta l'assemblea». *La Sacra Bibbia*, Edizioni Paoline, Roma 1962, pag. 135

<sup>106</sup> «Levitico 24 :17 Chi percuote a morte una persona sia messo a morte; 18 e chi percuote a morte una bestia, ne faccia la restituzione: animale per animale.19 Chi farà qualche lesione al suo prossimo, sia trattato con ugual misura : 20 piaga per piaga, occhio per occhio, dente per dente; si faccia a lui quanto egli ha fatto agli altri. 21 Chi avrà percossa a morte una bestia, la paghi; e chi avrà ucciso un uomo sia messo a morte. 22 Usate la medesima legge tanto per il forestiero quanto per chi è nato nel paese: Io sono il Signore vostro Dio». Ivi, pag. 136

sarebbe stata condannata secondo la legge in vigore. È condivisibile l'analisi che riconosce nel racconto la necessità, per Gesù, di stabilire, senza per questo esprimere un rifiuto, le distanze dalla legge in vigore nello Stato giudaico e, forse, di biasimare la procedura adottata che portava in giudizio soltanto una delle parti sotto accusa (la donna e non l'uomo coinvolto nell'adulterio). Nel "chi di voi è senza peccato, scagli per primo la pietra contro di lei", è possibile affermare che, Gesù guarda da una prospettiva diversa l'accusata e i suoi accusatori; sembra che per Lui sia secondaria la valutazione del reato e che dia forte rilievo all'esperienza personale delle parti in causa, in questo modo ottiene per la donna un risultato fino a quel momento insperato<sup>107</sup>. Egli, con il suo intervento, interrompe la procedura utilizzata fino a quel momento per quel tipo di reato (considerato nell'antichità particolarmente esecrabile) e, pur ritenendo la donna peccatrice, con il perdono vuole la sua conversione non il suo annientamento. Senza entrare nel merito delle questioni teologiche si potrebbe pensare a un diverso modo di trattare la trasgressione della norma.

Nei *Vangeli*, come nelle *Epistole*, i riferimenti alla punizione sono numerosi e alcuni particolarmente rilevanti; in essi sono rintracciabili alcuni degli elementi che saranno utilizzati nei secoli a venire a proposito dell'individuazione della titolarità dell'azione punitiva. Nella *Prima lettera di Pietro* (62-95) troviamo l'esortazione all'ubbidienza ai governanti e alle leggi del posto, che perseguono i malfattori<sup>108</sup>. Nello stesso tempo troviamo però l'importante esortazione a non rendere male per male e possiamo considerarlo un rifiuto deciso e fermo della vendetta privata<sup>109</sup>. Nella *Lettera di San Paolo ai Romani* le esortazioni a non disobbedire alla legge e a comportarsi secondo coscienza trovano posto

---

<sup>107</sup> «Vangelo secondo San Giovanni 8:11 E Gesù le disse: "Nemmeno io ti condannerò: và, e d'ora in poi non peccar più"». *La Sacra Bibbia*, cit., pag. 1139.

<sup>108</sup> «Prima lettera di San Pietro 2,13 Siate sottomessi, per amor del Signore, a ogni autorità costituita in mezzo agli uomini: sia al re, perché sovrano; 14 sia ai governatori, quali inviati da lui per punire i malfattori e approvare i buoni». *La Sacra Bibbia*, cit., pag. 1289.

<sup>109</sup>« 3,9 Non rendete male per male, o ingiuria per ingiuria; anzi benedite, perché è a questo scopo che voi siete chiamati, per ereditare la benedizione». *La Sacra Bibbia*, cit., pag. 1289.

unitamente a quella sul riconoscimento dell'autorità costituita e sul potere di amministrare la punizione, siccome disposta da Dio<sup>110</sup>.

Esistono, anche, posizioni diverse, nel *Vangelo secondo San Matteo* si trovano riferimenti di tipo conciliativo. Per realizzare una situazione di vera giustizia è necessario, nei momenti di conflitto, prendere in considerazione i bisogni dell'altro e adoperarsi, prima di tutto, per sanare ed eliminare gli eventuali contrasti esistenti cominciando dal proprio fratello <sup>111</sup>. Di posizioni analoghe, apparentemente in antitesi nei testi sacri, è possibile rintracciarne diverse ma bisogna considerare che la diffusione del Cristianesimo cammina di pari passo con la costruzione della Chiesa e, pertanto, i precetti non possono sottovalutare il confronto con il potere temporale e con l'estrema severità delle norme in vigore. Bisogna conciliare la disobbedienza alla legge morale con quella alla legge positiva, discernendo il concetto di peccato da quello di reato. I grandi pensatori della Chiesa intervengono sia interpretando i precetti fondanti sia ponendone nuovi.

Secondo Sant'Agostino, la pena è frutto di una giustizia retributiva di carattere divino per cui Dio, nella sua funzione di giudice, retribuisce il male compiuto con un altro male: la pena. Nella *Lettera 153* scritta tra il 413 e il 414 a Macedonio (vicario in Africa), Sant'Agostino puntualizzava la posizione della religione sia rispetto alla punizione, sia riguardo al perdono. La punizione è considerata utile a chi ha trasgredito la norma e, allo stesso tempo, alla comunità che consapevole della sua applicazione potrà vivere in un clima di maggiore sicurezza. La punizione, però, non rappresenta un forte deterrente per il malvagio; la sua utilità risiede nel fatto che può consentire al colpevole di emendarsi durante la sua vita terrena<sup>112</sup>. È

---

<sup>110</sup> Cfr. Lettera di San Paolo ai Romani 13,3-13,4, Ivi, pag. 1203.

<sup>111</sup> «Vangelo secondo San Matteo 5,25 Mettiti presto d'accordo col tuo avversario, mentre sei in cammino con lui, perché egli non ti consegni al giudice e il giudice non ti consegni alle guardie e tu non sia messo in prigione». Ivi, pag.1049.

<sup>112</sup> «D'altra parte non sono stati istituiti senza uno scopo il potere del sovrano, il diritto di vita e di morte proprio del giudice, gli uncini di tortura del carnefice, le armi dei soldati, il potere di punire proprio del sovrano, e perfino la severità del buon padre di famiglia. Tutti questi ordinamenti hanno le loro norme, le loro cause, la loro ragione, la loro utilità. Quando essi vengono temuti, non solo sono tenuti a freno

proprio a seguito dell'eventuale emenda che la religione potrà accordare il perdono al colpevole; con questa tesi sembrerebbe tracciarsi una certa differenza tra la giustizia terrena e quella divina.

Così si avrà paura della punizione data dal pubblico accusatore, in modo che non sia disprezzata la religione di chi intercede, poichè la punizione e il perdono devono servire solo alla correzione della vita degli uomini. Se poi tanta è la perversione e l'empietà, che a correggerli non giova né il castigo né il perdono, i buoni non fanno che adempiere il precetto d'amare con la retta intenzione e con la coscienza che Dio conosce, sia quando castigano sia quando perdonano<sup>113</sup>.

Sant'Agostino definisce con precisione la posizione rispetto alla colpa e quindi al reato considerandolo sempre esecrabile e da punire; mentre ritiene il soggetto colpevole sempre meritevole di compassione. Il convincimento fondamentale è che:

Solo in questa vita c'è la possibilità di correggere la propria condotta, poiché nell'altra ognuno riceverà ciò che avrà meritato per se stesso.<sup>114</sup>

Nella *Lettera*, che come sappiamo è indirizzata a un'autorità del potere statale, egli chiarisce con forza come la vera giustizia sia opera esclusiva di Dio e come la Chiesa, da lui comandata, debba procedere per realizzarla. Questa posizione si va a collocare tra quelle che determinarono connessioni tra le prescrizioni religiose e quelle della legge positiva. Infatti, ritenere che la legittimazione a punire sia propria di Dio determina che la Chiesa amministri, in suo nome, la giustizia terrena. Pertanto, la Chiesa mostrerà la sua azione sia con comandi di ordine etico e morale, imponendo pentimenti e penitenze, sia, nel tempo, con precetti di tipo giuridico, imponendo vere e proprie sanzioni.

La Chiesa, assecondando queste pratiche, si ritroverà a gestire il foro interno insieme a quello esterno. Questa doppia occupazione sarà sostenuta

---

i malvagi, ma gli stessi buoni vivono più tranquilli tra i malvagi». <sup>112</sup>  
Sant'Agostino, *Lettera* 153, 6.16 in [www.augustinus.it](http://www.augustinus.it)

<sup>113</sup>Cfr. Ivi, 6.19

<sup>114</sup>Cfr. Ivi, 1.3



dall'elaborazione teorica con cui la dottrina va a coniugare l'espiazione e la riparazione. Secondo M. Bouchard è possibile rintracciare la nascita del modello della riparazione espiativa nel lavoro di Anselmo d'Aosta, arcivescovo di Canterbury, che nell'anno 1098 pubblicò il *Cur Deus Homo*. Opera teologica particolarmente importante poiché affronta il tema della redenzione dal peccato dell'umanità attraverso la morte di Cristo, figlio di Dio fatto uomo. Per questo motivo è stata, ed è ancora, oggetto di numerose interpretazioni in ambito filosofico e teologico; in questa sede vedremo brevemente soltanto alcuni aspetti messi in evidenza da Bouchard :

Secondo questa teoria la caduta nel peccato dell'uomo – e il peccato altro non è che il furto, la sottrazione dell'onore a Dio- esige una soddisfazione. Questa soddisfazione, però, non può consistere in una mera restituzione di ciò che fu tolto a Dio: per riparare l'oltraggio il ladro dovrà restituire di più di quello che ha rubato<sup>115</sup>.

Attraverso l'espiazione si ripara il danno fatto a Dio e nello stesso tempo l'uomo peccatore procede verso la sua salvezza, realizzando in questo modo la soddisfazione. Anselmo la descrive come una spontanea soluzione del debito. Secondo Bouchard:

La sofferenza e la morte sulla croce assurgono dunque a modello salvifico nella pratica della giustizia terrena. Il reato assimilato al peccato, costituisce il debito da soddisfare e riparare attraverso un'esperienza espiativa che autorizzi la ricostituzione della giustizia intesa come manifestazione della volontà di Dio<sup>116</sup>.

La necessità dell'espiazione rispetto a un agire contrario alla norma non è l'unica questione che riguarda il soggetto, poiché negli scritti di Sant'Anselmo un altro argomento importante è la questione della libertà in funzione dell'agire morale. La

---

<sup>115</sup> Cfr. M. Bouchard "La riparazione come risposta all'ingiustizia" in *Punire mediare riconciliare. Dalla Giustizia penale internazionale alla elaborazione dei conflitti individuali* (a cura di) G. Fiandaca, C. Visconti, Giappichelli, Torino 2009, pag. 89.

<sup>116</sup> Cfr. M. Bouchard "La riparazione come risposta all'ingiustizia", cit., pag.89

libertà è da considerare come la capacità di aderire al bene giacché essa è una perfezione. La libertà autentica non consiste nella scelta tra il bene e il male, ma nell'adesione esclusiva al bene. La possibilità del male è considerata frutto di un'imperfezione, non di una libera scelta. Queste considerazioni dal punto di vista pratico avranno un ruolo nella definizione dello status del peccatore/colpevole e per questo saranno al centro di varie interpretazioni.

Nonostante la presenza di posizioni contrarie al modello espiativo riparativo, il convincimento che la trasformazione del reo in uomo giusto possa avvenire con il patimento, diventerà inderogabile e sarà accettato in tutta la cristianità. L'espiazione rivestirà per il soggetto il significato di esperienza spirituale; è il dolore ad essa connesso che consentirà al soggetto di ravvedersi e redimersi.

Qui manca l'idea che il soggetto possa autonomamente pensare di rivalersi su un suo simile per il torto subito, dal momento che tanto la pena eterna quanto quella temporanea è istituzione divina, ed «è Dio che retribuisce il torto col male della pena»<sup>117</sup>. Per questi autori, l'ammettere tra le pene anche quella capitale per i reati gravi scaturisce dalla convinzione che in tal modo il soggetto paga tutti debiti con la giustizia umana e con quella divina. Con F. Costa possiamo affermare che nell'evoluzione del concetto della penalità il Cristianesimo inserisce la valorizzazione dell'interiorità spirituale. A sostegno di questo convincimento si garantirà al colpevole, nel percorso di redenzione, l'accompagnamento dei ministri della Chiesa.

Nella *Summa Theologiae* San Tommaso d'Aquino, con riferimento al tema delle azioni umane preso in esame nella seconda parte, dedica alla giustizia un grande spazio, ponendo e rispondendo a diversi quesiti. Intanto egli affronta la distinzione tra pena e colpa, quest'ultima considerata il male maggiore poiché distrugge quell'ordine che poi, al fine di essere ricostituito, ha bisogno dell'intervento divino e quindi della pena. In assenza di colpa la pena non avrebbe ragione di esistere. Poiché il «luogo» in cui si realizza la giustizia è la vita di relazione bisogna

---

<sup>117</sup> Cfr. F. Costa, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano* Costa, cit., pag. 41.

domandarsi e capire in quali casi i rapporti sociali siano secondo giustizia. Per San Tommaso nella società c'è giustizia quando le tre relazioni fondamentali della vita collettiva siano ordinate. Egli si riferisce alle relazioni dei singoli tra loro, alle relazioni della collettività con i singoli e alle relazioni dei singoli con la collettività. A ognuno di questi rapporti corrisponde una forma fondamentale di giustizia: "commutativa", "distributiva" e "legale".

La giustizia "commutativa" regola il rapporto del singolo con l'altro singolo, poiché ad essa è affidato il compito di portare riparazione nelle relazioni private, intervenendo a rettificare e compensare i torti attraverso la regolazione contestuale della correttezza procedurale. La giustizia "distributiva" regola il rapporto della realtà collettiva con i singoli<sup>118</sup>, garantisce l'equità dell'assegnazione e della ripartizione dei beni che possono essere divisi sul piano sociale; in pratica, il rapporto tra i singoli è mediato dalla società che si rappresenta come un tutto. Infine, la giustizia "legale" regola il rapporto dei singoli con il "tutto sociale" coincide con l'osservanza delle norme, a prescindere dai contenuti e dai valori; essa assicura quindi la conformità dei comportamenti sociali alle norme. Nella *Summa* tanto le varie questioni che i singoli possono porsi rispetto ai propri comportamenti, quanto i reati in ambito penalistico e civilistico sono meticolosamente attribuiti a ciascun tipo di giustizia.

Portatore e attuatore di tutte le forme di giustizia è sempre l'uomo, che comunque è chiamato in causa in maniera diversa all'interno delle diverse relazioni <sup>119</sup>. Per San Tommaso la pena è esplicitazione della giustizia "commutativa" in virtù della quale si risponde «all'uguale con l'uguale»<sup>120</sup>; egli afferma che la pena, nella sua funzione di emenda, serve a rendere l'uomo intrinsecamente buono.

---

<sup>118</sup>Cfr. San Tommaso, *Summa Theologiae*, [41614] II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup> q. 61 a. 1 co. In [www.fulvionapoli.it/sommateologica/somma.htm](http://www.fulvionapoli.it/sommateologica/somma.htm)

<sup>119</sup>Cfr. Laura Boccenti, *La giustizia*, Il Timone, Quaderni, febbraio 2005, n.40, p.30-31.

<sup>120</sup> Costa, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, cit. pagg. 44 - 51.

Per quanto riguarda la pena capitale, dopo aver preso in considerazione le diverse interpretazioni nelle Scritture e nelle opere filosofiche di Aristotele, e le osservazioni teologiche di Sant'Agostino, così si esprime:

In base a quello che abbiamo detto, è lecito uccidere gli animali bruti in quanto essi sono ordinati per natura all'utilità dell'uomo, come le cose meno perfette sono ordinate a quelle perfette. Ora, qualsiasi parte è ordinata al tutto come ciò che è meno perfetto è ordinato a un essere perfetto. Perciò la parte è per natura subordinata al tutto. Ecco perché, nel caso che lo esiga la salute di tutto il corpo, si ricorre lodevolmente e salutarmente al taglio di un membro putrido e cancrenoso. Ebbene, ciascun individuo sta a tutta la comunità come una parte sta al tutto. E quindi se un uomo con i suoi peccati è pericoloso e disgregativo per la collettività, è cosa lodevole e salutare sopprimerlo, per la conservazione del bene comune; infatti, come dice S. Paolo: "Un po' di fermento può corrompere tutta la massa".<sup>121</sup>

Il tema del bene comune, presente anche nella *Summa contra Gentiles*, è sempre da considerare prevalente rispetto a quello particolare del singolo. È quindi possibile sottrarre un bene particolare al fine di conservare quello comune e ciò vale anche per la vita di quegli uomini che lo minacciano. San Tommaso, allo stesso modo dei suoi illustri predecessori, si riferisce alla pena capitale come alla possibilità di pagare insieme i debiti contratti con la giustizia umana e con quella divina. La pena della giustizia umana è quella comminata dell'autorità costituita, per cui non è ammessa la vendetta privata. La similitudine del corpo malato e dell'azione del medico, tanto cara ai filosofi dell'antichità, è di nuovo caratteristica dell'azione pubblica indirizzata a garantire la sicurezza della comunità<sup>122</sup>.

Questo breve riferimento storico ha messo in luce come le questioni relative alla pena, benché connesse all'esistenza di meccanismi sociali e individuali

---

<sup>121</sup>Cfr. San Tommaso, *Summa Theologiae*, [41758] II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup> q. 64 a. 2 co.

<sup>122</sup> «RISPONDO: Come abbiamo già dimostrato, è lecito uccidere un malfattore in quanto la sua uccisione è ordinata alla salvezza di tutta la collettività. Essa perciò spetta soltanto a colui, al quale è affidata la cura della sicurezza collettiva: come spetta al medico, cui è stata affidata la cura di tutto un organismo, procedere al taglio di un membro malato. Ma la cura del bene comune è affidata ai principi investiti della pubblica autorità. Perciò ad essi soltanto è lecito uccidere i malfattori, non già alle persone private» San Tommaso, *Summa Theologiae*, [41766] II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup> q. 64 a. 3 co.

storicamente differenziati, conservino tracce comuni. Il problema del danno, della necessità di limitare il trauma sociale e la reazione suscitata dal delitto, nonostante il trascorrere dei secoli resta ancora irrisolto e, secondo molti studiosi, presenta ancora diversi punti critici.

## CAPITOLO IV

### 4. La pena oggi e nel nostro ordinamento

#### 4.1 Premessa

In questo capitolo si affronterà l'argomento relativo alle principali teorie della pena, evidenziando le tematiche prevalenti nel nostro sistema. Poiché sull'argomento confluiscono diversi saperi e, quindi, posizioni molto differenziate all'interno delle varie discipline, appare opportuno precisare che ciò che si vuole mettere in evidenza è la fallacia di quegli orientamenti che intendono dare contenuto alle politiche securitarie oscurandone la sostanza regressiva attraverso l'asseccamento dei bisogni punitivi irrazionali. Con il riferimento alla pena detentiva e al carcere si vuole evidenziare quanto si sia ancora lontani dal considerare questo tipo di sanzione come *ultima ratio* cui ricorrere.

#### 4.2 Le principali teorie della pena

Ricordare schematicamente le principali teorie sulla pena consente di inoltrarci nell'esame della situazione attuale. Nella dottrina tedesca la distinzione è tra teoria assoluta e teorie relative, secondo se si considera la pena come un fine in sé o in base agli scopi che gli si possono attribuire; nella dottrina anglosassone invece la distinzione è tra teoria retributiva e teorie utilitaristiche, con riferimento al contrappasso per il male commesso nella prima e per lo scopo sociale attribuibile nelle seconde.

Nelle teorie assolute, cui si riconducono tutte le dottrine retributivistiche<sup>123</sup>, si punisce *quia peccatum est* quindi perché è stato commesso un delitto; nelle teorie

---

<sup>123</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, Roma-Bari 2004, pag. 242 dove vengono ampiamente

relative cui afferiscono le dottrine utilitaristiche<sup>124</sup> si punisce *ne peccetur* per impedire quindi che nel futuro si commettano altri delitti. Sinteticamente, nella teoria assoluta o retributiva muovendo dal presupposto che sia necessario ricompensare il bene con il bene e il male con il male, attraverso la pena si compensa il male, costituito dal delitto, è questa la finalità che gli si attribuisce; la pena riguarda la realizzazione dell'idea di giustizia e trova allora la ragione in se stessa<sup>125</sup>. Sebbene secondo la posizione di L. Ferrajoli

queste dottrine, come si è visto diffusissime, non sono altrimenti spiegabili se non come il frutto più o meno consapevole di una totale confusione tra diritto e morale, tra validità e giustizia, tra legittimazione interna e giustificazione esterna. La confusione è esplicita nelle concezioni della pena come "retribuzione etica", che attribuiscono direttamente alla pena un valore morale correlativo al disvalore morale ontologicamente associato al reato<sup>126</sup>

bisogna ricordare che, in particolare, la retribuzione giuridica mostra la riaffermazione da parte dello Stato, della propria autorità, attraverso l'applicazione della sanzione, così radicando il fondamento della pena nell'ordinamento giuridico.

Nell'ipotesi retributiva è punibile chi abbia realmente e volontariamente commesso la violazione e questo ancora la sanzione alla dimensione della colpa. Nel rapporto di proporzione tra pena e colpevolezza, T. Padovani rintraccia il contributo di civiltà giuridica della teoria retributiva, benché questi elementi

---

ricordati giuristi e filosofi che hanno innegabilmente contribuito alla teorizzazione della concezione retributivistica, tra cui Campanella, Kant, Hegel, Pellegrino Rossi, Antonio Rosmini fino ai più recenti Giuseppe Bettiol, Julius Fridrich Abegg.

<sup>124</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, pagg. 246-247, ci ricorda il lungo elenco degli utilitaristi tra cui Hobbes, Montesquieu, Beccaria, Filangeri, Bentham per citarne solo alcuni.

<sup>125</sup> «La teoria retributiva non attribuisce alla pena alcuno scopo da perseguire, ma un'idea di giustizia da riaffermare; perciò è considerata teoria "assoluta", e cioè svincolata da un riferimento finalistico contingente» Cfr. T. Padovani, *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano 2012, pag. 315.

<sup>126</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, cit., pag. 244.

possano valutarsi come limite negativo al potere punitivo dello Stato<sup>127</sup>. L'aspetto afflittivo della sanzione è una caratteristica ineliminabile come la proporzionalità tra il delitto e la misura della pena. Particolarmente utili, le considerazioni del Prof. Padovani, a sintetizzare la funzione retributiva quando

La reazione all'illecito diventa ufficio della comunità organizzata che si assume il compito di reprimere l'offesa punendo la colpevolezza del reo. In questa prospettiva, la retribuzione esprime un'esigenza etico-sociale primigenia di giustizia distributiva (a ciascuno secondo quel che ha meritato), o implica la riaffermazione simbolica del precetto violato<sup>128</sup>.

Si annoverano tra le teorie utilitaristiche i tre tipi di teorie della prevenzione. La prevenzione o intimidazione generale si ha quando attraverso l'inflizione della pena si vuole distogliere gli altri individui dal commettere delitti. Il carattere afflittivo della pena induce paura per la sanzione e quindi sarà la sua efficacia intimidatoria a servire da esempio per la prevenzione dei delitti<sup>129</sup>. La prevenzione speciale attribuisce alla pena lo scopo di intimidire o neutralizzare il singolo reo e così prevenire la possibilità che il colpevole nel futuro commetta altri reati. Altro tipo è la teoria dell'intimidazione o prevenzione mediante la minaccia contenuta nella legge penale, in questo caso l'iter punitivo contempla due percorsi: la minaccia del precetto e il momento dell'esecuzione della pena.

Alle teorie utilitaristiche è riconducibile la teoria dell'emenda che affida alla sanzione penale finalità educativa. Lo scopo della pena è quello della correzione del reo, che produce effetti dal punto di vista sociale e soggettivo. In questa visione, attraverso la rieducazione, il reo si riconcilia con sé e con la società, e giacché

---

<sup>127</sup> «Tale rapporto, per un verso, sottolinea come il reo sia da considerare "persona" anche nel momento della punizione [...] e, per un altro verso, pone un'origine invalicabile alle esigenze della potestà punitiva statale ( perché essa non può esercitarsi "oltre" la colpevolezza)». T. Padovani, *Diritto Penale*, cit., pag. 316.

<sup>128</sup> Cfr. T. Padovani, *Diritto Penale*, cit., pag. 315.

<sup>129</sup> «La pena svolge un effetto di *dissuasione*, perché intimidisce i consociati con la minaccia di una conseguenza negativa (deterrente), ed un effetto di *persuasione*, perché la comminatoria di una pena implica il messaggio che delinquere è male». Ivi, pag. 317.



bisogna raggiungere lo scopo, la pena potrebbe non essere determinabile apriori. Come nelle altre ipotesi correzionali la valutazione delle persone a fini trattamentali comporta la proposizione di interventi differenziati e ciò afferma una condizione di disuguaglianza.

Tra le teorie utilitaristiche è compresa anche quella della difesa sociale che dalla considerazione della criminalità come malattia sociale perviene all'idea di pena curativa, al punto che il trattamento medico s'impone alla sanzione. In quest'ottica l'attenzione è rivolta non alla colpa ma alla pericolosità del delinquente. La cura riservata al soggetto durerà fino a quando non saranno rilevabili le trasformazioni, pertanto i tempi e le condizioni potranno essere dilatati di volta in volta; la pena diventa, anche qui, sostanzialmente disuguale. Si affievoliscono in misura più che inquietante i limiti a tutela dei diritti individuali e di conseguenza anche il valore della vita e della dignità umana sono fortemente compromessi. Lo Stato appare libero e senza limiti alla libertà di punire, si mette a repentaglio in tal modo irrimediabilmente la certezza del diritto.

A livello sociale sembrerebbe prevalente il rispetto della legge per convinzione e non per costrizione, questo convincimento si riflette nella considerazione sulla funzione della pena, di cui s'individua, in prevalenza, la funzione di prevenzione speciale, nei confronti del reo. Per questi studi è l'autorevolezza morale del divieto che imponendosi al soggetto crea le condizioni per affidare al diritto penale un compito rilevante nel consolidamento del valore e della preservazione dei beni da tutelare nella società.

Le opinioni a riguardo sono ovviamente diverse pur partendo dalle stesse premesse; alcuni, infatti, affidano all'espansione della penalizzazione la funzione di prevenzione generale. Altri soprattutto negli Stati Uniti auspicano la rivalutazione della dimensione deterrente da affidare all'inasprimento delle pene. Tra gli orientamenti che, agganciandosi al bisogno di consolidamento della funzione del diritto, si propongono si assiste all'affermazione delle correnti neoretributive. Fornire ai cittadini la soddisfazione, attraverso l'accoglimento del bisogno emotivo di pena, è fenomeno che può dirsi presente a livello internazionale e in buona parte

delle società, sembra contarsi più sull'effettiva inflizione ed esecuzione pena che sull'intimidazione.

L. Eusebi così richiama le caratteristiche dei tre orientamenti, in cui è possibile intercettare la prevenzione generale positiva e la retribuzione; il primo considera necessaria la soddisfazione del bisogno di punizione dei cittadini e la pena compensa la frattura che il reato costituisce; il secondo orientamento prevede che il compito della pena sia quello di confermare l'esistenza delle norme penali, riaffermare l'autorità della legge e consolidare, in tal modo, l'autorità dello Stato; il terzo orientamento afferisce al concetto di prevenzione integratrice, trattato in particolare da Roxin, e contiene elementi puramente retributivi, perché capaci di appagare in termini sociopsicologici il senso di giustizia quando definisce l'entità della pena in ragione della colpevolezza, ma allo stesso tempo si occupa di operare una certa composizione sul piano interindividuale danneggiato dalla commissione del reato<sup>130</sup>.

In questi orientamenti neoretributivi si ritrovano tutti quegli elementi che tendono ad attribuire alla pena la funzione di rimozione del turbamento che il fatto criminoso suscita e di soddisfacimento del bisogno emotivo attraverso cui favorire la ricomposizione di comportamenti collettivi, sotto l'egida dell'emotività e dell'affettività. Espressioni queste ultime della vita di relazione che, se esclusive, dimostrano collocazioni e consapevolezza esistenziali poco elaborate e potenziali ostacoli all'individuazione di uguali garanzie di dignità all'interno della comunità. È, infatti, proprio sull'afflittività della sanzione che si modulano i comportamenti dei cittadini. I giuristi sostenitori del terzo orientamento ritengono di proporre tra le sanzioni penali forme di risarcimento del danno, i cui contenuti conciliativi proporrebbero la pacificazione dei conflitti oscurando gli elementi afflittivi della sanzione. In questi casi l'efficacia "generalpreventiva" non sarebbe più centrata sulla entità della pena, e, secondo i suoi sostenitori, si potrebbero valorizzare tutti quegli strumenti utili a mediare le contrapposizioni tra individui limitando al contempo la pretesa punitiva dello stato.

---

<sup>130</sup> Cfr. L. Eusebi, *La pena "in crisi"*, Editrice Morcelliana, Brescia 1990, pagg. 35 e ss.

### 4.3 La prevenzione generale e la prevenzione speciale

Queste teorie sono ancora oggi presenti nel dibattito relativo alla pena sia pure in formulazioni differenziate per la diversità dei contesti in cui trovano realizzazione. Il problema della prevenzione dei reati, con l'affidamento del compito al sistema punitivo, è diffuso e generalizzato; come, pure, la tendenza a

[...] concepire la punizione del reo in chiave strumentale: egli non viene punito per se stesso, ma per fornire un esempio agli altri<sup>131</sup>.

Questo sistema, peraltro, non si è mai discostato con significativi risultati dalla pratica di infliggere, sia pure legalmente, una sofferenza al membro della società che è stato giudicato colpevole. Si può anche aggiungere che la modalità punitiva che si è imposta come predominante, e in alcuni casi esclusiva, è la pena carceraria. La privazione di un bene comune a tutti, la libertà, ha contribuito a dare sostanza al principio di uguaglianza e alla possibilità di realizzazione di scopi pedagogici durante l'esecuzione della pena.

L'esaurimento delle varie modulazioni esecutive è da considerarsi come motivo della crisi che attualmente attraversa l'attribuzione di senso alla sua funzione. Contribuisce all'incertezza anche la difficoltà cui si va incontro nella individuazione di dati certi, indagini e statistiche, tali da mostrare l'eventuale diminuzione dell'attività criminale per l'efficacia della prevenzione generale affidata alla pena.

Si rende opportuna una riflessione riguardo al conseguimento della funzione di prevenzione generale<sup>132</sup> così come, in seguito, dell'efficacia specialpreventiva.

---

<sup>131</sup> Cfr. T. Padovani, *Diritto Penale*, cit., pag. 317.

<sup>132</sup> «Concezioni allargate della prevenzione generale fanno affidamento, prima che sull'intimidazione, sulla idoneità del diritto – e della sua imposizione coattiva – a sostenere la formazione ed interiorizzazione di modelli di comportamento. L'ipotesi che "l'uso della forza è uno dei fattori principali che concorrono alla formazione dei nostri *standards morali*", sembra trovare veste e fondamento aggiornati in una considerazione del diritto penale alla luce della psicologia del profondo». D. Pulitanò, "Politica Criminale", in *Diritto penale in*

Diventa prioritario accertare se è ancora possibile conseguire questo scopo affidato alla pena in considerazione della manifesta disfunzionalità tra l'obiettivo dell'integrazione sociale e la segregazione caratteristica principale della detenzione. Benché la dimensione risocializzante e rieducativa risulti ancora predominante nella gestione del soggetto condannato, gli elementi presenti nel dibattito sul ruolo del sistema penale sono alquanto contraddittori. Mentre si evidenziano richieste di depenalizzazione che tengano conto dei contemporanei assetti sociali, nuove domande d'intervento del diritto penale vengono avanzate per illeciti di nuova natura come per esempio quelli in materia economica o ambientale. Insieme con alcuni studiosi si può pensare che quest'attribuzione di competenza al diritto penale possa rivestire una certa utilità per il legislatore in quanto gli consente di derogare alle predisposizione di idonee risposte di carattere prepenalistico, attraverso opportune misure politico strutturali. Ciò che queste problematiche evidenziano è, quindi, la necessità di ricercare nella prevenzione il terreno in cui conciliare il sistema delle esigenze punitive con la reale tutela del bene dei consociati tale da garantire un'adeguata convivenza civile.

L'esclusività della funzione di prevenzione generale affidata al diritto penale mostra quanto altre istituzioni e fattori sociali siano intervenuti in maniera insufficiente sui bisogni della comunità. Ma occorre il massimo dell'attenzione sulla mancanza di equilibrio in tale affidamento poiché come sottolinea T. Padovani

Anche la teoria della prevenzione generale rischia di non porre limiti alla potestà punitiva statale, e di autorizzare, in realtà, un vero e proprio terrorismo punitivo: se si ritenesse che per impedire la commissione di certi reati sono efficaci sanzioni di spietata durezza e di inaudita crudeltà, nulla impedirebbe di farvi ricorso<sup>133</sup>.

---

*trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Giuffrè Editore, Milano 1985, pag. 20.

<sup>133</sup> Cfr. T. Padovani, *Diritto Penale*, cit., pag. 317.

Comunque, nell'ambito del diritto, è ben confermato l'orientamento che affida alle misure sanzionatorie idonee alla risocializzazione l'obiettivo della prevenzione generale.

Gli studi a proposito della percezione della norma sono ovviamente influenzati dalle scelte delle variabili utilizzate come coefficienti; osserva L.Eusebi

Il dato più significativo è espresso in questo senso dall'emergere di una netta prevalenza dell'efficacia preventiva attribuibile alle c.d. variabili del controllo *interno* (persuasione soggettiva della legittimità del divieto, attaccamento al sistema dei valori fondamentali, ecc.), rispetto a quelle del controllo *esterno*, rappresentate da contropunte estranee alla interiorizzazione dell'esigenza di tutela del bene in gioco ed agenti in termini di pura forza<sup>134</sup>.

Bisognerà aggiungere che, ai fini dell'individuazione della finalità di prevenzione generale, assume rilevanza la considerazione in cui

[...] il limite comune alle varie teorie esaminate è ch'esse ignorano la dinamica della pena, che non può essere considerata come sempre uguale a se stessa ma vive nell'esperienza giuridica in tre fasi distinte: a) edittale [...], b) giudiziale [...], c) esecutiva [...]. Ciascuna di queste fasi è caratterizzata da un diverso modo di atteggiarsi dei profili funzionali della pena<sup>135</sup>.

La funzione di prevenzione speciale della pena, diretta all'autore del reato, ha lo scopo di impedire che tale soggetto commetta, nel futuro, altri reati, ovvero *ne peccetur*. L'obiettivo è perseguibile, nella prevenzione speciale negativa con la neutralizzazione o incapacitazione del delinquente, cioè con la segregazione carceraria del reo o attingendo, anche, a sanzioni disumane come la pena di morte o altre forme d'interdizione giuridica; secondo altra impostazione, con l'emenda morale del reo, quindi sottolineandone il profilo di recupero morale interiore o la formazione di una rinnovata coscienza etico-civile attraverso la rieducazione. Inoltre l'obiettivo di prevenzione speciale può essere perseguito attraverso

---

<sup>134</sup> L. Eusebi, *La pena "in crisi"*, cit., pag. 24.

<sup>135</sup> Cfr. T. Padovani, *Diritto Penale*, cit., pagg. 317-318.

l'intimidazione, confidando, cioè, nell'efficacia dissuasiva che la condanna e la sua esecuzione può rivestire per la psiche del reo<sup>136</sup>.

Un'impostazione più moderna affida alla risocializzazione la realizzazione della funzione di prevenzione speciale positiva; la pena va adeguata non alla gravità del reato e alla colpevolezza, ma alla personalità e ai bisogni risocializzativi dell'autore. Il condannato, a prescindere dalle sue convinzioni morali, deve ricondursi ad uno stile di vita in linea con le regole della comunità. Mettere in primo piano la risocializzazione significa inserire criticamente, nel sistema sanzionatorio, la partecipazione della società alla soluzione dei problemi di politica criminale e contemporaneamente dare rilievo alla posizione del condannato. Valorizzare l'aspetto di garanzia della dignità umana del soggetto punito sarebbe assicurato dalla certezza di operare per un futuro d'integrazione e non di emarginazione. Tanto nel dibattito culturale quanto nella dottrina mettere al centro dell'indagine la dimensione problematica dell'idea risocializzativa ha significato occuparsi prioritariamente dell'incompatibilità insita nel sistema fondato sulla pena detentiva e sull'istanza di socializzazione.

Le critiche rivolte alle impostazioni specialpreventive muovono principalmente dalla non accettazione di forme di manipolazione della personalità del soggetto al fine di ottenere quell'integrazione sociale che deve essere, invece, il risultato della formazione di un consenso libero. Ancora più inquietanti sono quelle esperienze, realizzate in particolar modo in qualche paese nordeuropeo, in cui l'obiettivo della risocializzazione è stato perseguito con l'affermazione pratica di un vero e proprio trattamento terapeutico.

Partendo dal presupposto che il male riguarda i soggetti malati e non quelli sani della società si è identificata la punizione con l'intervento terapeutico, il cui principio fondamentale di riferimento dovrebbe, invece, essere la libera richiesta di aiuto del soggetto. Possono estendersi a questo tipo di esperienze alcune considerazioni di Foucault, fatte nell'ambito delle sue lezioni sulla funzione delle perizie psichiatriche in ambito penale,

---

<sup>136</sup> Cfr. Ivi, pag. 316.

Ciò che sarà giudicato e punito, ciò su cui ricadrà il castigo, sono proprio i comportamenti irregolari, che saranno stati proposti come la causa, il punto di origine, il luogo di formazione del crimine, e che ne sono stati solo il doppio psicologico e morale<sup>137</sup>.

Si mette, quindi, in evidenza come l'intervento sui comportamenti non si faccia carico della complessità del soggetto e della sua relazione con il mondo esterno. L'approccio terapeutico alla pena è, quindi, difficile da accettare, per la minaccia concreta alle garanzie fondamentali del soggetto interessato. Esso esclude, inoltre, la possibilità di una richiesta libera da parte del soggetto deviante, sia a proposito di una riconosciuta necessità terapeutica sia a proposito dell'adesione alle opportunità che, all'interno della sanzione, possono indurre il riconoscimento dei precetti violati e l'accettazione delle regole della convivenza civile.

Per favorire il percorso risocializzante bisogna, d'altra parte, ritenere opportuno fornire al soggetto deviante elementi di conoscenza sul significato che l'ordinamento attribuisce alle procedure e alle sanzioni adottate nei suoi confronti così da permettergli di decidere quale atteggiamento assumere nei confronti della pena inflittagli. Nell'idea di prevenzione speciale, la pena deve nel futuro consentire al soggetto interessato l'accettazione della norma trasgredita e l'adesione alle regole di convivenza civile. Resta più oscura la definizione del percorso di uscita dalla marginalità che pure può essere individuata come la condizione maggioritaria tra i soggetti in espiazione.

Rispetto agli orientamenti della pena di prevenzione generale o retributiva, è comunque apprezzabile, nell'ordinamento orientato alla risocializzazione, la disponibilità a prendere in considerazione chi ha violato le regole ipotizzando la possibilità di reintegrazione nel sistema sociale, nel rispetto della sua dignità umana. Anche se teoricamente l'idea di prevenzione speciale mette in crisi il concetto di determinatezza della pena, in quanto considerata suscettibile di modifiche durante l'espiazione, la necessità di ancorare il soggetto a punti di

---

<sup>137</sup> M. Foucault, *Les anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, trad.it. Feltrinelli Editore, Milano 2002, pag. 26.

riferimento certi per un programma sul suo futuro, rende inaccettabile un'idea di pena indeterminata. Così come può rivelarsi particolarmente lesivo il difetto della prevenzione speciale rilevato da T. Padovani quando

in nome della difesa sociale, essa non pone alcun limite alla potestà punitiva statale: poiché la pena deve guardare al futuro, se la prognosi risulta sfavorevole, il trattamento punitivo potrebbe protrarsi<sup>138</sup>.

È compito dello Stato di diritto, quindi, predisporre gli strumenti per la realizzazione della finalità risocializzante assicurando la garanzia giuridica dei diritti individuali.

La prospettiva del reinserimento sociale, inteso come scopo della pena, riconoscendo una responsabilità sociale nella manifestazione della devianza, ha sostanzialmente contribuito a superare il carattere puramente repressivo della pena; l'ambito in cui si dibatte è se il sistema ha realizzato la finalità di tutela della società e se sono stati garantiti i diritti degli individui condannati e di coloro che sono con essi in relazione<sup>139</sup>.

#### 4.4 Risocializzazione e detenzione

L'aspetto contraddittorio della pena in funzione risocializzativa è rappresentato dal fatto che il carcere e quindi la segregazione non possono considerarsi, strumenti ideali per il percorso di reinserimento sociale, né tantomeno è possibile ipotizzare la dilatazione della reclusione per favorire tale percorso. La reclusione, infatti, dovrebbe essere presa in considerazione soltanto alla presenza di elementi

---

<sup>138</sup> Cfr. T. Padovani, *Diritto Penale*, cit., pag. 316.

<sup>139</sup> «D'altro canto, la teoria della prevenzione speciale reca anch'essa un essenziale contributo di civiltà giuridica: concependo la pena come uno strumento finalizzato al recupero del delinquente e alla sua riabilitazione, essa postula che l'apparato punitivo si orienti e si strutturi in modo da rendere possibile questo risultato positivo» T. Padovani, *Diritto Penale*, cit., pag. 317.



eccezionali, in grado di giustificarne l'uso per garantire la tutela di determinati beni.

Tali obiezioni sono state sollecitate dall'affermarsi in ambito penalistico di un'idea della risocializzazione come caratteristica intrinseca della modalità sanzionatoria a discapito del precedente modo di vedere, centrato sull'idea della verifica da parte dello Stato dei cambiamenti intervenuti nella condizione del condannato. Le posizioni critiche nei confronti del rapporto tra detenzione e socializzazione si sono, nel tempo, incrementate oscillando tra chi ritiene assolutamente inconciliabili le due realtà, e tra chi ritiene che gli elementi introdotti per realizzare la reintegrazione sociale dei condannati, e quindi anche quelli introdotti con l'ordinamento penitenziario, siano utili per il condannato, che potrà essere considerato soggetto di diritti sociali e non semplice oggetto del trattamento.

La centralità del carcere non è stata mai messa in discussione, neanche quando sono state previste misure alternative alla detenzione. Queste, infatti, non sono mai state strutturate in maniera autonoma ma sempre con funzione di attenuazione o sostituzione della pena inflitta o prevista edittalmente; inoltre, è previsto il ricorso alla carcerazione nell'ipotesi di trasgressione delle prescrizioni cui il condannato è sottoposto. Si può quindi pensare che il sistema sanzionatorio fondato sulla risocializzazione non articoli differenze nelle finalità sostanziali tra carcere e misure alternative, pur sostanziandosi per il riconoscimento dell'inalienabile dignità umana del reo, cui si accompagna il ruolo della comunità per l'ammissione di corresponsabilità sociale nella produzione di percorsi devianti. Il riconoscimento da parte del reo del valore della norma violata, la sua adesione a una condotta rispettosa del bene giuridico offeso possono essere intesi anche come sostegno alla funzione del precetto penale in senso genealpreventivo.

Alcuni studiosi indicano quale valore da attribuire al sistema della pena in cui prevale l'idea risocializzativa, la possibilità che offre alla strategia penalistica di comporre gli interessi dei singoli soggetti con quelli collettivi. L'Eusebi ravvisa, anche, una capacità sussidiaria nella pena come sopra intesa, individuabile quando

il reo, spesso proveniente da una storia di percezione di estraneità all'ordinamento giuridico e alla solidarietà sociale, può ricostituire un legame con la società <sup>140</sup>.

Nel percorso risocializzante la presenza di modalità che favoriscano la rivisitazione dell'atto deviante e un diverso atteggiamento nei confronti dello stesso, sono ritenuti indicatori di una reale modificazione comportamentale che può favorire una relazione inclusiva con il mondo esterno. Alcuni operatori penitenziari declinano questo bisogno di stretto collegamento con la realtà esterna con la proposizione del carcere come comunità sociale.

Poiché non è possibile spostare all'esterno tutta l'esecuzione penale si declina l'attenuazione della valenza d'istituzione totale inserendo il carcere all'interno di una rete sociale. In questa ipotesi il carcere dovrebbe rappresentarsi come comunità educativa che si confronta con le altre comunità presenti nel territorio sperimentando nuovi assetti di convivenza sociale. Promozione di gruppi esperienziali dove si possa accogliere il bisogno di reinserimento praticando scambio di conoscenza tra i soggetti coinvolti. Si risponderebbe, in queste condizioni, al bisogno di comunicare sentito tanto nelle istituzioni totali, quanto nella comunità libera. Anzi, è intuibile come la carcerazione possa amplificare questo bisogno per la situazione di allontanamento del recluso dal suo ambiente, dalla sua famiglia, dai suoi riferimenti esistenziali.

Ipotesi lontane dall'alternativa di A.Baratta che, già in tempi non recenti, proponeva di ridefinire il concetto di risocializzazione partendo

[...] dalla premessa che la reintegrazione sociale del condannato non può e non deve avvenire *attraverso* la pena (detentiva) ma *nonostante e contro* la pena»<sup>141</sup>

con ciò intendendo come prioritario il contrasto degli effetti negativi che la privazione della libertà esercita nel percorso di reinserimento. Tra i vari elementi

---

<sup>140</sup> Cfr. L. Eusebi, *La pena "in crisi"*, cit. pag. 102.

<sup>141</sup> Cfr. A. Baratta, "Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione" in *Dei Delitti e delle pene* n.3/94, Gruppo Abele Periodici, Torino 1996, pag. 140.

programmatici da ricercare un posto di rilievo è occupato dal problema del *reincontro* del detenuto, con la dimensione di connessione tra la sua storia personale e il contesto dei conflitti nella società. La risocializzazione quale obiettivo prioritario della finalità rieducativa della pena è imposto nel nostro ordinamento dalla Costituzione.

#### 4.5 *La pena nella Costituzione Italiana*

La Costituzione Italiana sancisce il principio di legalità e di irretroattività della pena all'art. 25, con il divieto di irrogare sanzione diversa da quella prevista dalla legge per un determinato reato. Si può quindi punire, nei minimi o massimi edittali, per un fatto previsto dalla legge come reato al momento in cui è stato commesso il fatto, così com'è possibile applicare, in aggiunta o in alternativa alla pena, la misura di sicurezza, sulla base dell'accertamento della pericolosità sociale, soltanto nei casi previsti dalla legge. Fassone osserva che l'accoppiamento della pena con la misura di sicurezza, mentre affida a quest'ultima una funzione di prevenzione speciale non può che restituire alla pena una funzione di prevenzione generale<sup>142</sup>.

L'art. 27 sancisce, al primo comma, che la responsabilità penale è personale, pertanto ciascuno è responsabile delle proprie azioni e nessun può essere punito per un fatto commesso da altri. L'imputato, al secondo comma, è considerato innocente sino alla condanna definitiva <sup>143</sup> cioè fino a quando non viene riconosciuto colpevole della commissione di un reato, soltanto da quel momento potrà avvenire l'esecuzione della pena.

Il terzo comma dell'art. 27 introduce il richiamo vincolante all'umanizzazione della pena vietando qualsiasi trattamento contrario ed esigendo quindi che la norma operi in tutti i luoghi in cui si manifesta la forza dello Stato. Il principio umanitario non è disgiunto dalla finalità rieducativa della pena che sempre il terzo

---

<sup>142</sup> Cfr. E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna 1980, pag. 75.

<sup>143</sup> Principio sancito all'art.11 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, [www.un.org](http://www.un.org) e all'art.48 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2010/C 83/02eur-lex.europa.eu

comma dispone affermando che le pene«devono tendere alla rieducazione del condannato». Rimanda quindi a un concetto di relazione finalizzato a ripristinare un posizionamento nella vita sociale, del soggetto condannato, a seguito del riconoscimento e del rispetto dei valori fondamentali della comunità.

Fin dall'esordio questa disposizione ha stimolato un acceso dibattito tra le posizioni rappresentative delle diverse provenienze culturali e politiche dei Costituenti. La prima formulazione del testo, che così enunciava in prima battuta:

Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità

dava il segno di una nuova sensibilità politica.

La sperimentazione personale del carcere, che molti Costituenti avevano fatto durante il fascismo, li aveva messi in relazione anche con i detenuti comuni e quindi servì da stimolo per superare quell'impostazione custodialistica e paternalistica, la cui finalità era di plasmare il detenuto secondo il modello predefinito dal regime. Come ci ricorda E. Fassone con l'affermazione di una recuperata identità tra lo Stato e i cittadini

una volta assegnata al popolo la sovranità e restituito ai cittadini il ruolo di protagonisti delle scelte politiche, il concetto di rieducazione perde ogni impronta paternalistica, e può diventare veicolo non di -bonifica umana- ma di promozione<sup>144</sup>.

Alla fine del dibattito e dopo la bocciatura di varie altre formulazioni, la Commissione dei 75, dell'Assemblea Costituente, approvò un testo in cui le due proposizioni furono invertite collocando in primo piano il principio di umanizzazione e in secondo piano il dato innovativo della finalità rieducativa delle pene. I resoconti dei lavori della Commissione fanno ritenere allo stesso E. Fassone

---

<sup>144</sup> Cfr. E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., pag. 72.

che alla base delle differenti posizioni si trovasse la contrapposizione tra le idee della Scuola classica e quelle della Scuola positiva.<sup>145</sup>

Riconosciuta la finalità rieducativa come unico scopo, la stessa è da considerarsi anche come limite alla proposizione di altre finalità, pertanto dovrà essere compito del legislatore approntare gli strumenti legislativi per consentire la realizzazione di detta finalità. In effetti, è con l'introduzione della legge n. 354 del 26 luglio 1975 di riforma dell'ordinamento penitenziario che si concretizza compiutamente il principio rieducativo, in quanto viene disposto che deve essere attuato un trattamento rieducativo finalizzato al reinserimento sociale, nei confronti dei detenuti e degli internati, anche attraverso contatti con l'ambiente esterno.

Numerosi sono i pronunciamenti della Corte Costituzionale tesi a riconoscere quale fine ultimo della pena il recupero sociale del condannato con il conseguente obbligo per il legislatore di approntare politiche adeguate al suo perseguimento. Si riporta un passo della sentenza n.313/1990 della Corte Costituzionale, poiché da la misura alla definizione di funzione della pena e di valenza delle disposizioni costituzionali, utili alla commisurazione della sanzione:

In verità, incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi. Così come è vero che alla sua natura ineriscano caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque. Ma, per una parte (afflittività, retributività), si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale. Per altra parte, poi (reintegrazione, intimidazione, difesa sociale), si tratta bensì di valori che hanno un fondamento costituzionale, ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando

---

<sup>145</sup> Cfr. Ivi, pag.126.

il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena<sup>146</sup>.

Sempre in sentenza, si descrive la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra la finalità rieducativa e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione, situazione che sarebbe rappresentata dal significato e dalla scelta di utilizzare il verbo tendere. In altre parole bisogna garantire e stimolare il percorso rieducativo accettando comunque la libera determinazione del detenuto rispetto all'adesione. Se si considerasse un dovere per il condannato l'adesione al trattamento, si realizzerebbe un'inquietante compressione di diritti fondamentali del soggetto. A tal proposito bisogna riflettere sull'aspetto premiale presente in tutta la legislazione riguardante l'esecuzione della pena, perché in grado di condizionare le scelte sia del detenuto sia di chi ne cura l'applicazione. Considerando inoltre che un sistema organizzato sull'accesso premiale ai benefici oscura l'art. 3 della Costituzione nella parte in cui onera la Repubblica di rimuovere gli ostacoli allo sviluppo della persona umana, quindi ad operare per rimuovere tutte le situazioni che generano esclusione e, soprattutto, che la perpetuano.

È evidente che per realizzare questa condizione occorrono politiche sociali, piuttosto che esclusive politiche penali. Particolarmente controversa e, al momento, di difficile soluzione è la valutazione della pena dell'ergastolo prevista dall'ordinamento. La previsione di una pena perpetua appare, infatti, abbastanza incompatibile con la rieducazione, ove questa venga intesa come l'acquisizione, da parte del soggetto, di capacità tali da consentirgli di vivere nell'ambiente sociale e ricomporre il sistema delle reti relazionali. La diffusa accettazione dell'ergastolo sembra sostenuta dall'affermazione dell'idea polifunzionale<sup>147</sup> della pena, la cui

---

<sup>146</sup> Cfr. Sentenza n.313 del 26/06/1990, Presidente F. Saja, Redattore E. Gallo [www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html](http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html)

<sup>147</sup> «La "polifunzionalità" della pena di Vassalli affonda le sue radici nella nascente ideologia del dialogo, parola d'ordine dettata dall'emergere di nuove forze, che occorrerà mediare» Cfr. E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, cit., pag.95 e nota 256.

esecuzione deve mettere in comunicazione e conciliare le diverse finalità. Quindi nella rieducazione in carcere si possono riconoscere sia la realizzazione dei fini di prevenzione speciale, sia la riaffermazione del diritto violato, sia la funzione di prevenzione generale per l'appagamento dell'esigenza d'intimidazione cui risponde.

Piuttosto che prendere in considerazione i rilievi d'incostituzionalità e comunque di palese incompatibilità delle istanze di risocializzazione con la segregazione perpetua, il legislatore ha preferito estendere la riforma e i benefici anche ai condannati all'ergastolo, per i quali la liberazione condizionale, costituisce, l'ultima e definitiva misura che ne favorisce la risocializzazione. Ai fini dell'ammissione alla liberazione condizionale, raggiunto il previsto limite di pena già espiata, bisognerà partendo dalla gravità e dalla pericolosità sociale manifestata con il delitto, valutare il ravvedimento del condannato, quale risultato di una costante e progressiva partecipazione al percorso rieducativo. Siffatte soluzioni inducono a condividere le posizioni di quei costituzionalisti che considerano la possibilità di accesso alla liberazione condizionale come dimostrazione dell'incostituzionalità della pena perpetua. Come illustra A. Pugiotto quando osserva che

il diritto al trattamento non equivale al dovere del detenuto di sottoporvisi, altrimenti riemergerebbe pericolosamente un rapporto di supremazia speciale dell'ordinamento penitenziario sul condannato (sentenza .26/1999). E poiché l'ergastolano è l'unico detenuto che - aspirando a un fine pena diverso dalla morte dietro le sbarre - non può che sottoporsi al trattamento penitenziario per poter sperare di accedere alla liberazione condizionale (Valentino), la pena del carcere a vita rivela, anche sotto questo profilo, tutta la sua incostituzionalità<sup>148</sup>.

Situazione che non riguarda gli ergastolani che espiano l'ergastolo ostativo, per i quali vige la preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari in quanto autori di reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario, a meno

---

<sup>148</sup> A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, Relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti del 28/05/2014 in *Diritto Penale Contemporaneo* del 10/06/2014, rivista on line <http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/-/3127>

che, ai sensi dell'art. 58-ter dello stesso ordinamento, non vi sia stata "collaborazione" con la giustizia. In questi casi si può parlare di trattamento differenziato nella sostanza; di negazione della finalità rieducativa sacrificata in nome della sicurezza della comunità e quindi della prevalenza della funzione di prevenzione generale.

Un'incompatibilità insanabile tra la pena perpetua e la minore età del reo, è stata dichiarata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 168 del 28 aprile 1994. La Corte è pervenuta alla dichiarazione d'illegittimità attraverso l'interpretazione della finalità rieducativa dell'art. 27 nella dimensione di particolare protezione che l'art.31 della stessa Costituzione accorda all'infanzia e alla gioventù; contestualmente ha richiamato gli obblighi derivanti dall'osservanza delle numerose convenzioni internazionali. A questo proposito val la pena rilevare come le disposizioni delle normative internazionali ratificate dall'Italia sono abbastanza articolate per quanto riguarda il senso di umanità e i trattamenti degradanti.

Quanto previsto dalla Costituzione richiede la predisposizione di mezzi idonei per la realizzazione; è necessario, cioè, che durante la detenzione non siano sacrificati, o peggio non subiscano una contrazione, i diritti di cui anche i detenuti sono titolari. Invece, più volte, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per il mancato rispetto di diritti fondamentali nel corso della detenzione da quello alla salute alla privacy nella corrispondenza, allo spazio vitale a disposizione di ciascun detenuto.

Nel successivo quarto comma, l'art.27 abolisce la pena di morte. A tal proposito val la pena ricordare che la Costituzione aveva lasciato alla legge ordinaria la possibilità di mantenere o eliminare la pena di morte nei casi previsti dalle leggi militari di guerra. Con legge 13 ottobre 1994, n. 589 è stato soppresso il riferimento alla pena capitale ancora esistente nel codice penale militare di guerra, mentre è con la legge di revisione costituzionale n.1 del 2007 che si è definitivamente abolita la norma in Costituzione.

Con questa scelta la Costituzione conferma la centralità della finalità rieducativa declinata verso il recupero del reo; questa finalità può realizzarsi soltanto con la



risocializzazione e non possono essere contemplate ipotesi di esclusione, né previste pene irreversibili.

Si può notare che gli importanti principi su cui la comunità internazionale ha lavorato, dopo il secondo conflitto mondiale, per definire e garantire la materia dei diritti umani, trovano nella Costituzione una sicura affermazione. Tra cui il principio *nullum crimen nulla poena sine lege* previsto dall'art.25, la presunzione di non colpevolezza prevista dall'art. 27 insieme al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e alla finalità rieducativa della pena. Per altri doveri imposti dalle Convenzioni internazionali, si provvede con numerose norme contenute nella legislazione ordinaria. Al momento, a causa delle inadempienze nel recepimento degli indirizzi da perseguire, ci sono delle materie sulle quali gli organismi internazionali rilevano violazioni da parte dell'Italia.

#### *4.6 Il carcere e la sua percezione sociale*

La comunità odierna, com'è stato descritto nel capitolo precedente, non sempre appare interessata alla definizione, nell'esercizio del proprio diritto alla libertà, del limite accettabile per non danneggiare l'altrui libertà. Sembra presente, inoltre, a livello sociale il disinteresse ad assumere come principio generale la necessità di diritti garantiti per tutti, e nello stesso tempo non emergono concreti tentativi di conoscenza delle ragioni alla base dell'esclusione e della negazione dei diritti di cittadinanza.

Le richieste proposte dalla violenza nei rapporti sociali alla domanda di autorità, dal bene comune da tutelare all'adeguatezza dell'intervento statale, devono essere trattate quindi, per gli effetti che individualmente possono derivarne. In questo modo si eviteranno astrazioni ma anche assolutizzazioni e potrà essere superata la situazione di conflitto tra le funzioni dichiarate e quelle latenti del diritto penale.

La connessione tra legalità e illegalità, indubbiamente condizionata dal rapporto tra cultura dominante e subalterna, si esplicita sovente in interventi istituzionali pensati come rispondenti all'immaginario collettivo ma possibilmente lontani dai

bisogni diffusi nella società. È ormai improrogabile agire per fare emergere un dibattito che riaffermi, con più forza del passato, i limiti della risposta detentiva, solleciti il superamento dei riferimenti teorici che ne fondano l'esistenza, ma soprattutto sia in grado di fare emergere una diffusa sensibilità alle pratiche di esclusione. Bisogna dar rilievo a quelle posizioni che individuano come

In questi anni si è passati dalla richiesta di una sicurezza sociale alla richiesta di una sicurezza individuale, e quindi dallo Stato sociale a quello che taluno ha chiamato lo Stato penale, cioè uno Stato che ha sul sottofondo questa musica inquietante della tolleranza zero. È dall'esterno, allora è dalla dimensione della cultura che bisogna partire per ricostituire un costume sociale diverso<sup>149</sup>.

Urgenza sempre più incombente quando si prenda in considerazione la situazione attuale del carcere dove il deterioramento delle condizioni di vita, a causa dell'eccessivo sovraffollamento e della scarsa allocazione di risorse, evidenzia sempre più gli aspetti custodialistici e repressivi. Tendenza che peraltro tende a inficiare anche le misure alternative alla detenzione tanto per l'aspetto normativo quanto per quello applicativo; fatte salve le ipotesi di ricorso a queste misure per rispondere a situazioni emergenziali o far fronte a improrogabili obblighi internazionali.

Sulle pene alternative alla detenzione in carcere si concentrano l'allarmismo e le richieste di tipo securitario particolarmente enfatizzate mediaticamente e scarsamente contrastate dai politici, per il timore degli effetti che potrebbero determinare nell'area del consenso. La loro applicazione, con il coinvolgimento delle amministrazioni locali e più in generale della comunità esterna nei percorsi rieducativi, insieme alla concomitante situazione d'inasprimento delle condizioni di reclusione e all'esclusione di alcune categorie di detenuti dall'accesso ai benefici, contribuisce a rendere sempre più ambivalente il sistema carcere<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Cfr. E. Fassone, *Quando il carcere insegna*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.1, Ministero della Giustizia, Dipartimento amministrazione penitenziaria, Roma 2004, pag. 39.

<sup>150</sup> «Le politiche securitarie in piena auge rafforzano inesorabilmente il sovraffollamento delle carceri e indeboliscono il pur possibile ampliarsi delle misure alternative al carcere. Un richiamo costante alla "certezza

La centralità che la detenzione in carcere possiede, come modalità di espiazione della pena, trova conferma nelle disposizioni riguardanti le misure alternative, che non godono di un circuito autonomo e specifico ma sono intanto definite alternative alla detenzione e direttamente collegate allo stesso circuito di proposta, controllo e sorveglianza. Prevalentemente si accede alle misure per la partecipazione all'opera di rieducazione, che si sostanzia nella regolarità del comportamento, verificato all'interno dell'istituto penitenziario, nel senso di responsabilità che il soggetto mostra di possedere nella condivisione del programma di trattamento individuale predisposto dagli operatori istituzionali. Emerge in questo iter procedurale il carattere disciplinare dell'intervento dell'istituzione che non delega il ruolo di controllo del processo punitivo.

È facile pensare che il sistema induca a preferire le situazioni dove emergono elementi di conformismo, e ciò insieme alla riduzione all'ottica premiale della valutazione del comportamento del recluso, può negare l'accesso alle misure alternative ai soggetti con maggiore difficoltà d'inserimento; determinando per questi ultimi un probabile circuito irreversibile di emarginazione. Il riferimento premiale, infatti, può comportare la distinzione tra soggetti il cui accesso al trattamento proiettato verso la risocializzazione è possibile e soggetti per i quali ci si limita a un'azione puramente repressiva.

Il trattamento relegato alla funzione di strumento di contrasto della pericolosità del soggetto s'iscrive nella dimensione repressiva della pena abbandonando la funzione rieducativa centrale nel nostro ordinamento. In questo modo si affida al carcere il compito di contenimento e risoluzione dei problemi sociali più gravi, potendo ipotizzare che nel circuito permangano per un tempo più lungo i soggetti provenienti dalle fasce sociali più precarie e, per questo, più deprivate. Queste

---

della pena", dalle più varie fonti. La diffusione del richiamo rende il concetto del tutto vuoto, porta ad ignorare tutte le indicazioni della Corte Costituzionale a difesa del sistema delle misure alternative. Nel frattempo anche tale sistema è pervaso dalla preoccupazione della sicurezza e rischia di oscurare, con la sua preoccupazione di essere pena, la sua funzione di strumento di socializzazione» S. Margara, *Un'altra patria?*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.1, Ministero della Giustizia, Dipartimento amministrazione penitenziaria, Roma 2004, pag. 43.

sono proprio le situazioni in cui dovrebbe realizzarsi la funzione peculiare della relazione di aiuto stimolando la modifica degli approcci emotivi, affettivi e razionali del soggetto, per migliorarne la condizione esistenziale e renderla più funzionale alle richieste provenienti dall'ambiente sociale.

La situazione di crisi dell'istituzione è aggravata, dalle condizioni di fatiscenza di alcuni istituti penitenziari, dal sovraffollamento che riduce gli spazi di agibilità della vita quotidiana del detenuto, dalla carenza di risorse a disposizione per l'attivazione di attività interne in grado di coinvolgere il maggior numero possibile di detenuti o da utilizzare per programmi di recupero individualizzati, orientati all'inserimento sociale come previsto dalla finalità rieducativa. Tutte condizioni che gravano sulle incongruenze presenti nel sistema; certamente tra queste va annoverata l'ambivalenza insita al concetto di trattamento che, mentre è diretto alla promozione della personalità del condannato, risulta concepito anche dall'ordinamento penitenziario come mezzo per l'organizzazione dell'istituto penitenziario.

Questa ambivalenza rivela l'allontanamento dal modello di riferimento della pena in cui la quantità di sofferenza doveva retribuire il danno prodotto dal reato all'economia di mercato, il modello cioè del carcere-fabbrica. Adesso il carcere deve simbolicamente rispecchiare la nuova realtà sociale caratterizzata dalla complessità, ma non riesce a definire una nuova natura né tantomeno a modificare l'idea di detenzione e ciò ovviamente complica la situazione.

Si afferma da parte del diritto il compito di rafforzare e assicurare la stabilità del sistema sociale e il carcere partecipa alla produzione di tutte quelle immagini che tornano utili, dal punto di vista simbolico, alla creazione di nemici pubblici comuni e di consenso, partecipando del sistema di controllo. Il declino del sistema assistenzialistico mette in crisi sia il livello teorico sia quello applicativo degli interventi trattamentali connessi al contrasto della devianza e del disagio personale. Poiché assicurare il godimento di beni materiali e la sicurezza diviene il collante del consenso sociale, quando questi beni sono minacciati nella gestione dei

conflitti si propongono scelte più punitive, in conformità a una rinnovata enfaticizzazione della responsabilità soggettiva.

Il processo di decentramento che coinvolge la rete dell'amministrazione della cosa pubblica si estende anche alle competenze delegate agli enti locali nella partecipazione alla gestione del controllo della devianza. Così nel sistema, come si è detto, trovano spazio anche situazioni diverse come ad esempio il ricorso alle misure alternative alla detenzione, con forme di controllo meno strutturate nel territorio.

Per l'influenza sia della riduzione della spesa pubblica sia delle nuove applicazioni scientifiche e tecnologiche, vengono sperimentati interventi particolari e specifici che tendono a relegare sempre di più il carcere entro la cornice d'istituzione totale, particolarmente onerosa dal punto di vista economico e particolarmente degradata dal punto di vista della sostenibilità delle condizioni di vita soggettive. Guardando alla tendenza alla legittimazione in base ai risultati pratici e ai procedimenti tecnici tanto il diritto penale quanto quello penitenziario non può che orientarsi all'introduzione di misure che tengano conto della diversa realtà sociale.

Ci troviamo, quindi, in una situazione in cui sono presenti elementi ambivalenti e in contraddizione; infatti, a fronte di spinte alla severità e all'afflittività della sanzione con estensione delle ipotesi di carcerazione considerate capaci di garantire sicurezza e protezione degli interessi diffusi, troviamo anche interventi di decarcerizzazione con misure collegate e gestite informalmente nel territorio. Si promuove la risocializzazione, l'attenzione alle caratteristiche della personalità così come l'importante coinvolgimento della comunità nella gestione della devianza; ma anche questo tipo di interventi non si sottrae alla presenza di elementi ambivalenti perché nell'informalità del controllo si sottopongono lo stesso i soggetti a misure restrittive i cui effetti dispiegati nel tessuto sociale possono risultare particolarmente discriminanti e limitanti per la libertà soggettiva.

Tutto ciò rende evidente come un settore così importante per il sistema delle relazioni, per l'integrità della personalità, per la tutela di diritti fondamentali, sia talmente esposto a continue variazioni per la subordinazione alle scelte politiche del momento. Prevale l'impossibilità a uscire dai luoghi comuni in cui la pena detentiva viene spesso relegata condizionando la creazione di un discorso culturale capace di insinuarsi tra queste ambivalenze, presenti nel sistema, e utilizzarle per mettere in comunicazione posizioni differenti. Trovano più attenzione posizioni come quella sintetizzata da G. La Greca per cui

[...] sebbene tante critiche vengano rivolte al carcere la sua esistenza corrisponde a bisogni avvertiti dalla società, che può rinunciare ad esso solo quando soluzioni alternative risultino realisticamente pronte e sufficientemente efficaci<sup>151</sup>.

A parere di G. Mosconi, invece:

Il carattere sostanzialmente repressivo dell'istituzione, reso centrale e inaccettabile dalla sua stessa esistenza, e l'enorme potenziale di mobilitazione del consenso, rappresentato dall'allarme per la criminalità, come irrinunciabile risorsa politica, appaiono destinati a polarizzare regressivamente ogni processo<sup>152</sup>.

Dunque, il venir meno delle condizioni che consentivano l'affermazione dei principi teorici fondanti la legittimazione del carcere ha di fatto spinto l'istituzione ad un deterioramento e progressivo peggioramento delle condizioni di vita con una funzione autolegittimante. Per questo il carcere si presenta, oggi, come un residuo d'ideologie ormai decadute e come risposta violenta e grezza alle esigenze di controllo cui si contrappone la possibilità a livello istituzionale di adottare tecniche più sperimentali e scientifiche e meno ideologiche. Per queste non si

---

<sup>151</sup>Cfr. G. La Greca, *Carcere e Fattore "Tempo"*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.1, Ministero della Giustizia, Dipartimento amministrazione penitenziaria, Roma 2004, pag. 16.

<sup>152</sup>Cfr. G. Mosconi, *Dentro il carcere oltre la pena*, cit., pag.111.

nutrono diffusamente grandi speranze, considerando che fino a questo momento sono comunque stati vincenti gli orientamenti più restrittivi e più ancorati alla conservazione dei principi quali retribuzione, prevenzione, rieducazione.

A questo proposito val la pena ricordare come anche a livello internazionale siano stati fatti degli sforzi per cercare di affermare e uniformare gli orientamenti e le finalità dell'esecuzione penale. Già le *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, contenute nella *Raccomandazione* del Comitato dei ministri della Comunità europea del 12 febbraio del 1987, poneva al primo punto delle finalità

assicurare condizione umane di detenzione e di trattamento positivo nel quadro di un sistema moderno e progressivo<sup>153</sup>.

Il riferimento al sistema moderno forse avrebbe potuto stimolare la ricerca di contenuti culturali più in armonia con il pensiero e il sistema di relazione delle attuali società. Nella *Raccomandazione* (2006) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle *Regole penitenziarie europee*, che sostituisce la precedente, al primo comma dell'art. 90 si stabilisce che

Le autorità penitenziarie devono costantemente informare l'opinione pubblica circa lo scopo del sistema penitenziario e il lavoro svolto dal personale penitenziario al fine di incoraggiare una migliore comprensione del ruolo del carcere nella società<sup>154</sup>.

Buona pratica che potrebbe contribuire a una percezione più realistica della funzione delle strutture penitenziarie di cui l'opinione pubblica generalmente osserva la presenza nel territorio e per il resto soltanto immagina la vita che dentro vi si svolge. Le *Regole penitenziarie europee* sono molto dettagliate nel prendere in considerazione tutti gli aspetti, procedurali e organizzativi, che riguardano i reclusi condannati, in custodia cautelare, differenti per età o per

---

<sup>153</sup> Cfr. *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, 1987 su [www.coe.int](http://www.coe.int)

<sup>154</sup> *Raccomandazione R (2006) 2 dell'11 gennaio 2006*, [www.coe.int](http://www.coe.int),

genere, auspicando che la vita in carcere sia il più possibile vicino agli aspetti positivi della vita nella società libera (art.5)<sup>155</sup>.

#### 4.7 Il trattamento

La legge n. 354 del 26 luglio 1975, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (O.P.) ha modificato il modo di considerare il detenuto e la sua posizione all'interno del carcere al fine di favorire la finalità rieducativa prevista dalla Costituzione. Con il Decreto del Presidente della Repubblica n. 230 del 30 giugno 2000, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà* (R. E.) è stato abrogato il precedente regolamento di esecuzione del 1976 con disposizioni a conferma e sostegno del principio costituzionale della funzione rieducativa. Il nuovo regolamento di esecuzione rivolge maggiore attenzione alla condizione del detenuto e alla possibilità di un'esecuzione della pena orientata all'esterno.

Ai sensi di questa normativa è il trattamento, lo strumento da utilizzare all'interno del carcere, per perseguire la finalità rieducativa della pena. Il trattamento penitenziario, inoltre, deve essere conforme a umanità e assicurare il rispetto delle persona, deve tendere attraverso i contatti con l'ambiente esterno al reinserimento dei condannati e degli internati e inoltre deve essere individualizzato tenendo conto delle specifiche esigenze del soggetto (artt. 1 O.P. e 1 R.E.).

---

<sup>155</sup> L'ultimo rapporto, SPACE I pubblicato dal Consiglio D'Europa il 29/04/2014, basato su statistiche relative alla popolazione carceraria e alle sanzioni non detentive nel 2012, rileva in Italia una problematica situazione di sovraffollamento inferiore soltanto alla Serbia e un preoccupante numero di suicidi in carcere. Si rileva inoltre un eccessivo ricorso alla custodia cautelare indicativo della sottovalutazione del principio di presunzione di innocenza.  
[http://www3.unil.ch/wpmu/space/files/2014/05/Council-of-Europe\\_SPACE-I-2012-E\\_Final\\_140507.pdf](http://www3.unil.ch/wpmu/space/files/2014/05/Council-of-Europe_SPACE-I-2012-E_Final_140507.pdf)



Per gli imputati, sottoposti a misure privative della libertà, il regolamento di esecuzione (art.1) affida al trattamento il compito di offrire interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali; per i condannati e gli internati, il trattamento rieducativo è diretto a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, così come delle relazioni familiari e sociali che rappresentano un ostacolo a un'adeguata partecipazione sociale. L'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto connessi alle eventuali carenze psico-fisiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio all'instaurazione di una normale vita di relazione sono gli elementi essenziali da acquisire attraverso l'osservazione scientifica della personalità, come disposto dall'art.27 del R.E.

Oltre a raccogliere i dati giudiziari e penitenziari, clinici, psicologici e sociali per valutare come il soggetto abbia vissuto le sue esperienze, sarà necessario raccogliere la disponibilità ad usufruire del trattamento insieme alla riflessione sulle condotte antiggiuridiche poste in essere. La percezione delle motivazioni e delle conseguenze negative di quanto agito possono attivare all'interno del trattamento possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa. Si evince che, dal punto di vista dei principi, il trattamento prevede un contesto complessivo di rapporti ed interventi capace di proporsi come la trama di un tessuto relazionale costruttivo.

L'attenzione a come il soggetto abbia vissuto e viva le sue esperienze e a come sia disponibile a usufruire delle opportunità che il trattamento offre, orienta verso la valorizzazione della persona e delle sue reti relazionali, ma nello stesso tempo evidenzia una considerazione della devianza in cui appaiono più che periferici gli aspetti sociali e istituzionali che pure contribuiscono alla sua produzione. Poiché garantire le condizioni di ordine e di sicurezza della struttura sono elementi essenziali per perseguire le finalità trattamentali, è possibile pensare che, nelle citate condizioni di difficoltà dell'istituzione, si delinei uno sbilanciamento verso istanze disciplinari; che prevalgano, cioè, considerazioni sulla regolarità della condotta del detenuto all'interno del carcere. Annosa questione riscontrabile già

all'origine dell'istituzione carceraria, quando assicurarne la sicurezza e l'ordine interno ha determinato l'adozione di sistemi, che consentissero di correggere i comportamenti dei detenuti per renderli funzionali a tali esigenze.

Sebbene il passaggio a una visione positivista dell'intervento sul detenuto abbia affermato la funzione rieducativa della pena, la permanenza del carcere come luogo dove questa si sarebbe dovuta dispiegare ha mantenuto il principio di conformità alle esigenze di ordine, in linea con la rigidità strutturale difficilmente superabile. L'introduzione della valutazione sulla pericolosità ha, però, reso possibile diversificare le modalità di esecuzione introducendo anche la possibilità di misure alternative alla detenzione.

La funzione rieducativa, prevista dall'attuale ordinamento, attribuisce all'operatore penitenziario la funzione di ascolto e di raccolta di quelle informazioni che il soggetto recluso ritiene alla base della sua richiesta di aiuto e che serviranno a istaurare un rapporto di fiducia in cui prevalga la valutazione delle potenzialità soggettive e non quella delle scelte comportamentali. Resta il dubbio che il contesto penitenziario possa garantire questo tipo di approccio i cui requisiti essenziali dovrebbero essere la sincerità del soggetto e l'adeguatezza dei mezzi a disposizione della stessa istituzione. Tra le tante, bisogna considerare sia la minaccia proveniente dall'impossibilità all'interno del carcere di produrre relazioni significative come quelle che la realtà esterna può garantire, sia l'incognita rappresentata dal ritorno allo stato libero, vero terreno nel quale verificare l'efficacia dell'attività trattamentale posta in essere.

Sono diversi gli elementi che possono fare considerare come insanabile nel soggetto la frattura tra esperienza detentiva e realtà esterna. La privazione di stimoli e di opportunità, la stabilizzazione del conflitto tra gli interessi e le aspettative attribuiscono alla detenzione una quota di sofferenza difficilmente elaborabile all'interno di società complesse come le contemporanee; è necessaria, pertanto, una riflessione sulla adeguatezza e sulla proporzionalità accettabile tanto a livello soggettivo quanto a quello sociale. Un utilizzo del carcere in senso estensivo e indiscriminato, come spesso richiesto e come avviene nel presente, può

riprodurre soltanto devianza o addirittura altre forme di patologie sociali; mentre un superamento del concetto di afflittività proporzionata e retributiva può consentire di pervenire a una risposta alla devianza coerente con la complessità sociale. Lo scollamento tra realtà interna al carcere e realtà esterna tende a comprimere sia la complessità dell'esperienza soggettiva sia la complessità della società come descritta in precedenza, pertanto è necessario valutare come questa riduzione, di fatto, ostacoli un adeguato reinserimento sociale, obiettivo ultimo del trattamento e della pena. Altro effetto negativo che concorre a ostacolare il processo di risocializzazione è l'etichettamento che può conseguire dalla condizione di detenuto.

A questo punto è possibile affermare che molto probabilmente è necessario rimodulare la definizione di devianza e la messa a punto dei sistemi di gestione. Non è difficile cogliere una sostanziale disegualianza, prodotta dalla correlazione tra individualizzazione della pena e risocializzazione, in quanto al peso che assumono nella definizione della pena le diverse condizioni economiche, sociali e culturali degli individui puniti. Insistere nell'ignorare interventi nel sistema di relazioni sociali in cui la devianza si produce, rende l'intervento sul soggetto improduttivo sotto il profilo delle trasformazioni e rafforza soltanto il carattere punitivo della pena. Appare necessario lavorare verso l'attivazione di forme di sperimentazione molteplici capaci di tenere conto della complessità, presente nelle nostre società, e ridurre il pericolo della sproporzione e dell'iniquità della risposta all'agire deviante; in ogni caso è indispensabile sfuggire all'ancoramento ideologico e limitare sempre di più il ricorso al carcere come sistema di punizione.

#### *4.8 Le teorie abolizioniste e altre ipotesi*

Le valutazioni sul sistema di selettività della giustizia penale, rivolto principalmente agli strati sociali più bassi della società, l'arbitrarietà affidata a un apparato burocratico e a un sistema formalizzato, unitamente a un'indignazione

morale nei confronti della barbarie del sistema delle pene, sono punti rilevanti nell'elaborazione del pensiero abolizionista. L. Hulsman, autorevole rappresentante del movimento abolizionista, così descrive

L'inumanità del sistema penale proviene in parte dalla situazione reciproca tra l'imputato e gli agenti che hanno a che fare con lui. Nel contesto di questo sistema, dove chi è accusato non può parlare davvero, dove non ha l'occasione di dire di sé, il poliziotto, il giudice, quand'anche volessero ascoltarlo, *non possono farlo*. Il tipo stesso di rapporti istituito da questo sistema crea delle situazioni inumane<sup>156</sup>.

Hulsman pensa che il sistema penale lungi dal rispondere a un bisogno di giustizia oggettivo assolve il compito di proteggere dal pericolo, costituito in quel momento e in quella data società, dall'Altro. E, infatti, la sua analisi si concentra sulle situazioni riconducibili alla *delinquenza comune*, cioè tutti i fenomeni prossimi di minaccia e di violenza al patrimonio e alla sicurezza personale degli individui. Il professore olandese auspica un approccio alla conoscenza della realtà non di tipo normativo ma fenomenologico o materialista e un contrasto all'eccesso d'istituzionalizzazione, centralizzazione e professionalizzazione nel processo di conoscenza.

Questi ultimi elementi insieme alla burocratizzazione dell'intervento costituiscono, secondo Hulsman dei filtri che danno una visione stereotipata sia del criminale come soggetto, sia del suo ambiente, sia dell'atto che gli viene rimproverato, introducendo una condizione di etichettamento. Nel senso che

il sistema penale deruba del loro conflitto le persone direttamente implicate. Appena un problema viene gestito dall'apparato della giustizia, cessa di appartenere a coloro che ne sono stati protagonisti, etichettati una volta per tutte come il "delinquente" e la "vittima"<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup>Cfr. J. Bernat de Célis, L. Hulsman, *Pene Perdute, Il sistema penale messo in discussione*, Edizioni Colibrì, Torino 2001, pag. 36.

<sup>157</sup>Cfr. Ivi, pag. 77.

In questa prospettiva il reato non viene riconosciuto come una lacerazione della trama di relazioni che costituiscono il tessuto sociale che, invece, rappresenta. Si produce, quindi, uno svilimento della vittima che intanto perde di soggettività quando il sistema, supponendo analoghi bisogni e reazioni nelle vittime, impone la risposta di sua competenza, cioè la reazione punitiva. La mancata relazione tra chi punisce e chi è punito, come il mancato riconoscimento di autorità, inficerebbe il principio di legittimità della pena.

Tali considerazioni sono affiancate da una valutazione del carcere come universo alienante, in cui il condannato oltre a perdere il legame con il mondo degli affetti e della vita quotidiana si trova proiettato in un universo artificiale completamente negativo, e ciò non può che orientare verso la definizione della carcerazione come una sofferenza sterile e improduttiva di senso.

Per Hulsman abolire la pena è inteso come intervento di trasformazione del sistema penale concepito come organizzazione statale con il potere di produrre un male senza l'accordo dei soggetti interessati. Questo convincimento non esclude il riconoscimento della responsabilità personale e della possibilità di misure coercitive, che egli concepisce per quegli aspetti che possano riattivare pacificamente il tessuto sociale. Dunque, è nei contesti di prossimità e nelle relazioni interpersonali che possono essere recuperati e affidati significati concreti ai concetti di punizione e di responsabilità individuale.

La ricaduta sociale dovrebbe collocarsi nella possibilità di negoziare la condizione di conflittualità, presente laddove si pone la questione del riconoscimento e dell'accettazione delle differenze. È evidente come un ruolo importante sia affidato a tutte le iniziative e le politiche di prevenzione oltre ai comportamenti e alle pratiche di tolleranza, poiché capaci di costituire terreno fertile a oculare valutazioni degli atteggiamenti problematici. Sono questi che, nel corso della storia e con le distinzioni dovute alle particolarità dei vari paesi, vengono classificati come crimini dimostrando di far parte integrante delle scelte culturali e politiche.

Lo stile argomentativo degli studiosi di orientamento abolizionista, che qui saranno ricordati, attinge alla loro grande e affermata professionalità nell'ambito

delle scienze giuridiche ma anche all'esperienza personale di vita dentro la comunità attraverso richiami continui alle buone pratiche agite nelle relazioni familiari e sociali. Esprimono in questo modo il bisogno di un linguaggio nuovo e coinvolgente che emarginando quello burocratizzato consenta l'accesso alla riflessione, su problemi così importanti per la convivenza sociale, a un numero di soggetti sempre più ampio. Consapevoli delle grosse difficoltà che la realizzazione del progetto abolizionista incontra, essi lo propongono come metodo per l'esame e la critica del pensiero penale attuale. È apprezzabile l'apertura al dialogo proposta dagli abolizionisti poiché può concorrere ad accreditare forme di reazione più benevole di quelle fino a questo momento utilizzate per contrastare le attività illecite. Perfino L. Ferrajoli, severo critico delle teorie abolizioniste, riconosce che

Il punto di vista abolizionista – proprio perché si colloca dalla parte di chi subisce il costo delle pene anziché da quella del potere punitivo, ed è quindi *esterno* programmaticamente alle istituzioni penali vigenti – ha dunque avuto il merito di favorire l'autonomia della criminologia critica, di sollecitarne le ricerche sulle origini culturali e sociali della devianza e sulla relatività storica e politica degli interessi penalmente protetti, e quindi di contrastare, forse più d'ogni altro orientamento teorico, il latente legittimismo morale delle dottrine penali dominanti<sup>158</sup>.

Uno dei rilievi più significativi che il movimento abolizionista fa all'attuale sistema penale è il suo dimostrarsi inadeguato proprio agli scopi utilitaristici affidatigli, la pena non assolve alla funzione di prevenzione generale e insufficienti appaiono i benefici che ne derivano sia ai soggetti coinvolti sia alla società. Alla base della risposta del sistema penale nella sua complessità sta la definizione di crimine che per questo è al centro dell'attenzione degli autori abolizionisti. Per N. Christie il punto di partenza è che

---

<sup>158</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, cit., pag. 238.

Il crimine non esiste. Solo gli atti esistono, atti cui spesso vengono attribuiti diversi significati all'interno di differenti strutture sociali. Gli atti e i significati loro attribuiti sono i nostri dati. La nostra sfida è quella di seguire il destino di questi atti attraverso l'universo dei significati<sup>159</sup>.

Poiché la considerazione che l'autore ha degli atti è che questi non sono ma divengono, il crimine, che è solo uno dei modi in cui è possibile classificare atti indesiderabili, è il prodotto di un processo culturale, sociale e mentale. È molto interessante la posizione di Christie che ritiene favorevole, all'attribuzione del significato di crimini ad atti indesiderati, la condizione di vita tra estranei e solitaria che caratterizza le società attuali. Bisognerebbe collocare le azioni sgradite e inaccettabili dentro un sistema di relazioni più ampie e diversificate e non essere espropriati dalla gestione del conflitto. Quest'ultimo potrebbe essere utilizzato dalle parti coinvolte, sia vittime sia colpevoli, come risorsa per la promozione di una giustizia partecipativa in cui dare senso alle proprie azioni riappropriandosi della gestione dei propri vissuti.

Christie ritiene che una forma radicale di abolizionismo non sia sostenibile, sia perché è necessario tutelare chi non desidera partecipare al processo di riconciliazione sia per la possibilità di sopraffazione che una delle parti, in alcuni contesti socioculturali, può affermare. Egli, pertanto, definisce la sua posizione prossima al minimalismo e la sua vicinanza alla tesi abolizionista non gli impedisce di accettare l'inevitabilità della punizione in alcuni casi. La condizione è che la punizione risulti una delle opzioni percorribili e che l'analisi non parta dal crimine ma dai conflitti, questo significherebbe non precludersi la possibilità di scelta con l'adesione esclusiva all'ipotesi penale<sup>160</sup>. Prevalenza della sfera penale che può

---

<sup>159</sup> Cfr. N. Christie, *Una modica quantità di crimine. Società mono-istituzionale e cultura della pena*, Edizioni Colibrì, Milano 2012, pag. 28.

<sup>160</sup> In queste considerazioni si avverte la distanza dall'idea di minimalismo penale propugnata da Ferrajoli che nel suo lavoro sosterrà «la necessità di abbassare e in prospettiva di abolire le pene detentive perché eccessivamente e inutilmente afflittive e per molti aspetti dannose, nonché di limitare le proibizioni penali alle sole esigenze di tutela che definiscono lo schema del diritto penale minimo. Ma difenderò al tempo stesso, contro le ipotesi propriamente abolizionistiche e contro quelle sostituzionistiche, la forma giuridica della pena, siccome tecnica

anche considerarsi collegata allo svilimento delle competenze sociali riguardo alla gestione dei conflitti e delle condizioni di marginalità. L'approccio al sistema delle sanzioni deve condursi partendo dai valori fondamentali condivisi nella società e suo collante. È necessario stabilire

quale tipo di pena e quale tipo di distribuzione del dolore riteniamo accettabili per la nostra società, chiedendoci fino a quale limite sia accettabile una crescita del settore penale se non vogliamo che siano compromessi i valori della bontà, il carattere civile della nostra società e la sua coesione<sup>161</sup>.

Quando la punizione si definisce come atto disarmonico si concentra l'attenzione su un atto che intenzionalmente attribuisce una sofferenza ad altri esseri umani. La pena del carcere è quindi valutata per la sofferenza che impone nella società. In primo luogo crea una divisione, poiché ampi settori sono considerati pericolosi e per i soggetti coinvolti l'uscita da questa dimensione è oltremodo ostacolata.

La possibilità che la carcerazione distrugga il tessuto sociale e relazionale di tante persone è molto alta in quanto vengono disarticolati i nuclei familiari, con effetti negativi sia nell'accudimento della prole sia nell'inserimento scolastico e professionale per non dire di quello lavorativo. Anche le relazioni affettive sono compromesse dalle carcerazioni producendo instabilità delle relazioni parentali. L'alternativa per Christie dovrebbe essere offrire a

queste popolazioni una parte normale di società normale: istruzione, lavoro, partecipazione politica e culturale. L'attuale uso della carcerazione di massa blocca la strada verso questo tipo di sviluppo<sup>162</sup>.

La strada da percorrere deve essere caratterizzata da condizioni che promuovano comportamenti accettabili, frenino l'espansione dell'apparato penale e soprattutto

---

istituzionale di minimizzazione della reazione violenta della devianza socialmente non tollerata e di garanzia dell'incolpato contro gli arbitri, gli eccessi e gli errori connessi a sistemi a-giuridici di controllo sociale» L. Ferrajoli, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, cit., pag.236.

<sup>161</sup> Cfr. N. Christie, *Una modica quantità di crimine. Società mono-istituzionale e cultura della pena*, cit., pag. 162.

<sup>162</sup> Cfr. Ivi, pag.158.



promuovano impegno alla riduzione dell'uso della pena. In quest'ottica l'esistenza delle istituzioni penali per le situazioni incontrastabili e difficili assume una valenza positiva e segna anche il limite accettabile e insuperabile a livello sociale.

Le ipotesi diverse d'intervento muovono da considerazioni che pongono in primo piano il recupero dell'equilibrio, frantumato dall'azione trasgressiva, attraverso risposte sociali positive. Intese queste come situazioni, in cui i soggetti coinvolti si ritrovino nella dimensione della comunicazione e dell'interazione, finalizzata alla reciproca comprensione.

La giustizia riparativa è intesa come la ricerca di soluzioni agli effetti del conflitto, istauratosi a seguito dell'atto illecito, con la finalità di riparare sia alle conseguenze prodotte dalla trasgressione della regola sia di promuovere il senso di sicurezza collettiva.

Non si tratta di ridurre l'intervento a bonarie ricomposizioni, bensì di coinvolgere i protagonisti in fatiche personali, emotive e cognitive, in grado di condurre a forme di riparazione, restituzione, risarcimento del danno o addirittura *compensazione* (non in senso retributivo)<sup>163</sup>.

Prevale, quindi, la disponibilità dei protagonisti ad assumere consapevolezza dei propri sentimenti e delle proprie responsabilità riconoscendo anche la realtà dell'altro.

La giustizia riparativa affida alla relazione tra il reo e la vittima e la collettività la possibilità di affermare consenso nei confronti della norma, di superare l'improduttività della punizione, di diffondere il ricorso al dialogo anche in situazioni dolorose, di sollecitare un cambiamento nella relazione tra i soggetti e di stimolare l'assunzione di responsabilità.

Secondo G. De Leo, l'essere responsabili riveste, sul piano interindividuale, un carattere insostituibile

---

<sup>163</sup> Cfr. I. Marchetti, C. Mazzucato, *La pena 'in castigo', Un'analisi critica su regole e sanzioni*, cit., pag. 234.

poiché la nozione evoca l'idea del rispondere e ciò contiene il nesso necessario con i rapporti e i legami sociali. D'altra parte, la responsabilità sociale non è neppure concepibile senza un'adeguata valorizzazione della soggettività individuale <sup>164</sup>.

È proprio la soggettività a essere valorizzata nelle forme di giustizia riparativa e conciliativa, sia nelle sedi istituzionali interne sia in quelle internazionali, poiché è nelle procedure adottate che si offre uno spazio alla storia delle persone coinvolte, così riconoscendone e tutelandone la dignità. La libera partecipazione al procedimento di mediazione o conciliativo utile a trovare, al di fuori del sistema giudiziario tradizionale e con l'aiuto di un facilitatore, soluzione alle questioni sorte con il delitto, rappresenta un passo in avanti verso l'incontro tra le necessità individuali e quelle collettive.

Come visto nei precedenti capitoli, nelle sedi istituzionali internazionali, consistente è stato l'impulso al ricorso a forme di giustizia riparativa e conciliativa e, infatti, diverse *Raccomandazioni del Consiglio d'Europa* e diverse *Risoluzioni dell'ONU* trattano ampiamente la questione. Muovendo dal bisogno di assistenza e di trattamento da riservare alle vittime<sup>165</sup>, si individua una possibilità per la vittima di essere ristorata della sua sofferenza nel confronto e nel dialogo, che i servizi di giustizia riparativa possono offrire; per l'autore del reato, che ravvisa il disvalore della sua trasgressione nonché la necessità del riavvicinamento a

---

<sup>164</sup> Cfr. G. De Leo, *Psicologia della responsabilità*, Laterza, Bari 1996, pag. 17.

<sup>165</sup> La direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea del 25 ottobre 2012 istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. La direttiva, molto articolata e dettagliata, considerando di grande beneficio per le vittime i servizi di giustizia riparativa come la mediazione vittima-autore del reato, ritiene opportuno che questi servizi pongano al centro gli interessi e le esigenze della vittima, la riparazione del danno da essa subito; al fine di evitare ulteriori danni, si adottino garanzie volte ad evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, l'intimidazione e le ritorsioni. Nelle Disposizioni Generali, l'art. 12 - Diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa - invita gli Stati membri a adottare tutte le misure opportune a garantire la sicurezza delle vittime nei servizi di giustizia riparativa e nello stesso tempo ribadisce che il ricorso a questo tipo di servizi avviene solo se è nell'interesse della vittima, che sceglie liberamente di farvi ricorso e può in qualunque momento revocare il suo consenso. [www.dirittopenaleeuropeo.it](http://www.dirittopenaleeuropeo.it), 15/09/2014.

comportamenti condivisi, si profila la possibilità di essere riammesso nella comunità. In diversi Paesi sono attivi percorsi di mediazione penale, più sovente esperiti nell'ambito della giustizia minorile. Anche in Italia si hanno alcune sperimentazioni in ambito minorile sebbene il dibattito sia, ancora, ristretto alla possibilità di attuare l'attività di mediazione nell'ambito del sistema penale italiano; solo il decreto legislativo 274/00<sup>166</sup> la prevede tra le competenze del giudice di pace, indicandola come attività posta all'esterno del sistema giustizia cui ricorrere per aiutare la conciliazione tra le parti. Con la Legge n. 67 del 28 aprile 2014 si delega il Governo ad adottare decreti legislativi in materia di detenzione non carceraria e di riforma del sistema sanzionatorio; inoltre si dispone in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova.

Quando si pensa che ci si può relazionare in vista dello stare insieme armoniosamente e non in vista di un premio o di un castigo, come scrive G. Colombo, si muove dalla prospettiva in cui è centrale la disponibilità al perdono e all'accoglienza dell'altro<sup>167</sup>. Partendo dalla constatazione che le vittime non si risarciscono con la punizione, poiché questa non procura la riparazione della dignità infranta, si pensa che il perdono, praticato nella conferma dell'atto lesivo e non nella cancellazione, possa operare per il recupero della relazione. In generale

perché sia effettivo, perché produca conseguenze, il perdono presuppone una relazione responsabile. Chi perdona ha la responsabilità di ri-accettare; chi è perdonato ha la responsabilità di usare assennatamente ciò che riceve, e cioè di essere ri-accettato <sup>168</sup>.

Si ritiene comunque che nell'ambito del processo tradizionale non sia possibile una valutazione positiva del perdono che, invece, può trovare applicazione nell'ambito della pena. Questa può essere sostituita promuovendo un rapporto tra il reo e chi ha subito gli effetti dell'infrazione della regola. Rapporto al cui interno

---

<sup>166</sup> Cfr. art. 29 del Decreto Legislativo del 28/08/2000 n. 274, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 15/09/2014.

<sup>167</sup> Cfr. G. Colombo, *Il perdono responsabile*, Ponte alle Grazie, Milano 2011, pag. 83.

<sup>168</sup> Cfr. Ivi, pag. 87.

il primo assuma la responsabilità del comportamento passato e l'impegno per il comportamento futuro, e il secondo li accolga sia come riparazione del torto subito che come disponibilità a riammettere nella comunità colui che, con la trasgressione, se ne era discostato<sup>169</sup>.

L'assunzione di responsabilità, pur nella differenza delle rispettive posizioni, riguarda tutti i soggetti coinvolti, chi dona il perdono trasmetterà fiducia e accoglienza chi riceve dovrà responsabilmente ricostituire la relazione, e accettando l'inclusione dovrà assicurare un futuro scevro dal ricorso ad azioni lesive come quelle agite nel reato. Dimensione questa, che è possibile individuare anche nella posizione di L. Bollea quando considera che

Il perdono è infatti un dono, il dono del potere di ricominciare che obbedisce a una logica opposta a quella della colpa e della riparazione<sup>170</sup>.

La comunità è, in ogni caso, coinvolta per il fatto che deve predisporre all'accoglienza e al reingresso del soggetto trasgressore; il reato, infatti, ha creato danni alla vittima ma anche al tessuto sociale. A tal proposito, un'utile descrizione sul significato del perdonare, non circoscritto alla ricostruzione della relazione interpersonale a seguito di offesa, ci viene sempre da Laura Bollea quando dice che

Si tratta di riaprire per l'altro i giochi della vita, di sgombrare un macigno che gli ostruisce il cammino e di metterlo in condizione di ripartire. Nell'atto del perdono la pluralità umana assume chiaramente il significato etico del rimettere un debito, per quanto non stipulato, quello della comune umanità<sup>171</sup>.

Interessante è il dibattito sul perdono, trasversale a diverse discipline e oggetto d'interesse in ambito psicologico e psicoterapeutico. Benché di difficile importazione in ambito giuridico, gli spunti di riflessione che tale dibattito offre

---

<sup>169</sup>Cfr. Ivi, pag. 88.

<sup>170</sup>Cfr. L. Bollea, *Il coraggio dell'etica, Per una nuova immaginazione morale*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2012, pag. 139.

<sup>171</sup>Cfr. Ivi, pag. 138.

non possono essere sottovalutati quando si cerca di affermare nuove sensibilità utili alla risoluzione dei conflitti che emergono nelle attuali società.

Sottrarre all'umiliazione la dignità della persona è un imperativo che deve rendere disponibili a perseguire tutte le strade ipotizzabili. Per F. G. Paleari e S. Pelucchi gli studi fin qui condotti sul tema mettono in luce almeno tre diverse tipologie di perdono; il perdono interpersonale che coinvolge la vittima e l'offensore, su cui si sono prevalentemente concentrati gli studi; il perdono "intergruppi" che si concede, in seguito a conflitto tra gruppi sociali, al gruppo che ha agito in danni dell'altro; infine il perdono di sé che «è una forma di pacificazione e di benevolenza che il responsabile di un torto riconosce a se stesso»<sup>172</sup>.

Il percorso verso il perdono inizia dal riconoscere di aver subito un'offesa e continua con la rielaborazione di quanto avvenuto, questo può consentire alle reazioni negative del soggetto di essere sostituite, via via, da altre più positive, meno intense e dolorose. Il valore più importante attribuibile all'atto è che

il perdono è fondamentalmente un atto unilaterale, che ha per protagonista un'unica persona, la vittima, cui sola compete il diritto di negarlo o accordarlo<sup>173</sup>,

per realizzare le finalità riconosciutegli sia in termini ristorativi per la vittima sia in termini conciliativi è necessario che il torto subito non sia dimenticato. Nella consapevolezza che gli studi sono orientati ad evidenziare e sperimentare le potenzialità curative del perdono, l'aspetto che qui interessa è la distanza che essi rimarcano nei confronti del perdono comunemente inteso come oblio, diniego dell'accaduto, cancellazione o benevolenza.

Affermare l'esistenza del torto induce a dare rilievo all'assunzione di responsabilità e al bisogno di giustizia

---

<sup>172</sup> Cfr. F.G. Paleari, S. Pelucchi, "La ricerca psicosociale sul perdono interpersonale tra un passato recente e possibili sviluppi futuri" in *Teoria e clinica del perdono*, (a cura di) Barbara Barcaccia e Francesco Marini, Raffaello Cortina Editore, Milano 2013, pag.19.

<sup>173</sup> Cfr. F.G. Paleari, S. Pelucchi, "La ricerca psicosociale sul perdono interpersonale tra un passato recente e possibili sviluppi futuri" in *Teoria e clinica del perdono*, pag.22.

È soprattutto l'idea di giustizia ricostitutiva, in virtù della quale vittima e offensore hanno l'opportunità sia di esprimere e comprendere i vissuti e i reciproci punti di vista sull'accaduto sia di riallacciare gli eventuali legami, a essere strettamente associata all'idea del perdono: entrambi hanno una natura inclusiva, prosociale, orientata al risanamento delle relazioni <sup>174</sup>.

In quest'ottica ciò che può dirsi decisamente rifiutato è il ricorso alla vendetta e al risentimento; pertanto, introdurre nel dibattito relativo alla pena riflessioni che presuppongano un cambiamento del modo di pensare, può costituire un utile stimolo alla ricerca di nuove ipotesi di intervento che privilegino l'assunzione di responsabilità da parte dei soggetti coinvolti.

---

<sup>174</sup>Cfr. Ivi, pag. 28.

## **CAPITOLO V**

### **5. I diritti umani e la giustizia internazionale**

#### *5.1 Premessa*

Nella storia più recente delle comunità umane le diversità etniche, culturali e religiose sono state spesso ricondotte alla contrapposizione tra esseri buoni ed esseri abietti, per i quali sono stati considerati necessari trattamenti diversi. È sufficiente soltanto ipotizzare politiche di questo tipo per ritenere alcuni esseri umani utili e altri dannosi all'idea di società che s'intende realizzare. Purtroppo per tutto il XX secolo, e fino alle soglie del nuovo millennio, diverse sono state le occasioni in cui è stato operativo il progetto di eliminazione della parte considerata non utile.

Senza inoltrarsi nella storia del diritto internazionale, rivolgere uno sguardo alle principali istituzioni, create per rimediare ai danni causati dai conflitti, può consentire di valutare l'efficacia delle procedure previste e la loro funzione dissuasiva. I tentativi di sensibilizzare e risvegliare la coscienza umana attraverso la partecipazione delle comunità coinvolte, per ripristinare situazioni di sicurezza individuali e collettive, possono essere utilizzati per tracciare nuovi percorsi di integrazione e pacificazione, nel rispetto di tutte le differenze. Pertanto saranno ricordati gli accordi e le convenzioni internazionali, ritenuti più efficaci per l'affermazione e la tutela dei diritti imprescrittibili.

#### *5.2 La giustizia internazionale*

Se la giustizia e l'affermazione di procedure eque in questioni sostanziali, come l'accesso al godimento di beni o alla determinazione e comminazione di pene, sono legate al variare dei punti di vista morali e delle priorità di soddisfacimento dei

propri bisogni, come di quelli della comunità di riferimento, è utile percorrere le trasformazioni avvenute nelle norme internazionali. Queste rivestono, infatti, un importante ruolo nell'assicurare e affermare le istanze di giustizia reclamate nel XX secolo a seguito degli orrendi e numerosi crimini sia nelle guerre tra gli Stati sia tra gruppi contrapposti all'interno dello stesso Stato, accomunati tutti dall'entità delle ferite lasciate su estese comunità di individui.

La creazione di nuove istituzioni è testimonianza della consapevolezza che le società contemporanee sono moralmente eterogenee e caratterizzate dalla presenza di concezioni della giustizia spesso antitetiche ma, nello stesso tempo, evidenziano la forte necessità di procedere alla risoluzione dei conflitti. Gli effetti che le trasformazioni sociali hanno prodotto e producono sia sotto il profilo della percezione della pena sia nel suo aspetto applicativo saranno esaminati partendo dalla funzione che gli si attribuisce come risposta all'azione dannosa.

Anche se non abbiamo rivolto una domanda sul bene e sul male alle circostanze in cui viviamo, spesso lo sguardo delle circostanze si rivolge verso di noi, interrogandoci sul bene e sul male. E noi non possiamo rispondere che siamo indifferenti<sup>175</sup>.

Piace pensare che questa considerazione in apertura del saggio di Luigi Zoja possa rappresentare il sentire degli individui alla fine della Seconda Guerra Mondiale, perché è in quel momento che gli sconvolgimenti prodotti dagli eventi bellici sollecitano in ogni società un bisogno disperato e radicale di pace e di giustizia.

Gli effetti delle devastazioni e degli orrori vissuti, l'indebolimento dei codici etici tradizionali, esigevano interventi utili alla ricostruzione del tessuto sociale e di una equilibrata vita di relazione. Nella comunità internazionale si affermò il bisogno di definire e contrastare, con strumenti inediti, le gravissime violazioni dei diritti fondamentali degli individui per evitarne la riproposizione nel futuro. Prese sempre più forma il riferimento ai crimini internazionali per i quali si richiedeva

---

<sup>175</sup>Cfr. L. Zoja, *Giustizia e Bellezza*, Bollati Boringhieri, Torino 2011, pag. 7.



l'irrogazione di una sanzione penale a carico dei responsabili. Si cercava di sviluppare un sistema che, attraverso norme consuetudinarie e convenzioni internazionali, potesse essere strumento efficace e condiviso della comunità internazionale. Si trattava, comunque, di discutere del delicato e fondamentale principio della sovranità nazionale e anche di individuare quali norme sovrastatali si consideravano violate e quali soggetti dovevano essere ritenuti responsabili.

Quindi, oltre a tenere conto dell'influenza esercitata dalla storia dei rapporti tra i vari Stati, bisognava prendere in considerazione il non secondario problema per cui in crimini di questa natura, le azioni sono addebitabili a individui che rivestono specifiche funzioni all'interno dell'apparato statale. Riveste, quindi, importanza l'avvio dello sviluppo di un sistema di giustizia penale internazionale che, individuando con esattezza l'ambito delle proprie competenze, dia piena attuazione alle convenzioni stipulate e renda visibile alla comunità internazionale il forte disvalore attribuito alle violazioni.

Il sistema, inoltre, come opportunamente sostiene Hampshire<sup>176</sup>, dovrà affermare l'indispensabilità delle istituzioni internazionali, non solo per la negoziazione e la composizione dei conflitti, ma anche per la prossimità con la giustizia garantita agli individui. Fino a questo momento, sono tre le aree di riferimento della giustizia penale internazionale, quella relativa alle violazioni del diritto internazionale umanitario che tratta delle norme a disciplina dei conflitti armati e individua i crimini di guerra; la seconda relativa alle violazioni alla pace e alla sicurezza internazionale quindi riferita ai crimini di aggressione e contro la pace; e la terza, che si occupa delle violazioni delle norme sulla tutela dei diritti umani fondamentali con riferimento ai crimini contro l'umanità e al genocidio. Le

---

<sup>176</sup>«La mia tesi è importante perché, in primo luogo, sostiene la creazione di istituzioni e procedure unanimemente accettate dovrebbe avere la priorità sull'enunciazione di principi universali; in secondo luogo, perché sostiene che il rispetto per le istituzioni è soprattutto una conseguenza del loro uso ordinario e della loro graduale acquisizione di un carattere familiare» S.Hampshire, *Non c'è giustizia senza conflitto*, cit. pag. 39.

condizioni necessarie a perseguire tali categorie criminoso prevedono l'individuazione del comportamento criminoso, del contesto in cui viene agito e della volontà del soggetto ad agire quel determinato comportamento.

Per quanto riguarda i crimini di guerra già nel 1899 e nel 1907 erano state sottoscritte da diversi Stati sovrani le *Convenzioni* dell'Aja, con cui s'istituivano organismi e prescrizioni riguardanti gli armamenti ed il trattamento delle persone nelle diverse azioni di guerra<sup>177</sup>. A queste seguono le quattro *Convenzioni* di Ginevra del 1949, che sostituiscono quelle sottoscritte negli anni precedenti, integrate poi, nel 1977 e nel 1980, da tre *Protocolli* addizionali che costituiscono il "diritto di Ginevra" o diritto umanitario. Le *Convenzioni* contengono norme per la tutela dei feriti, dei malati, dei prigionieri di guerra e per la protezione delle persone civili in tempo di guerra; i due *Protocolli* del 1977 norme per la protezione delle vittime civili nei conflitti internazionali e conflitti interni ai singoli Stati. Subito dopo gli eventi bellici della Seconda Guerra Mondiale, con l'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945 fu istituito il *Tribunale Militare Internazionale di Norimberga* per giudicare, come recita l'art. 1 dello Statuto:

[...] i criminali di guerra i cui delitti non abbiano localizzazione geografica precisa, siano essi accusati a titolo individuale, o in quanto membri di organizzazioni o di gruppi, oppure per entrambi questi titoli<sup>178</sup>.

Per perseguire le atrocità commesse dai giapponesi, nel corso della guerra, durante le occupazioni delle nazioni asiatiche, il 19 gennaio del 1946 fu istituito il *Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente con sede a Tokyo*<sup>179</sup>. Tra gli

---

<sup>177</sup> In particolare, alla *Convenzione* del 1899, cui aderiscono 115 Stati, si deve l'istituzione della *Corte Permanente di Arbitraggio per la risoluzione pacifica dei conflitti* che ancora oggi, ha competenze di diritto internazionale pubblico e privato; la Corte tratta controversie come i problemi di confine, i Diritti dell'uomo, le controversie in materia di commercio ed altre simili. Cfr. *Cour Permanente d'Arbitrage (CPA)* in [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)

<sup>178</sup> Cfr. Patto di Londra e Statuto Tribunale Internazionale militare di Norimberga (1945) in [www.unipd-centrodirittiumani.it](http://www.unipd-centrodirittiumani.it)

<sup>179</sup> Cfr. Statuto del Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente (1946) in [www.unipd-centrodirittiumani.it](http://www.unipd-centrodirittiumani.it)

studiosi e gli esperti di Diritto Internazionale molte e diverse sono le valutazioni dell'importanza e del significato di questa istituzione. In questa sede, appare interessante ricordare come per la prima volta una giurisdizione non nazionale ha riconosciuto la responsabilità penale individuale per la violazione di norme sovranazionali, mentre è opportuno non dimenticare che essa rappresentò pur sempre il volere degli Stati alleati vincitori della Seconda Guerra Mondiale<sup>180</sup>. Bisogna sottolineare che, in quel momento, questi Stati non facevano riferimento ad un sistema giudiziario internazionale.

Un altro elemento importante è che con lo *Statuto* si avviò la creazione di regole e procedure atte a garantire una più efficace protezione dell'individuo, considerato nella complessità della sua soggettività e socialità. Gli atti fino a quel momento riconducibili a condotte militari e/o politiche furono per la prima volta definiti come crimini internazionali. L'accettazione di quanto stabilito nello *Statuto* sulla procedura e sulla definizione dei crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità, fu solennemente riconosciuta dall'Assemblea delle Nazioni Unite con l'approvazione della *Risoluzione n.3 del 13 febbraio del 1946 e n.95 del dicembre dello stesso anno*, ed ancora con quella n.177 del 21 novembre 1947 che insieme costituiranno i precedenti per la costituzione dei *Tribunali Penali Internazionali*.

All'art .6 lo *Statuto* elabora la nozione di crimini contro l'umanità e riveste particolare importanza perché, per la prima volta, si assiste alla creazione di una fattispecie criminosa che pone limiti al trattamento che uno Stato deve riservare ai propri cittadini.<sup>181</sup> In particolare, l'art. 6-c considera crimini contro l'umanità, l'assassinio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e tutti gli atti inumani commessi contro tutte le popolazioni civili, prima e durante la guerra, ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi; tale considerazione

---

<sup>180</sup> Cfr. N. Christie, *Una modica quantità di crimine, Società monoinstituzionale e cultura della pena*, cit., pag.142.

<sup>181</sup> Sull'individuazione delle responsabilità è l'art. 7 che così la definisce «La condizione ufficiale degli accusati sia come capi di Stato, sia come alti funzionari governativi, non potrà essere considerata né come esimente da responsabilità, né come circostanza idonea a giustificare una diminuzione della pena». *Statuto Tribunale Internazionale militare di Norimberga (1945)*,cit.

prescinde dal fatto che nel paese in cui quei crimini erano stati commessi il diritto interno li considerasse o meno violazioni.

Nel sistema di Norimberga questi crimini potevano essere puniti solo se collegati alla guerra, dovevano cioè essere connessi ad un crimine contro la pace, art. 6-a, o a crimine di guerra, art. 6-b. È, quindi, evidente come per la prima volta s'individuano dettagliatamente fattispecie incriminatrici per atti che, nel caso dei crimini contro la pace e crimini di guerra, non erano precedentemente mai stati oggetto di valutazione penale e, nel caso dei crimini contro l'umanità, non erano stati mai posti all'attenzione del contesto internazionale.

A essere sottoposti alla giurisdizione del Tribunale, per l'accertamento delle responsabilità, sono adesso le persone fisiche e non più gli Stati, come disposto sia nel precedente Patto di Parigi<sup>182</sup> sia nelle convenzioni in vigore fino a quel momento. Ciò comportò l'apertura di una frattura, sicuramente rilevante, nella considerazione del principio di legalità con l'affermazione della retroattività della norma penale che, insieme al principio di responsabilità penale, concorre all'affermazione dell'adeguatezza della pena. Ma era, probabilmente, prevalente tanto la volontà di dare protezione penale a tutti coloro che nei paesi di appartenenza avevano subito atroci discriminazioni sia per la provenienza etnica sia per quella politica e religiosa, quanto quella di individuare le responsabilità penali individuali. E, infatti, l'esito della sentenza di Norimberga concorre all'affermazione del principio che a commettere i crimini internazionali sono gli individui e pertanto ne devono rispondere.

Tra coloro chiamati a risponderne s'inseriscono sia quelli che ricoprono cariche istituzionali sia i loro subordinati, e questa è certamente un'innovazione rispetto al passato. Bisogna, infine, ricordare che *lo Statuto del Tribunale di Norimberga* disponeva una limitazione temporale della sua operatività insieme

---

<sup>182</sup> Patto di Parigi o Patto Briand-Kellog, del 27 agosto del 1928, ratificato in seguito da 63 stati come Trattato di rinuncia alla guerra, utilizzato, per la categoria dell'aggressione, come riferimento giuridico dal Patto di Londra al fine di esercitare la giurisdizione del Tribunale Militare Internazionale. In [www.studiperlapace.it](http://www.studiperlapace.it)

all'individuazione dell'accertamento delle responsabilità soltanto di coloro che avevano agito nell'interesse dei Paesi dell'Asse.

L'orrore dell'Olocausto e le diffuse istanze di pace furono indubbiamente un forte stimolo alla codificazione del principio di internazionalizzazione dei diritti dell'uomo, che si realizzò con la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948. La Dichiarazione benché assimilabile ad una dichiarazione di principio, non possedendo valore vincolante per gli Stati membri delle Nazioni Unite, ha avuto un ruolo importante nel determinare l'evoluzione del diritto internazionale. In essa s'individuano i diritti civili, politici, economici, sociali e culturali che devono essere garantiti e tutelati a ognuno, in quanto elementi qualificanti della libertà dell'essere umano. È ripreso e affermato con forza il principio di legalità, già contenuto nella *Dichiarazione del 1789*, e si dispone una tutela generale con l'affermazione dei diritti primari della persona che saranno definitivamente riconosciuti come inviolabili, indivisibili e inalienabili nella *Dichiarazione e Programma d'Azione*, emanata a conclusione della Conferenza Mondiale sui Diritti Umani delle Nazioni Unite, tenutasi a Vienna dal 14 al 25 giugno del 1993.

La *Dichiarazione e il Programma d'Azione di Vienna*<sup>183</sup>, nel preambolo, così individua le finalità che tutta la comunità internazionale deve perseguire:

*Richiamando* inoltre la determinazione espressa nel preambolo della Carta delle Nazioni Unite di salvare le generazioni future dal flagello della guerra, di stabilire le condizioni per cui la giustizia e il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e da altre fonti di diritto internazionale possano essere mantenuti, di promuovere il progresso sociale e migliori livelli di vita in una più ampia libertà; di praticare la tolleranza e il buon vicinato, e di impiegare il meccanismo internazionale per la promozione del progresso economico e sociale di tutti i popoli.

L'articolata predisposizione di quest'ultima *Dichiarazione* testimonia del lungo processo di valutazione e di discussione sullo stato delle garanzie da assicurare a livello globale; nello stesso tempo segna l'inizio di un rinnovato impegno per

---

<sup>183</sup>Cfr. *Dichiarazione e Programma di Azione*,  
<http://www.unric.org/html/italian/humanrights/vienna.html>

rafforzare e sviluppare l'insieme degli strumenti giuridici posti a tutela dei diritti umani.

Al riconoscimento del principio di legalità concorre quanto disposto dall'art.11 della *Dichiarazione Universale*, il cui secondo comma sancisce il principio che non potrà essere perseguito nessuno senza che il reato sia previsto dal diritto interno o da quello internazionale al momento in cui sia stato perpetrato.

Il principio di irretroattività è quindi imperativo non solo nel diritto interno ma anche in quello internazionale. Il valore di questa statuizione normativa risiede, inoltre, nella possibilità di perseguire, in forza del principio della giurisdizione universale, le violazioni delle Convenzioni internazionali anche nell'ipotesi di fatti ritenuti leciti dal legislatore interno.

Ciò che si va affermando è l'idea che certi principi, inerenti al valore della dignità umana, non sono derogabili perché fondamentali nella vita della persona ed anche in quella dell'umanità, e pertanto non può esserne consentita la violazione. In questa circostanza il diritto internazionale può costituire un decisivo ostacolo alla costante riproposizione di crimini particolarmente efferati, in attesa

[...] del risveglio di una coscienza umana che scopre la propria capacità di intervenire su situazioni considerate immutabili. Di qui derivano due constatazioni: le istituzioni giudiziarie non sono sufficienti per combattere con efficacia i crimini perpetrati contro l'umanità; ma sono necessarie nella misura in cui segnano il punto di partenza di una lotta più ampia, più coerente, contro la barbarie universale<sup>184</sup>.

Per un'affermazione di tutela sempre più vasta, con la Risoluzione 260(III) A del 9 dicembre 1948, viene approvata la *Convenzione per la prevenzione e la repressione del Delitto di genocidio*<sup>185</sup>. Questa, negli anni, è diventata una fonte consuetudinaria del diritto internazionale e quindi riconosciuta come universalmente inviolabile e inderogabile anche per gli Stati che non l'hanno ratificata. Essa tratta una forma

---

<sup>184</sup> Cfr. R.Vaneigem, *Né vendetta Né perdono*, Elèuthera, Milano 2010, pag.35.

<sup>185</sup> Cfr. <http://www.preventegenocide.org/it/convenzione.htm> e anche [www.unric.org](http://www.unric.org)

particolare di crimine contro l'umanità inteso a distruggere in tutto o in parte un gruppo etnico, razziale o religioso. All'art. 1 della *Convenzione* il crimine di genocidio si ritiene perseguibile sia in tempi di pace, sia in tempi di guerra. All'art. 4 si afferma la responsabilità penale individuale e la responsabilità dello Stato, escludendo qualsiasi immunità per gli individui organi dello Stato che partecipino alla commissione degli atti, ben specificati all'art. 2, che qualificano il reato di genocidio.

Di rilevanza, in questa *Convenzione*, è anche quanto sancito nell'art. 3 e cioè, che costituisce reato l'istigazione a commettere genocidio sia sotto il profilo dell'intesa alla realizzazione sia come incitamento pubblico. La finalità della distruzione, che comporta, per le vittime, la negazione della vita sia a causa di uccisioni sia attraverso misure miranti a impedire le nascite nel gruppo, rende questo crimine particolarmente odioso e grave ma purtroppo ancora presente e reiterato nella comunità internazionale.

### 5.3 I Tribunali Penali Internazionali

Aver sperimentato situazioni dolorose non sempre ha garantito l'umanità dal rischio della riproposizione di esperienze analoghe:

È nella natura delle cose che ogni azione umana che abbia fatto una volta la sua comparsa nella storia del mondo possa ripetersi anche quando ormai appartiene a un lontano passato. Nessuna pena ha mai avuto il potere d'impedire che si commettano crimini<sup>186</sup>.

Negli anni '90 saranno le conseguenze del conflitto nell'ex Jugoslavia a sollecitare la comunità internazionale ad adottare misure idonee ed efficaci a perseguire le atrocità commesse in violazione del diritto internazionale umanitario. Gli effetti degli scontri interetnici furono oltremodo devastanti per le popolazioni dei paesi

---

<sup>186</sup>Cfr. H. Arendt, *La banalità del male*, Feltrinelli Editore, Milano 2013, pag. 279.

interessati. Con la risoluzione 827 del 25 maggio 1993 il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite istituì il primo *Tribunale Penale Internazionale per perseguire i responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1991* (ICTY) con sede a L'Aja in Olanda<sup>187</sup>.

In seguito alla guerra civile e al genocidio in Ruanda, con la risoluzione 955 dell'8 novembre 1994, il Consiglio di sicurezza istituì il *Tribunale penale internazionale per i crimini commessi in Ruanda nel 1994* (TPIR) con sede ad Arusha in Tanzania<sup>188</sup>. I due Tribunali sono organi sussidiari del Consiglio di Sicurezza dell'ONU ma non sono soggetti in alcun modo alla sua autorità o al suo controllo, e svolgono in totale autonomia l'esercizio delle loro funzioni giudiziarie. I Tribunali sono civili e quindi, contrariamente alle esperienze precedenti, non vi siedono militari a espletare alcune delle funzioni previste. La loro istituzione avviene con il richiamo al Capitolo VII, *Azione rispetto alle minacce alla pace, alle violazioni della pace ed agli atti di aggressione* della Carta dell'ONU, il cui art.41 viene interpretato in maniera innovativa circa le misure non implicanti l'uso della forza che possono essere adottate<sup>189</sup>. Bisogna, inoltre, ricordare che si giunge alla decisione in seguito a vari interventi delle Nazioni Unite sia politici sia espressi da risoluzioni rivolte agli Stati interessati.

Gli *Statuti dei Tribunali Internazionali* ad hoc indicano i crimini da perseguire con riferimento ai Trattati internazionali, come la *Convenzione di Ginevra* ed il *II Protocollo* aggiuntivo catalogando inoltre i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra. Fissano la competenza dei Tribunali nei confronti di persone fisiche e definiscono i periodi entro i quali devono essere avvenute le violazioni. Le regole di procedura che gli *Statuti* dei due Tribunali adottano riflettono i più elevati standard di rispetto del diritto internazionale dei diritti umani, con il fine di assicurare nel giudizio l'equità, l'imparzialità e l'esclusione della pena di morte.

---

<sup>187</sup> Cfr. [www.icty.org](http://www.icty.org)

<sup>188</sup> Cfr. [www.unictr.org](http://www.unictr.org)

<sup>189</sup> Cfr. <http://www.onuitalia.it/nu/statuto/cap7.html>



Per valutare il significato che l'affermazione di procedure a tutela dei diritti fondamentali rappresenta per le vittime e per le comunità di appartenenza, può essere interessante ripercorrere brevemente quanto accaduto in Ruanda. Lo *Statuto del Tribunale Internazionale per il Ruanda* stabilisce all'art. 7 che la competenza, *ratione temporis*, si estende dal 1° gennaio 1994 al 31 dicembre 1994. Periodo nel quale circa un milione di persone morì e 250.000 donne subirono violenza sessuale. I crimini individuati, per i quali sono da perseguire i colpevoli, sono il genocidio, i crimini contro l'umanità e le violazioni all'art. 3 della *Convenzione di Ginevra* e del *II Protocollo aggiuntivo*.

Il genocidio, che sconvolse la comunità internazionale e traumatizzò fortemente la popolazione locale spinse il paese in una situazione di grande distruzione. La partecipazione ai massacri era stata così diffusa da rendere urgente e indispensabile avviare sia un percorso di affermazione della giustizia sia uno di riconciliazione, con l'obiettivo di ricreare un contesto di convivenza pacifica tra le diverse etnie presenti nel paese. Pertanto, data la rilevanza degli obiettivi, il sistema della giustizia si è impegnato a operare su diversi livelli. Il *Tribunale Penale Internazionale* durante la sua intensa attività ha emesso delle sentenze che sono da considerare storiche. Per la prima volta un Capo di Governo, il Primo Ministro in carica al momento del conflitto, fu condannato per genocidio; durante il processo ammise la propria colpa di fronte al Tribunale Internazionale.

Un'altra sentenza importante è da considerare quella nei confronti del sindaco, *pro tempore*, di Taba su cui pendevano ben 15 capi d'accusa, dal genocidio a crimini contro l'umanità, stupri e violazione delle Convenzioni di Ginevra per aver ordinato l'uccisione di almeno duemila persone di etnia tutsi, nella città da lui amministrata, tra l'aprile e il luglio del 1994, quando in Ruanda furono massacrate almeno 500 mila persone. Il Tribunale nella sentenza affermò che stupro e aggressione sessuale costituiscono atti di genocidio nella misura in cui siano commessi con l'intento di sterminare, in modo totale o parziale, un determinato gruppo di persone.

Nel caso in esame si considerava che l'aggressione sessuale costituisse una parte integrante del processo di annientamento del gruppo etnico dei tutsi. Lo stupro sistematico e perpetrato solo nei confronti delle donne di quell'etnia mostrava la specifica intenzionalità di tali azioni, che furono perciò considerate reati di genocidio. Le testimonianze delle sopravvissute gravarono la Corte della responsabilità di prendere posizione su orrori simili a quelli già rilevati in Bosnia. Si considerò, per la prima volta, lo stupro come un'arma di guerra e uno strumento di genocidio e, quindi, si pervenne a una nuova definizione della violenza sessuale come crimine di guerra: "non limitata all'invasione fisica, ma comprensiva anche di atti che non comprendono la penetrazione e persino escludono qualsiasi contatto fisico".

Il Tribunale ritenne, infatti, l'imputato colpevole degli stupri non per averli commessi ma per aver assistito e per averli istigati, come si legge nella sentenza del 2 ottobre del 1998<sup>190</sup>. L'attenzione del Tribunale rivolta ad assicurare giustizia alle vittime e garantire i testimoni di questo tipo di crimini è costante e finalizzata all'affermazione di buone pratiche come dimostra l'ultima pubblicazione del 30 gennaio 2014 *Prosecution of Sexual violence*<sup>191</sup>. Il Tribunale Internazionale ha anche esaminato e sanzionato severamente il ruolo avuto, nell'istigazione all'odio e al genocidio, da chi gestiva i mezzi d'informazione. Un altro livello d'intervento è stato affidato al sistema giudiziario nazionale ruandese le cui corti hanno esaminato migliaia di casi. Poiché la trattazione dei processi presso il Tribunale

---

<sup>190</sup> « Deuxièmement, qu'Akayesu a aidé et encouragé les actes de violence sexuelle en permettant qu'ils soient commis à l'intérieur ou près du bureau communal, alors qu'il était présent dans les locaux et en facilitant la commission de ces actes par des paroles d'encouragement qu'il a prononcées à l'occasion d'autres actes de violence sexuelle qui, vu son atrocité, donnait clairement à entendre que les actes de violence sexuelle étaient officiellement tolérés, sans quoi ces actes n'auraient pas été perpétrés». Estratto dalla sentenza del 2 ottobre 1998 del TPIR nei confronti di Jean Paul Akayeshu in <http://www.unictr.org> (giugno 2014).

<sup>191</sup> Cfr. International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecution of Sexual violence, Best Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-conflict Regions: Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Arusha (Tanzania)2014 in <http://www.unictr.org>

Internazionale o presso le corti nazionali poteva comportare esiti diversi per accuse analoghe, il governo del Ruanda abolì la pena di morte. Secondo alcune fonti in quel periodo erano circa 800.000 le persone in prigione per complicità nel genocidio. Allora, in considerazione del grande numero di accusati e di vittime, il governo ruandese per favorire la giustizia e la riconciliazione nella società, ripristinò il sistema giudiziario tradizionale chiamato *Gacaca* <sup>192</sup> che divenne operativo dal 2005.

Nella versione tradizionale lo scopo di questi tribunali, che riunivano all'aperto le famiglie interessate alla controversia sotto la sorveglianza del più anziano, era quello di mantenere la pace sociale nella comunità. I nuovi tribunali *Gacaca* furono, invece, ancorati a procedure disposte per legge. Secondo queste, le comunità locali eleggono, tra chi possiede i requisiti, i giudici che presiedono lo svolgimento dei processi. Elementi costitutivi di ogni tribunale sono la sede, il comitato di coordinamento e l'assemblea generale, cui partecipano tutti gli abitanti sopra i 18 anni. Esso tratta i delitti compresi in tre delle quattro categorie in cui i crimini furono suddivisi dopo gli avvenimenti del 1994, quindi dai delitti patrimoniali alle lesioni personali agli omicidi, può infliggere pene fino a trenta anni di reclusione.

Le corti infliggono sentenze più miti quando il convenuto si pente e cerca di riconciliarsi con la comunità. Spesso, ai prigionieri che abbiano confessato, è consentito il ritorno a casa senza ulteriori pene; altre volte viene imposto lo svolgimento di determinate attività di interesse pubblico. Questo tipo di processi ha contribuito, senza dubbio, a promuovere la riconciliazione consentendo alle vittime di apprendere la verità sulla morte dei loro familiari e, ai responsabili, di confessare i propri crimini, mostrare pentimento e chiedere perdono di fronte alle loro stesse comunità. Diverse sono le voci critiche su questo sistema di amministrazione della giustizia, considerato iniquo. Alcuni però riconoscono che il sistema *Gacaca* ha svolto un compito utile, vista la necessità dell'intera popolazione ruandese di rielaborare quei tragici eventi, soprattutto in

---

<sup>192</sup> Cfr. A. Othmani, *La pena disumana*, cit., pagg. 115 e ss.

considerazione del fatto che il numero delle vittime e quello dei responsabili era pressoché equivalente.

Con il fine di consentire la vita in comune tra soggetti così fortemente provati dalla violenza, e di assicurare al paese condizioni di giustizia e di pace, il governo ruandese si è adoperato per la messa a punto di vari strumenti; tra questi, va ricordata, la Commissione di Riconciliazione e Unità Nazionale<sup>193</sup>. La Commissione è impegnata a portare avanti diversi programmi di educazione alla convivenza, alla pace, alla promozione del senso di identità nazionale, al rispetto dei diritti umani contro l'ideologia del genocidio. I programmi sono rivolti a tutti i ruandesi con un'attenzione particolare alla formazione dei governanti, affinché nell'occuparsi della cosa pubblica mettano al primo posto i valori della convivenza, le norme e i modi per contenere e risolvere i conflitti. Ciò che ha mal funzionato è il lavoro della Commissione di compensazione che avrebbe dovuto indennizzare le vittime.

Nell'esperienza dei *Tribunali Penali Internazionali*, a differenza delle precedenti esperienze del secondo dopoguerra, è possibile riscontrare un decisivo sforzo volto all'affermazione delle garanzie per un processo equo. La composizione, con giudici non provenienti dagli Stati coinvolti ed eletti dall'Assemblea generale delle N.U., propone la rappresentanza della comunità internazionale e nello stesso tempo rileva l'indipendenza e l'imparzialità dei Tribunali. Si prestano a critiche la loro istituzione *ex post facto* e l'affidamento che devono fare alla cooperazione degli Stati, per le attività d'indagine e per tutte le procedure necessarie all'istruzione e allo svolgimento del processo. Sono inoltre criticati per l'estrema lentezza dei procedimenti, per gli alti costi e soprattutto per non essere dotati di strumenti adeguati alla tutela delle vittime e dei testimoni.

Per quanto attiene alle pene, gli *Statuti* istitutivi dei due *Tribunali Internazionali* indicano come applicabile la detenzione, ma per il quantum si dispone che le Corti facciano riferimento a quelle in vigore nei paesi in cui sono stati commessi i crimini ad esclusione della pena di morte. Può ascriversi alle critiche il fatto che gli Statuti,

---

<sup>193</sup> Per approfondimenti [www.nurc.gov.rw](http://www.nurc.gov.rw) (giugno 2014).

molto esaustivi nella definizione dei crimini da perseguire, siano assolutamente lacunosi nella determinazione dell'entità della corrispondente pena.

Tale lacuna è, comunque, presente nelle diverse norme del diritto internazionale. La disposizione:

oltre alla pena detentiva, la Camera di primo grado può ordinare la restituzione ai legittimi proprietari dei beni e dei proventi ricavati attraverso la condotta criminosa, inclusi quelli acquisiti con l'uso della violenza<sup>194</sup>

presente negli Statuti dei due Tribunali può essere considerata l'unica forma di risarcimento prevista nei confronti delle vittime.

L'esecuzione della pena può avvenire in uno degli Stati che si dichiarano disponibili ad accogliere questi condannati, saranno sottoposti alle norme dell'ordinamento penitenziario interno, ma con la supervisione del *Tribunale Internazionale*. La pena appare, così, concepita con una finalità prevalentemente retributiva. Il soggetto in espiazione, pertanto, avrà a che fare con i principi ispiratori dell'ordinamento vigente nel paese in cui avviene l'esecuzione, il quale per altro può essere molto lontano e diverso da quello di provenienza. È, quindi, ipotizzabile che, anche se previste, finalità rieducative e risocializzative possano non trovare idonea realizzazione. Non sono, inoltre, previste azioni compensative e restitutive nei confronti delle vittime e della comunità. Questi ultimi elementi fanno intendere che la preoccupazione principale delle comunità internazionale era quella di rispondere alla situazione di emergenza prediligendo una risposta, la cui funzione di prevenzione generale si proponesse alla società. La punizione esemplare avrebbe dovuto funzionare da deterrente alla riproposizione di simili atrocità, ma considerate le massicce violazioni dei diritti umani che continuano a essere perpetrate non può considerarsi conseguito l'obiettivo.

Il problema di creare situazioni nelle quali possano conciliarsi l'intervento della comunità internazionale con la prossimità alle popolazioni interessate dei processi

---

<sup>194</sup> Cfr. art. 23 dello Statuto del Tribunale Internazionale per il Ruanda ed art. 24 dello Statuto del Tribunale internazionale dell'ex Jugoslavia.

per crimini internazionali ha portato alla creazione di alcuni organi sovranazionali di diversa forma. È il caso delle Corti speciali come quella per La Sierra Leone e quella per la Cambogia, le cui caratteristiche principali risiedono nell'essere composte sia da giudici nazionali sia da giudici internazionali; nell'operare all'interno degli Stati dove sono avvenute le violazioni e nella possibilità di perseguire sia crimini internazionali sia crimini previsti da norme interne agli Stati. Questo tipo di Tribunali misti risponde alla necessità di utilizzare l'amministrazione della giustizia per realizzare un percorso di riconciliazione nazionale assicurando nello stesso tempo un processo imparziale ai responsabili delle violazioni. Cercare soluzioni volte ad affermare un sistema di amministrazione della giustizia meno retributivo e più conciliativo, almeno nelle sue premesse, deve senz'altro essere apprezzato, anche se l'efficacia delle procedure deve essere ancora dimostrata dagli esiti.

#### 5.4 *La Corte Penale Internazionale*

La presentazione della *Corte Penale Internazionale* sul suo sito web, ben descrive le ragioni che hanno portato alla sua istituzione.<sup>195</sup> Nel XX secolo gli accordi nella comunità internazionale hanno consentito di pervenire alla definizione puntuale di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. In forza di questi accordi, come visto nei paragrafi precedenti, sono stati celebrati i processi di Norimberga e di Tokyo dopo la fine della seconda guerra mondiale; mentre negli anni '90 sono nati i *Tribunali Penali Internazionali*, per la ex Jugoslavia ed il Ruanda, e i Tribunali misti.

Queste esperienze, promosse dalla comunità internazionale, per evitare

---

<sup>195</sup> «La CPI est une organisation internationale indépendante, qui n'appartient pas au système des Nations Unies. Elle siège est à La Haye, aux Pays Bas. Bien que ses dépenses soient principalement financées par les contributions des États parties, la Cour reçoit également des contributions volontaires de gouvernements, d'organisations internationales, de particuliers, d'entreprises et d'autres entités». [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int) (giugno 2014).

l'impunità su crimini di tale gravità sono state accomunate dal limite di una giurisdizione vincolata a un periodo e a un conflitto specifico. S'impose, quindi, la necessità di superare questo limite con la creazione di un'istituzione permanente. Il 17 luglio del 1998, a Roma, dopo intensi negoziati, 120 Stati hanno adottato lo *Statuto di Roma*<sup>196</sup> come fondamento giuridico della Corte Penale Internazionale permanente per mettere fine all'impunità degli autori dei più gravi crimini a danno della comunità internazionale.

La Corte, con sede all'Aja, ha giurisdizione sulle persone fisiche quando la nazionalità del soggetto sia di uno Stato Parte dello *Statuto* o quando lo sia lo Stato in cui il reato è consumato. Lo Statuto è entrato in vigore il 1° luglio del 2002 dopo la prevista ratifica di sessanta Stati<sup>197</sup>. Pur non essendo Stati Parte le principali potenze mondiali Stati Uniti, Russia e Cina che non hanno ratificato, la massiccia adesione degli Stati allo *Statuto di Roma* riveste, comunque, un importante significato sia per gli obblighi che ne derivano, sia per il riconoscimento dei principi fondamentali, in esso enunciati, che assumono forza di norme codificate nel diritto internazionale<sup>198</sup>. In questo modo, oltre ad essere delineati gli elementi essenziali dei crimini internazionali<sup>199</sup>, affermati i principi di legalità e di irretroattività, trovano una collocazione vincolante la responsabilità penale individuale di chi ha agito le violazioni, l'obbligo per gli Stati di prevenire e

---

<sup>196</sup> Cfr. Le Statut de Rome in [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), versione italiana in [www.cirpac.it](http://www.cirpac.it)

Lo Statuto è contenuto anche nel documento ONU A/CONF. 183/9 (Rome Statut of the International Criminal Court)

<sup>197</sup> In Italia è la Legge 12 luglio 1999, n. 232 di Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma, il 17 luglio 1998. Delega al Governo per l'attuazione dello statuto medesimo. In Suppl. ordinario n. 135/L, alla Gazz. Uff. n. 167, del 19 luglio 1999.

<sup>198</sup> Viene così indicato "Le nombre d'États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale s'élève à présent à 122, le dernier État à l'avoir ratifié ayant été la Côte d'Ivoire, le 15 février 2013" nel Rapport de la Cour pénale internationale pour 2012/13 inviato alle Nazioni Unite, 13 agosto 2013, [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int) (giugno 2014).

<sup>199</sup> Il 2 marzo 2011 la *Corte Penale Internazionale* ha pubblicato *Éléments des crimes* dove, a completa integrazione dello Statuto di Roma sono descritte, dettagliatamente, tutte le azioni da considerare crimini contro l'umanità. Cfr. Publication de la Cour pénale internationale ISBN No. 92-9227-233-0, in <http://www.icc-cpi.int/>

reprimere le violazioni, la responsabilità di chi agisce nella qualità di organo dello Stato, o in obbedienza a ordini di un superiore gerarchico; inoltre viene affermata la presenza di tutte le garanzie giurisdizionali come la tutela dei diritti di difesa degli accusati per crimini internazionali. La giurisdizione della Corte è esclusa per i minori degli anni diciotto. La competenza della Corte, all'art. 5 dello *Statuto* è disposta per i crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini di aggressione. Gli elementi costitutivi sono definiti con precisione negli artt. 6, 7 ed 8, per la cui adozione o modifica è previsto che l'Assemblea degli Stati Parte si esprima con maggioranza di due terzi dei membri.

La competenza della Corte *ratione temporis* si dispiega sui crimini, non soggetti ad alcun termine di prescrizione, commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto. I principi *nullum crimine sine lege* (art.22) e *nulla poena sine lege* (art.24) stabiliscono, senza ombra di dubbio interpretativo, che la persona è penalmente responsabile solo se la sua condotta, nel momento in cui si realizza, costituisce uno dei crimini, tassativamente definiti, di competenza della Corte; la sua punizione deve essere conforme alle disposizioni dello Statuto.

Un altro importante principio di cui si ha una puntuale definizione riguarda il divieto di retroattività per cui nessuno è penalmente responsabile per un comportamento precedente all'entrata in vigore dello Statuto. Sempre in tema di principio di responsabilità penale individuale, nessuno ne è esonerato in ragione della qualifica ufficiale rivestita all'interno dell'apparato statale. Le pene applicabili dalla Corte (art.77) sono la reclusione per un periodo determinato nel massimo non superiore a trenta anni, l'ergastolo può essere comminato quando giustificato dal crimine e dalla situazione personale del condannato; la Corte oltre all'ammenda può applicare la confisca di profitti, beni ed averi ricavati direttamente o indirettamente dal crimine, fatti salvi i diritti di terzi in buona fede.

La scelta tra il minimo e il massimo della pena è determinata dai giudici, questa indeterminatezza dei profili sanzionatori non appaga le esigenze di certezza della pena e di piena affermazione del principio *nulla poena sine lege*, pertanto per l'affermazione di un sistema di giustizia sempre più equo sarebbe auspicabile un



intervento chiarificatore. In ultimo è opportuno ricordare quanto previsto in merito alla vittima; rispetto ai tribunali ad hoc la sua posizione è più definita. La Corte ha l'onere di adottare tutti quei provvedimenti atti a proteggere la sicurezza, il benessere fisico e psicologico, la dignità e la riservatezza delle vittime e dei testimoni, in particolar modo quando si tratti di vittime di violenze sessuali o sessiste.

Anche se non si perviene ad individuare il ruolo della vittima come parte del processo, alla stregua di alcuni sistemi processuali nazionali, l'art. 68 al comma 3 dispone:

Nel caso in cui siano coinvolti interessi personali delle vittime, la Corte consente che siano manifestate ed esaminate le loro opinioni e preoccupazioni, in una fase dei lavori che la Corte considererà appropriata ed in modo da non pregiudicare né contrastare i diritti dell'imputato ad un processo equo e imparziale. Tali opinioni e preoccupazioni possono essere presentate dal rappresentante legale delle vittime, quando la Corte lo ritenga opportuno, in base alle Regole Procedurali e di Ammissibilità delle Prove<sup>200</sup>.

Ciò che rende l'esperienza della costituzione della Corte Penale Internazionale rilevante è l'affermazione del principio di complementarità, cioè che la Corte interviene solo nel caso in cui le autorità giudiziarie nazionali non lo facciano o procedano in maniera inadeguata. La sua giurisdizione permanente offre una più efficace garanzia d'imparzialità e assolve sempre ad una funzione di prevenzione generale. Gli organismi internazionali servono quindi a stimolare gli Stati ad assumersi il compito di ripristinare condizioni di sicurezza per tutti i propri cittadini, quando violazioni di diritti inalienabili abbiano deteriorato o addirittura distrutto tutte le forme di civile convivenza.

Sulla base delle esperienze, all'interno degli organismi internazionali si è elaborato il concetto di "responsabilità di proteggere". La sovranità dà allo Stato il diritto di determinare e controllare i propri affari insieme a una maggiore responsabilità per la protezione delle persone all'interno dei suoi confini. Se

---

<sup>200</sup> Cfr. art. 68 *Statuto di Roma* della Corte Penale Internazionale, traduzione su <http://www.cirpac.it> (giugno 2014).

questo non avviene, per mancanza di capacità o di volontà, allora la responsabilità sarà assunta dalla comunità internazionale. In un rapporto del Segretario Generale del 2009 la responsabilità di proteggere viene declinata sulla base delle considerazioni che lo Stato ha la responsabilità primaria di proteggere la popolazione da genocidi, crimini di guerra, crimini contro l'umanità e pulizia etnica, e dall'istigazione a commetterli; che la comunità internazionale ha il compito di incoraggiare e assistere gli stati nell'assumere tale responsabilità; che la comunità internazionale ha la responsabilità di utilizzare idonei mezzi diplomatici, umanitari e altri al fine di proteggere le popolazioni da questi crimini.

Traspare in un impianto di questa natura l'idea preventiva di cui bisognerà testare l'efficacia. È invece, indubbiamente, compito degli Stati interessati predisporre le condizioni per la riconciliazione e partecipare così alla condivisione di valori fondamentali la cui tutela, sempre più definita dalle norme, è così frequentemente messa in discussione. L'importanza della riconciliazione non va sottovalutata, perché è garanzia se non del superamento quantomeno dell'elaborazione delle ragioni che hanno determinato i crimini come definiti dal diritto internazionale, e gli Stati per raggiungere l'obiettivo possono nella loro autonomia decidere di utilizzare modalità diverse da quelle giudiziarie.

### *5.5 L'esperienza della Commissione per la Verità e la Riconciliazione*

Nei paesi, teatro di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario, la transizione al nuovo assetto impone interventi adeguati finalizzati a ristabilire condizioni di pace, affermazione dello stato di diritto e rispetto dei diritti inviolabili. La difficoltà di affrontare la dolorosa eredità lasciata dagli eventi, comporta la scelta di azioni che ristabiliscano la fiducia degli individui verso gli organi dello Stato e riconcilino le diverse parti della società.

Le principali questioni da affrontare riguardano senz'altro l'esigenza di accertamento delle responsabilità e dell'entità dei crimini perpetrati. Ciò comporta

l'adozione di un sistema di amministrazione della giustizia in grado di garantire equità nei confronti dei responsabili e riparazione dei danni, per quanto possibile, subiti dalle vittime. Bisogna, infatti, sottrarsi al rischio dell'impunità, con provvedimenti di amnistia generalizzata, e di una giustizia identificata come quella della sola parte vincente. In considerazione di parte e/o di tutti questi elementi, in alcuni Stati si sono elaborate forme di giustizia, chiamate transizionali, con l'obiettivo di soddisfare l'esigenza delle vittime delle violazioni dei diritti umani e dei loro familiari e di consentire all'intera società di conoscere la verità sugli eventi che l'hanno lacerata.

La forma di giustizia transizionale che ha avuto maggiore diffusione a livello mondiale è quella delle *Commissioni di Verità*, che nelle varie esperienze, fin qui realizzate, hanno assunto anche denominazioni diverse<sup>201</sup> e modalità operative differenziate. Le Commissioni sono organi non giudiziari che indagano sulle violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario con il compito di chiarirne i motivi e gli eventi per contribuire con la loro attività al processo di riconciliazione nazionale. Le Commissioni sono istituite da leggi nazionali a volte su sollecitazione delle Nazioni Unite, la loro composizione deve rispondere a definiti requisiti al fine di assicurare l'equità del loro lavoro; devono poter utilizzare strumenti efficaci per trattare tutte le parti in causa. Possono organizzare anche udienze pubbliche con la partecipazione delle vittime, dei loro familiari e dei responsabili delle violazioni. Questa ricerca della verità in maniera trasparente legittima nella comunità il lavoro delle Commissioni.

S'inserisce in questo quadro, per la sua originalità, per le aspettative e per i risultati la *Commissione per la verità e la riconciliazione*<sup>202</sup> istituita in Sud Africa; voluta con grande determinazione dal Presidente Nelson Mandela nella transizione

---

<sup>201</sup> Cfr. T. Scovazzi, "Considerazioni generali sulle Commissioni di verità e riconciliazione", in F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti, & T. Scovazzi (a cura di) *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Milano 2008, pagg. 599-613.

<sup>202</sup> Cfr. Truth and Reconciliation Commission (TRC) in <http://www.justice.gov.za/trc/>

dall'apartheid<sup>203</sup> alla democrazia. È interessante un breve esame di questa esperienza perché, in essa, è possibile cogliere un punto di vista diverso nell'affrontare il problema di ristabilire giustizia in una grande e complessa comunità. Il paese si trovò, infatti, davanti alla necessità di riconciliare le varie componenti della sua popolazione, individuando forme adeguate di risarcimento per chi avesse subito gravi discriminazioni e violenze. Si privilegiò l'idea di trovare meccanismi che consentissero di assicurare una base morale su cui costruire una nuova identità nazionale.

Nel 1994 la legge *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* istituì la *Commissione per la verità e la riconciliazione* che entrò in vigore il 15 dicembre 1995 sotto la guida dell'Arcivescovo Desmond Tutu<sup>204</sup>. Si realizzò un sistema nel quale si offriva alle vittime la possibilità di raccontare gli abusi subiti, si proponeva l'amnistia a chi avesse reso piena confessione e s'intraprendevano misure di risarcimento, riabilitazione e ripristino della dignità umana e civile. Questa impostazione si discostava decisamente tanto dal ricorso ad amnistie generalizzate, dal carattere assolutorio, quanto dal percorso della sola via giudiziaria. La domanda di amnistia per essere accolta doveva essere sostenuta dalla confessione dei delitti commessi e delle modalità con cui erano stati perpetrati. La TRC aveva piena capacità d'indagine per la ricostruzione dei fatti oggetto delle sedute.

---

<sup>203</sup> La Convenzione Internazionale sull'Eliminazione e la Repressione del Crimine di Apartheid, è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, con la risoluzione 3068 (XXVIII) del 30 novembre 1973 approvata con 91 voti a favore, quattro contrari (Portogallo, Sud Africa, Regno Unito e Stati Uniti) e 26 astensioni; è entrata in vigore il 18 luglio 1976. Si dichiara l'apartheid un crimine contro l'umanità. Si considerano tutti gli atti disumani, derivanti dalle politiche e dalle pratiche di apartheid e da altre politiche e pratiche simili di segregazione e di discriminazione razziali, come crimini che violano i principi del diritto internazionale, le finalità e i principi dello Statuto delle Nazioni Unite costituendo quindi una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale. L'apartheid restò in vigore in Sud Africa fino al 1993.

<sup>204</sup> La *Truth and reconciliation commission* (TRC) doveva ricostruire quanto avvenuto in violazione dei diritti umani fra il marzo 1960, data del massacro di Sharpville in cui erano stati uccisi 69 militanti neri dalla polizia, e il dicembre 1993.

Promuovere e privilegiare la ricerca della verità e non della punizione si può ascrivere al tentativo di costituire una memoria collettiva su cui fondare la nuova identità utile al rafforzamento dello Stato democratico. Di questo si coglie la rilevanza se si considera che la TRC indagò sulle violazioni dei diritti umani, compiute dai singoli, dagli organi dello Stato e da interi settori della società. Alcuni osservatori considerano irripetibile l'esperienza della Commissione in quanto contestualizzata alla storia culturale di quel territorio e di quelle popolazioni. Nelle sue sedute è stato possibile il ricorso alla tradizione africana del racconto pubblico e della narrazione orale, creando così condizioni favorevoli alla partecipazione sia per le vittime, per i testimoni ma anche per i colpevoli; si proponeva, dunque, uno spazio nel quale si potesse manifestare e riconoscere il vissuto dei soggetti coinvolti.

Il riferimento al principio etico *ubuntu*, tipico della cultura africana, che declina la posizione del singolo nei confronti degli altri, servì da stimolo, nella comunità, per prendere coscienza della necessità di sostegno e aiuto reciproco, per poter procedere verso una condizione di pace. La Commissione ha svolto il suo lavoro spostandosi in tutto il territorio del Sud Africa e, nelle oltre 5000 udienze, ha ascoltato oltre 20.000 persone, gestendo l'impatto emotivo nelle comunità delle drammatiche rivelazioni. Ha accolto un numero contenuto di amnistie a fronte delle 7000 richieste, su tali concessioni non era più possibile alcun intervento di tipo penale. Sulle domande non accettate la giurisdizione si trasferiva ai tribunali ordinari che, comunque, non potevano utilizzare quanto appreso con la ritualità propria della Commissione. Tutti i mezzi d'informazione contribuirono alla pubblicità dei lavori della Commissione svelando i drammatici effetti del sistema di violazioni consumate nel lungo periodo dell'apartheid, sollecitando la coscienza dei cittadini di ogni colore a farsi carico del passato e trovare ragioni che potessero unire.

In considerazione dei poteri ad essa attribuiti, la natura della Commissione è stata considerata quasi giudiziaria; ciò nonostante essa avesse proposto, com'era negli obiettivi istitutivi, un modello di giustizia non retributiva in cui sono prevalsi

orientamenti restitutivi e riabilitativi. Per questo la TRC va intesa come un esempio originale e rilevante per affrontare percorsi di accertamento della verità, recupero di dignità delle vittime e comprensione delle divisioni, tutte precondizioni per instaurare e garantire sicurezza e mutua accettazione.

### 5.6 *Il valore delle trasformazioni*

I paragrafi precedenti danno un'idea delle trasformazioni avvenute nella comunità internazionale a proposito dell'affermazione di beni da tutelare e di violazioni da sanzionare. Il percorso, così irto di ostacoli, è stato condizionato sia dalle relazioni intercorse nei vari periodi storici tra gli Stati, sia dai diversi sistemi giudiziari di riferimento. Per quanto riguarda il processo di Norimberga è, ad esempio, pensabile che, lo strappo al principio *nulla poena sine lege*, fondamentale in tutti gli ordinamenti democratici, si realizzò poiché si ritenne legittimo e indispensabile scuotere la coscienza dell'opinione pubblica internazionale e, nello stesso tempo, agire per rassicurarla.

Davanti alle divisioni che si sarebbero potute ripresentare dopo la Seconda Guerra Mondiale, si scelse quale obiettivo prioritario di dare visibilità all'azione punitiva. Perseguire le responsabilità di uno Stato e dei suoi organi, individuare le responsabilità personali nelle condotte criminose, possedeva una valenza catartica utile a placare il senso di colpa per il muto consenso dato a certe politiche. L'interferenza, quindi, di elementi di ordine politico ha indubbiamente creato gravi contraccolpi alle garanzie di equità e indipendenza, indispensabili al sistema giudiziario per agire in piena giustizia. Tuttavia, aver affermato la possibilità di fare riferimento a norme sovranazionali, ha aperto la strada a importanti trasformazioni, sollecitando gli Stati a trovare, nell'ambito delle Nazioni Unite, opportunità di definizione dei diritti umani e sancirne l'inviolabilità. Indagare i motivi per cui la comunità internazionale si attiva sulla base delle emergenze, comporta individuare le ragioni della disuguaglianza e della discriminazione

nell'accesso alle risorse vitali, e questo è possibile inoltrandosi in analisi tipo economico e politico. Qui, però, si vuole concentrare l'attenzione sugli effetti della sofferenza, che ci riguarda come essere umani, e sull'efficacia degli strumenti a disposizione per contrastare la violenza, che ci deve impegnare come cittadini.

Se è possibile comprendere come l'opinione pubblica mostri maggiore sensibilità e indignazione in considerazione della quantità di vittime, è ingiustificabile che gli organismi nazionali e internazionali non si mobilitino per tempo rispetto al manifestarsi delle violazioni, dovrebbe cioè essere sufficiente anche una sola vittima per mettere in campo strumenti di riparazione e di protezione preventiva. Invece, come abbiamo visto, per la definizione più precisa dei reati contro l'umanità e degli strumenti per sanzionare e contrastare le violazioni, si è dovuto assistere alle operazioni di "pulizia etnica" della seconda metà del XX secolo, che hanno comportato una lunghissima scia di morti e vittime di ogni tipo di violenza.

Sicuramente, sono stati fatti passi in avanti nel dotarsi di strumenti idonei ad affrontare queste realtà di sofferenze e lacerazioni nelle comunità interessate. È però possibile pensare che maggiore attenzione a forme d'intervento più incisive, sotto il profilo delle trasformazioni sociali e culturali, avrebbe potuto evitare alcune di queste tragedie. All'istituzione dei Tribunali Penali Internazionali deve necessariamente affiancarsi un sistema di aiuti internazionali, con il compito di perseguire i responsabili, che consenta alle donne e agli uomini coinvolti di curare gli effetti delle violazioni subite insieme alle ferite inflitte alle comunità locali, recuperando così spazi di relazione condivisa.

Come rilevato nelle esperienze descritte nei paragrafi precedenti, il ricorso alle forme di giustizia alternative a quella formale ha avuto nei territori interessati riscontri positivi. Procedere su riconciliazione e riparazione, anche se non riceve un unanime consenso, produce all'interno delle comunità percorsi collettivi in cui uomini e donne, il cui tessuto sociale è stato lacerato e la condizione personale umiliata, possono trovare risposte al bisogno di umanità e motivi di unità per ricostruire la loro realtà esistenziale e sociale. Contemporaneamente si contribuirà all'affermazione delle finalità dell'art. 22 della *Dichiarazione universale dei Diritti*

dell'Uomo che, oltre al diritto alla sicurezza, prevede per ogni membro della società la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità.

Per tali motivi, questi percorsi devono essere valutati, autorizzati, formalizzati e controllati da organi statali, perché il loro obiettivo deve essere quello di migliorare il sistema giudiziario, di consentire la partecipazione a gruppi minoritari o a quelli tradizionalmente esclusi, come può essere il caso delle donne relegate ai margini di alcune comunità. Questo tipo di esperienze non è, certamente, assimilabile al ricorso alla giustizia comunitaria o popolare, in uso in alcuni Paesi e inaccettabile per diversi motivi. Sia perché tradizionalmente è appannaggio di gruppi determinati e dominanti, sia perché non garantisce procedure eque ma soprattutto perché s'incardina sul principio della vendetta<sup>205</sup>.

È evidente come la realizzazione di questi percorsi necessiti degli sforzi nazionali e della cooperazione internazionale sia per il bisogno di risorse idonee sia, soprattutto, per condividere pratiche di positiva convivenza. In questa direzione sono diverse le indicazioni internazionali, tra queste la *Risoluzione*<sup>206</sup> dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 56/261/2002, che invita a sviluppare e diffondere la cultura della soluzione dei conflitti, con iniziative volte a ridurre i pregiudizi e stimolare una presa di coscienza di tutta la comunità, indispensabile a produrre maggiore sicurezza e benessere per tutti i cittadini. Si coinvolge la comunità nel progetto di sviluppare e favorire nuovi modelli di prevenzione del crimine, di tutela delle vittime e anche di reinserimento sociale dei delinquenti.

Sempre in questa direzione si colloca la risoluzione sui *Principi base* circa l'applicazione di programmi di giustizia riparativa nell'ambito penale (*Economic*

---

<sup>205</sup> «Nella giustizia cosiddetta popolare, non si può parlare di giustizia nel significato formale del termine, nel senso di un atto sovrano posto sotto regole precise, ma di sanzione socialmente accettata di un atto delittuoso. Il quesito che bisogna porsi è perché le persone fanno ricorso a questo tipo di sanzione popolare». A. Othmani, *La pena disumana*, cit., pag. 66.

<sup>206</sup> La Risoluzione concernente i *Piani d'azione per l'attuazione della Dichiarazione di Vienna sulla criminalità e la giustizia: le nuove sfide del XXI secolo*, approvata il 31 gennaio 2002. In [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)



*and Social Council delle Nazioni Unite n. 15/2002*), con cui s'incoraggiano gli Stati membri, tenuto conto dei propri sistemi penali, a percorrere attraverso il ricorso a studi ed esperienze pratiche un cammino in questa direzione. Perché la giustizia riparativa va comunque considerata come una misura dinamica di contrasto alla criminalità, consente di non discriminare rispetto alla dignità e l'eguaglianza di tutti, favorisce la comprensione delle motivazioni e dei vissuti delle vittime, dei rei e delle comunità contribuendo in tal modo all'armonia sociale.

Rilevanti le considerazioni che attribuiscono, agli interventi di giustizia riparativa, la possibilità per le vittime di ottenere una riparazione e di non sentire minacciata la propria sicurezza; nello stesso tempo permettono ai delinquenti di prendere coscienza delle cause e degli effetti del loro comportamento assumendosi le responsabilità del proprio agire. Non resta escluso l'aiuto alla comunità per la comprensione delle cause produttive di azioni criminali che diventa indispensabile per promuovere la prevenzione. Si ritiene inderogabile in esperienze di questa natura il libero consenso delle varie parti all'offerta riparatoria che, poiché riguarda il manifestarsi della responsabilità personale, deve essere chiara nelle finalità e nei contenuti.

### 5.7 *La pena e l'espiazione*

Nella comunità internazionale non ha trovato adeguata attenzione, per una definizione condivisa, la funzione da assegnare alla sanzione; in altre parole, si è sorvolato sullo scopo della pena inflitta al colpevole di crimini particolarmente lesivi per le vittime e per la comunità. Com'è noto, le sentenze dei *Tribunali di Norimberga e Tokyo* si ricordano per numero di condanne alla pena capitale che furono emesse. Nei *Tribunali Internazionali*, costituiti in seguito, la pena di morte non è stata più comminabile, ma questo non ha escluso l'applicazione di pene di rilevante entità.

Per quanto riguarda *la Corte Penale Internazionale*, lo *Statuto* prevede la

possibilità di comminare una pena detentiva fino a un massimo di 30 anni o l'ergastolo per crimini particolarmente gravi. Le indicazioni per tale determinazione, come si è visto, non sono precise e rimandano ai giudici la valutazione sul tipo di pena applicabile. Nello *Statuto*, infatti, non sono stati determinati i minimi e massimi per le singole fattispecie criminose, poiché su questo punto non è stato trovato l'accordo tra gli Stati Parte, ancorati a sistemi giudiziari diversi. Ciò a discapito della certezza della pena. Le pene inflitte dai *Tribunali Penali Internazionali* e dalla *Corte Penale Internazionale* possono essere espiate negli Stati che si rendono disponibili all'accoglienza di questi detenuti; in alcuni casi si tratta di condanne particolarmente severe che comportano quindi lunghi periodi di espiazione e analoga durata della permanenza del detenuto nello Stato straniero.

Lo *Statuto di Roma* della *Corte Penale Internazionale* all'art. 103 comma 3 specifica che la Corte nell'assegnazione del detenuto, tra gli altri elementi, valuta la conformità dell'ordinamento penitenziario dello Stato alle regole stabilite a livello internazionale. Sarà, quindi, l'ordinamento penitenziario del luogo di espiazione che ne stabilirà le modalità, che secondo l'art. 106 non devono differenziarsi da quelle degli altri detenuti. Resta esclusivo, sul detenuto, il controllo della Corte che ha emesso la sentenza come la competenza sulla riduzione della pena, regolata dall'art.110, che prevede tra le condizioni per la concessione l'accertamento, oltre che del tempo di espiazione trascorso, della volontà di collaborazione con la Corte per l'individuazione di altri crimini o di beni, acquisiti con il crimine, da confiscare. Nella quotidianità della detenzione sarà possibile, quindi, che si determinino trattamenti diversi per soggetti condannati alla stessa pena e per lo stesso tipo di reato.

Queste considerazioni introducono, quindi, altri elementi di riflessione. Intanto il concetto d'inviolabilità dei diritti comporta il divieto di lesione qualunque possa essere la situazione giuridica da tutelare. Nel caso di persona in stato di privazione della libertà personale per motivi penali è da prevedere una tutela efficace, che prescindano dal suo consenso. La *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* indica

alcuni principi base cui fare riferimento per tutelare i diritti delle persone che a vario titolo entrano in contatto con il sistema penale e siano limitate nella libertà personale. In particolare gli artt. 9, 10 e 11 trattano delle tutele relative alla fasi di accertamento della responsabilità e a quelle processuali.

Più specifico, come riferimento al momento dell'esecuzione della pena, è da considerare l'art. 5, che prevede che nessun individuo possa essere sottoposto a torture o a punizioni crudeli, inumane e degradanti. Ovviamente, per il carattere di universalità tutti i diritti individuali previsti nella Dichiarazione si estendono anche alle persone private della libertà personale e, pertanto, bisognerà adottare provvedimenti idonei a promuoverne le garanzie durante la detenzione. Si fa riferimento al lavoro, all'istruzione, all'affettività, etc. A questo proposito è verificabile come anche nelle società più avanzate, dalla sicura organizzazione democratica, possano essere adottati provvedimenti che minacciano l'integrità e la dignità della persona.

Diversi sono, oggi, gli strumenti normativi nazionali ed internazionali a disposizione, predisposti e migliorati nel tempo; di seguito se ne ricorderanno alcuni. Il 10 dicembre 1984 è stata sottoscritta la *Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti* entrata in vigore il 26 giugno 1987 dopo la ratifica di venti Stati. La comunità internazionale ha così stabilito l'esistenza di un diritto assoluto a non subire tortura e un divieto inderogabile a praticarla. Poiché elemento qualificante il reato di tortura, secondo il diritto internazionale, è la responsabilità dello Stato per atti commessi dai suoi funzionari, è agli Stati Parte che si affida il compito di adottare misure legislative, amministrative e giudiziarie efficaci nell'impedire atti di tortura nei propri territori. Con questa *Convenzione* s'istituisce il "Comitato contro la tortura" competente a verificarne lo stato di attuazione, negli Stati aderenti all'ONU. Quest'organismo presenta interessanti elementi, tra cui la possibilità di visite ispettive concordate con gli Stati che dimostrano la valorizzazione dell'intervento in un'ottica preventiva e non soltanto in seguito ad aperte violazioni.

Altrettanto rilevante è la possibilità per i singoli soggetti di ricorrere, a

condizione che siano state esperite iniziative nella giurisdizione interna, al Comitato nel caso di violazioni in uno degli Stati, che abbia comunque riconosciuto questa competenza prevista dalla *Convenzione*<sup>207</sup>. L'attenzione ai diritti delle persone private della libertà personale da parte degli organismi internazionali si intensifica nel secondo dopoguerra quando, un gruppo di lavoro internazionale di penalisti predispose le *Regole minime per il trattamento dei detenuti*, adottate con la risoluzione dell'ONU del 30/8/1955. Questo insieme di regole, finalizzate a riconoscere e garantire i principi umani nel trattamento dei detenuti e nella gestione delle strutture penitenziarie, che costituiscono i riferimenti fondanti per un sistema accettabile di tutela, è stato integrato dalla *Carta dei principi di protezione delle persone sottoposte a ogni forma di detenzione o imprigionamento*<sup>208</sup> e dai *Principi fondamentali delle persone detenute*<sup>209</sup>. Tra le norme sovranazionali, particolare importanza rivestono quelle europee sia per il richiamo a valori condivisi nella cultura europea sia per l'efficacia operativa delle strutture, create per la loro applicazione.

*La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali* (CEDU) sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 ed integrata, nel corso del tempo e fino ad anni recenti, da numerosi Protocolli impone obblighi sostanziali agli Stati Parte. Essi devono adeguare il proprio ordinamento al fine di consentire il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dalla *Convenzione*. Per controllare il rispetto della *Convenzione* è istituita la *Corte Europea dei Diritti*

---

<sup>207</sup>«Art.22 Comma 1. Ogni Stato Parte della presente Convenzione può, in virtù del presente articolo, dichiarare in ogni momento di riconoscere la competenza del Comitato per ricevere ed esaminare le comunicazioni presentate da, o per conto di, privati soggetti alla sua giurisdizione che sostengano di essere vittima di una violazione, commessa da uno Stato Parte, delle disposizioni della Convenzione. Il Comitato non riceve alcuna comunicazione concernente uno Stato Parte che non abbia fatto tale dichiarazione». In <http://www.admin.ch/opc/it> (luglio 2014).

<sup>208</sup>«Body of Principles for the protection of All Persons under any form of Detention or imprisonment » approvata, dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con risoluzione 43/173 del 9 dicembre 1988, , [www.un.org](http://www.un.org)

<sup>209</sup> «Basic Principles for the treatment of Prisoners » approvata, dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con risoluzione 45/111 del 4 dicembre 1990, [www.un.org](http://www.un.org)

*dell'Uomo*. Poiché secondo l'art. 34:

La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto<sup>210</sup>

spesso la Corte ha trattato violazioni dei diritti delle persone detenute. Rilevante è la possibilità che la sentenza preveda l'indennizzo in favore della vittima della violazione e obbligo per lo Stato di avviare azioni idonee a rimuovere le cause delle violazioni. Questo perché la *Convenzione* ha inteso offrire al soggetto, che lamenta la violazione di un diritto, l'accesso a strumenti per l'accertamento del danno subito e per l'avvio di procedure di riparazione da parte dei responsabili del comportamento lesivo. Purtroppo lo Stato Italiano è stato condannato diverse volte per violazioni nei confronti delle persone detenute<sup>211</sup>.

Di particolare rilevanza è quanto la *Corte dei Diritti dell'Uomo* ha ribadito, facendo riferimento a principi stabiliti nella sua giurisprudenza, e cioè che la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla *Convenzione*. Semmai, la condizione di vulnerabilità in cui si trovano i detenuti pone a carico dell'autorità l'obbligo di assicurare condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana. Le modalità di esecuzione della pena devono sempre tendere a non aggravare l'inevitabile livello di sofferenza connesso alla detenzione, e ad assicurare adeguatamente la salute ed il benessere del detenuto<sup>212</sup>.

Per una più completa affermazione del bisogno di tutela e di controllo del rispetto

---

<sup>210</sup>Cfr. *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo*,  
[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ITA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf) (luglio 2014)

<sup>211</sup> Indicativa la sentenza dell'8/1/2013 della causa Torreggiani e altri c. Italia che ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 della Convenzione «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» a causa dell'insufficiente spazio in cui dovevano passare la giornata durante la detenzione i ricorrenti. [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

<sup>212</sup> Cfr. Punto 65 della sentenza Torreggiani e altri c. Italia in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) (giugno 2014).

dei diritti delle persone sottoposte a limitazione delle libertà personali, il Consiglio d'Europa il 26 novembre 1987 ha adottato la *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti*, a oggi sottoscritta da 47 Stati. S'intende integrare quanto previsto dalla CEDU fornendo strumenti alle vittime di violazioni dell'art. 3. S'istituisce un Comitato con funzioni di osservazione delle procedure utilizzate nei vari Stati:

[...] convinti che la protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti delle persone private di libertà potrebbe essere rafforzata da un sistema non giudiziario di natura preventiva, basato su sopralluoghi<sup>213</sup>.

Nonostante queste norme testimonino del grande disvalore attribuito alle violazioni perpetrate da autorità pubbliche, non può affermarsi che tutti gli Stati parte siano stati solerti nell'approntare normative interne idonee a tutelare questi diritti. È il caso dell'Italia che, ancora oggi, nonostante la ratifica della *Convenzione* sia avvenuta nel 1989, non ha inserito nell'ordinamento giuridico il reato di tortura.

Nell'attuale XVII Legislatura il Senato ha approvato il 5 marzo 2014 un testo di legge unificato, che introduce il reato nel codice penale, trasmesso alla Camera dei deputati per l'esame e non ancora licenziato. Tra le critiche già mosse al testo, che la tortura non sia qualificata come reato proprio ma comune, imputabile quindi a qualunque cittadino e non solo ai titolari di una funzione pubblica, come avviene invece in molti altri paesi occidentali per effetto del recepimento delle norme internazionali. E ancora, il testo fa riferimento alla reiterazione di più atti per qualificare il reato di tortura, e questo potrebbe non essere conforme allo scopo previsto dalle Convenzioni internazionali. L'attenzione dell'Europa ai diritti delle persone private della libertà personale e ai sistemi di gestione delle persone detenute è stata sempre costante. Al fine di fornire agli Stati membri uno strumento per rivedere approfonditamente gli sviluppi intervenuti nell'ambito

---

<sup>213</sup> Cfr. Preambolo della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti.  
<http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/126.htm>

della politica penale, nelle pratiche delle condanne e nella gestione delle carceri, e approntare di conseguenza gli aggiornamenti necessari, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato l'11 gennaio 2006 la Raccomandazione R (2006) 2 sulle *Regole penitenziarie europee*. In essa si richiama sia la *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, sia la giurisprudenza della *Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, sia tutte le precedenti *Raccomandazioni* sul tema adottate in Europa, sia infine le regole minime per il trattamento dei detenuti delle Nazioni Unite. Nel riaffermare che nessuno può essere privato della libertà se non come misura estrema, si sottolinea la necessità di garantire condizioni di detenzione che non portino pregiudizio alla dignità umana offrendo delle occupazioni costruttive. Si auspica l'affermazione di una presa in carico delle persone tale da permettere la programmazione e preparazione del loro reinserimento sociale.

## **CONCLUSIONI**

L'analisi condotta sullo scopo che la pena deve conseguire e sul significato che ad essa riconoscono i singoli e la comunità mostra, ancora una volta, la dimensione storica, frutto delle tradizioni politiche e culturali, e come interagendo con l'ambiente essa contribuisca alla formazione culturale della comunità sociale e alla costruzione del suo ordine. L'analisi, però, mostra anche come alcune delle caratteristiche che la pena presenta siano, per così dire, immutabili e persistenti nel tempo. In una dimensione di complessità delle società contemporanee gli elementi di contraddizione tendono a moltiplicarsi e l'individuazione di percorsi nuovi teorici ed applicativi diventa sempre più difficile. Un aspetto, nell'esperienza individuale, da sempre presente e che oggi sembra prevalere è quello emotivo, difficile da accettare giacché la struttura degli ordinamenti contemporanei tende ad assicurare l'assenza di qualunque condizionamento, al di fuori della norma, in tutti i momenti compresi tra l'attribuzione di pena e la sua esecuzione. Questo però non significa che possano essere sottovalutati i sentimenti collettivi che naturalmente si modificano in funzione delle trasformazioni politiche, organizzative e morali delle società. Come abbiamo visto, la condizione d'incertezza esistenziale e il conseguente bisogno di sicurezza che caratterizza le società complesse orienta il contrasto o il contenimento dei fenomeni criminali, anche in sistemi politico-culturali diversi, verso l'uso costante della repressione.

L'accettazione delle politiche di tolleranza zero comporta modifiche di particolare gravità tanto delle norme prescrittive quanto delle sanzioni e degli strumenti per attuarle; in tal modo s'influenza negativamente, nella comunità dei cittadini, la percezione del bisogno di sicurezza e, anche, l'atteggiamento nei confronti dei trasgressori. Nonostante l'impegno a fornire la comunità internazionale di strumenti capaci di contrastare le continue violazioni di diritti fondamentali ed imprescrittibili, non si può fare a meno di rilevare una certa sottovalutazione verso il ricorso alla tortura; all'accettazione, alla richiesta ed all'esecuzione della pena di morte, in molti paesi; come non è possibile sottovalutare un adeguato dibattito sulla funzione dell'ergastolo in diversi paesi tra cui l'Italia. Come si è accennato il



ricorso all'utilizzo di strumenti tecnologici, per il controllo del territorio e dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà, se può apparire idoneo a mitigare il problema dell'affollamento negli istituti penitenziari certamente trasmette un'idea di carcerizzazione del territorio il cui valore simbolico deve inquietare. Potrebbe, infatti, con la diffusione e con il tempo, far ritenere accettabile tanto il controllo della quotidianità individuale quanto la cessione di libertà che con queste procedure si realizza.

Il richiamo allo scopo di cura della pena che è stato proposto fin dall'antichità, deve suscitare oggi le nostre perplessità quando si propugna l'uso di antagonisti chimici per il trattamento degli autori di determinati reati, anche se questi ultimi risultano particolarmente lesivi per le vittime e odiosi per la comunità. Bisogna, infatti, non dimenticare i disastrosi effetti prodotti dall'utilizzo delle scienze mediche nel trattamento della "anormalità"; evitare, quindi, che interventi proposti come cure per aiutare e guarire realizzino possibili abusi, consistenti nello sviluppo di metodi di controllo sociale. Mantenere la memoria delle tecniche disciplinari e del controllo, che è stato esercitato facendo riferimento ad esse, serve a mettere in evidenza come sia da evitare la proposizione della contesa dell'intervento sul comportamento patologico tra medici, psichiatri e carcerieri. Riveste, inoltre, particolare significato contrastare le situazioni che inducono a concentrarsi sulla minaccia alla sicurezza ricercando ad ogni costo il nemico; sentire danneggiata l'armonia della società, come abbiamo visto può generare soluzioni particolarmente funeste per l'umanità, come nel caso dei genocidi e di tutte le violazioni dei diritti umani. Purtroppo, come si è cercato di evidenziare, gli strumenti di cui la comunità internazionale si è dotata nel secolo scorso e nello scorcio del nuovo non si sono, al momento, dimostrati sufficienti a impedire la continua riproposizione di crimini orrendi. Fino a quando non ci si convincerà che, per premunirsi contro le condizioni che generano disumanità, sia urgente lavorare culturalmente per l'umanizzazione crescente dei costumi e dei comportamenti non si otterranno risultati apprezzabili. Ai Tribunali Internazionali devono essere affiancati tutti quegli organismi e associazioni che radicandosi nei territori e

utilizzando le tradizioni locali possano dare forza a quei valori universali e al loro riconoscimento, preconditione per una convivenza sociale pacifica e per questo da difendere.

L'eccesso di ricorso alla carcerazione, presente in diversi Paesi tra cui l'Italia, richiede la costruzione di strutture penitenziarie che non fa pensare all'affermazione di un'idea diversa nella gestione dei delinquenti. Nelle situazioni attuali è possibile rintracciare l'esportazione di questi modelli di controllo nella gestione di quei soggetti esclusi o comunque fuori dalle comunità organizzate, come i profughi, i migranti, i gruppi di senza tetto, i minori problematici e così via. Gli istituti penitenziari come si è visto non riescono a realizzare la finalità rieducativa e risocializzante, pertanto è sempre più evidente l'effetto negativo della reclusione. Prevalgono gli elementi di frammentazione dell'esperienza soggettiva e di disgregazione dell'identità con effetti negativi, per il soggetto, nella gestione delle relazioni con le reti primarie e con l'esterno; tutto questo fa ipotizzare una prognosi negativa per la vita futura dei soggetti coinvolti. Appare così prevalente, nei fatti, l'affermazione del paradigma retributivo che, come si è visto, attraversa ininterrottamente la storia della penalità. Questo significa che si tende ad accettare la pretesa di punire per conto della vittima. S'intravede, quindi, una finalità di vendetta che evidenzia il bisogno di soddisfazione attraverso l'inflizione della pena piuttosto che quello di mettere in evidenza il disvalore dell'evento dannoso messo in atto. Però, il bisogno della vittima è che emerga la consapevolezza che ciò che ha subito non sarebbe dovuto accadere e che non dovrà più riproporsi; questo bisogno emerge in tutte le circostanze in cui si adottano adeguate tecniche di ascolto delle sue ragioni. Per tale motivo è necessario valorizzare tutte quelle esperienze che hanno prodotto significativi risultati all'interno delle comunità nella gestione dei conflitti.

È, certamente, da ritenere di grande stimolo il percorso tracciato dalla *Commissione per la Verità e la Riconciliazione* in Sud Africa che, sebbene considerato specifico e non riproponibile, ha posto al centro della sua attività rilevanti questioni. Per esempio, quella di privilegiare la ricognizione della verità,

su quanto accaduto, attraverso una narrazione diversa attuata con l'aver consentito ai responsabili di assumersi la responsabilità delle proprie azioni davanti a tutta la comunità e, alle vittime, la scelta di partecipare pienamente al percorso di riconciliazione, recuperando così la dignità minacciata dalla negazione dell'abuso. Il bisogno di giustizia è esigenza primaria che necessita di adeguata accoglienza e idoneo sostegno da parte di istituzioni prossime e tempestive nell'intervento. Rivedere come il bisogno di giustizia sia stato interpretato nell'antichità ci consente di cogliere gli aspetti che hanno influenzato l'evoluzione del pensiero penale. A questo proposito si possono ricordare tanto la concezione di un sistema educativo basato sulla somministrazione di premi e punizioni, quanto le teorizzazioni sul concetto di colpa ma anche il ritenere che nessuno sia cattivo volontariamente. Sono state individuate, inoltre, esigenze di tipo diverso come il bisogno di abbandono della vendetta privata e la necessità di rituali conciliativi, finalizzati alla ricomposizione della frattura della relazione che l'azione del reo aveva causato non solo con la vittima ma anche con la comunità. Come è stato sottolineato l'affermazione della giustizia riparativa, declinata oggi in diverse forme e sperimentata in diverse realtà territoriali, mostra la possibilità di affrontare diversamente le conseguenze delle trasgressioni alle leggi penali, coniugando le esigenze individuali dei soggetti coinvolti con quelle della comunità, in cui tra l'altro si veicola l'affermazione di un principio di corresponsabilità. Vanno intesi nella stessa direzione tutti i suggerimenti provenienti dalle correnti abolizioniste e dai propugnatori del perdono responsabile; infatti, essi possono orientare la riflessione sulla pena mettendo a fuoco temi particolarmente importanti, come il limite alla quantità di sofferenza accettabile ed il pericolo che proviene da società eccessivamente punitive. Accettare un'ottica di corresponsabilità può far accantonare la pretesa punitiva e dare sostanza a ipotesi di intervento calibrate sui complessi bisogni delle società contemporanee. Come si è visto, la pena in quanto interessa i diritti inviolabili della persona, non soltanto del soggetto colpevole, va affrontata con precauzione e responsabilità.

\*\*\*\*\*

## **BIBLIOGRAFIA**

ANASTASIA S., GONNELLA P. (a cura di), *Patrie galere. L'Italia dietro le sbarre*, Carocci, Roma 2004.

ARISTOTELE, *Politica*, Editori Laterza, Roma-Bari 2007.

ARENDT Ha., *Sulla violenza*, trad. it., Ugo Guanda Editore, Parma 2013.

ARENDT Ha., *La banalità del male*, trad. it., Feltrinelli Editore, Milano 2013.

BACCHINI D., BODA G., DE LEO G., *Promuovere la responsabilità*, F. Angeli, Milano 2004.

BANDINI T., GATTI U., *Delinquenza giovanile*, Giuffrè Editore, Milano 1987.

BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, trad. it., il Mulino, Bologna 2012.

BAUMAN Z., *Il demone della paura*, trad. it., Editori Laterza, Roma-Bari 2014.

BAUMAN Z., LYON D., *Sesto potere, La sorveglianza nella modernità liquida*, trad. it., Editori Laterza, Roma-Bari 2013.

BAUMAN Z., *Modernità e Olocausto*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2010.

BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, trad. it., Laterza, Roma-Bari 2007.

BARCACCIA B., MANCINI F. (a cura di), *Teoria e clinica del perdono*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2013.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano 2011.

BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Carocci, Roma 2013.

BECK U., *I rischi della libertà. L'individuo nell'epoca della globalizzazione*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2012.

BERNAT DE CÉLIS J., HULSMAN L., *Pene Perdute*, trad. it., Edizioni Colibrì, Paderno Dugnano(MI) 2001.

BERTI C., *Psicologia sociale della giustizia*, Il Mulino, Bologna 2002.

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1997.

BOCCENTI L., "La Giustizia", in *Il Timone*, Quaderni 2005.

BOELLA L., *Il coraggio dell'etica. Per una nuova immaginazione morale*, Raffaello Cortina, Milano 2012.

BOUCHARD G., MIEROLO G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, Milano 2005.

BOUDON R., *Sentimenti di giustizia*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2002.

BRAUDEL F., *Memorie del mediterraneo. Preistoria e antichità*, trad. it., Bompiani, Milano 2004.

BRICOLA F., *Il carcere riformato*, Il Mulino, Bologna 1977.

BROSSAT A., *Scarcerare la società*, trad. it., Elèuthera, Milano 2003.

CALLARI GALLI M., CERUTI M., PIEVANI T., *Pensare la diversità. Per un'educazione alla complessità umana*, Meltemi, Roma 2000.

CAMPELLI E., FACCIOLI F., GIORDANO V., PITCH T., *Donne in carcere. Ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Feltrinelli, Milano 1992.

CANTARELLA E., *Diritto romano, istituzioni e storia*, Mondadori, Milano, 2010.

CANTARELLA E., *I greci, noi e la pena di morte*, Argos versione On-line ISSN 1853-6379, 2009.

CASSESE A., CHIAVARIO M., De FRANCESCO G., *Problemi giuridici attuali della giustizia penale internazionale*, Giappichelli, Torino 2005.

CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Roma-Bari 2012.

CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale, Vol. I*, Il Mulino, Bologna 2005.

CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale, Vol. II*, Il Mulino, Bologna 2006.

CASTEL R., *L'insicurezza sociale*, trad. it., Einaudi, Torino 2011.

CASTELLANO L., STASIO D., *Diritti e castighi*, Il Saggiatore, Milano 2009.

CAVALLI-SFORZA L. L., *La specie prepotente*, Editrice San Raffaele, Milano 2010.

CAVALLI-SFORZA L. L., Padoan D., *Razzismo e noismo. Le declinazioni del noi e l'esclusione dell'altro*, Einaudi, Torino 2013.

CHRISTIE N., *Una modica quantità di crimine. Società mono-istituzionale e cultura della pena*, trad. it., Edizioni Colibrì, Paderno Dugnano(MI) 2012.

CHRISTIE N., *Oltre la solitudine e le istituzioni. Comunità per gente fuori norma*, trad. it., Elèuthera, Milano 2001

COSTA F., *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Facchi, Milano 1924.

COSTA F., *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Fratelli Bocca, Torino 1928.

COLOMBO G., *Il perdono responsabile*, Ponte alle Grazie, Milano 2011.

CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1985.

DAL LAGO A., *Il business del pensiero*, manifesto libri, Roma 2007.

DAL LAGO A., *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, ombre corte, Verona 2000.

DE CATALDO G., *In giustizia*, Rizzoli, Milano 2011.

DE LEO G., DIGHERA B., GALLIZZIOLI E., *La narrazione nel lavoro di gruppo, strumento per l'intervento psicosociale*, Carocci, Roma 2005.

DE LEO G., PATRIZI P., *Psicologia della devianza*, Carocci, Roma 2002.

DE LEO G., PATRIZI P., DE GREGORIO E., *L'analisi dell'azione deviante. Contributi teorici e proposte di metodo*, il Mulino, Bologna 2004.

DE PICCOLI N., FAVRETTO A.R., ZALTRON F., *Norme e agire quotidiano negli adolescenti*, Il Mulino, Bologna 2001.

EHRENBERG A., *La società del disagio. Il mentale e il sociale*, trad.it., Einaudi, Torino 2010.

EUSEBI L., *La pena in crisi*, Editrice Morcelliana, Brescia 1990.

EUSEBI L. (a cura di), *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano 1989.

FACCIOLI F., *I soggetti deboli: i giovani e le donne nel sistema penale*, Franco Angeli, Milano 1990.

FASSONE E., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna 1980.

FENECH G., *Tolleranza zero. Come vincere la criminalità e le violenze urbane*, trad. it., Medusa, Milano 2001.

- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma 2009.
- FERRARI V., *Diritto e società*, Laterza, Bari 2004.
- FIANDACA G., VISCONTI C. (a cura di), *Punire mediare riconciliare. Dalla Giustizia penale internazionale alla elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, Torino 2009.
- FORNASARI G., MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, CEDAM, Padova 2008.
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina, Milano 2000.
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., Einaudi, Torino 1993.
- FOUCAULT M., *Gli anormali. Corso al Collège de France 1974-1975*, trad. it., Feltrinelli, Milano 2002.
- FOUCAULT M., *La strategia dell'accerchiamento*, trad. it., :duepunti edizioni, Palermo 2009.
- FOUCAULT M., *Storia della follia nell'età classica*, trad. it., Rizzoli, Milano 1999.
- FRANCIONI F., GESTRI M., RONZITTI N., & SCOVAZZI T. (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Giuffré Editore, Milano 2008.
- FREUD S., *Il disagio nella civiltà*, trad. it., Einaudi Editore, Torino 2010.
- GALIMBERTI U., *L'ospite inquietante. Il nichilismo e i giovani*, Feltrinelli, Milano 2008.
- GARLAND D., *Pena e società moderna*, trad. it., Il saggiatore, Milano 1999.
- GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Il Saggiatore, Milano 2004.
- GELTENER G., *La prigione medievale, Una storia sociale*, trad. it., Viella, Roma 2012.



GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2006.

GOFFMAN E., (1961) *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, trad. it., Einaudi, Torino 2003.

GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA G., *Ordinamento Penitenziario commentato (IV ed.)*, CEDAM, Padova 2011.

HAMPSHIRE S., *Non c'è giustizia senza conflitto*, trad. it., Feltrinelli, Milano 2001.

HANNERZ U., *La complessità culturale. L'organizzazione sociale del significato*, trad. it., Il Mulino, Bologna 1998.

HOBBS Th., *Leviatano*, trad. it., Editori Laterza, Roma-Bari 1974.

HUIZINGA J., *Lo scempio del mondo*, trad. it., Bruno Mondadori, Milano 2004.

KELSEN Ha., *Il problema della giustizia*, trad. it., Einaudi, Torino 2000.

KWAME A. A., *Cosmopolitismo. L'etica in un mondo di estranei*, trad. it., Editori Laterza, Roma-Bari 2007.

*La Sacra Bibbia*, Edizioni Paoline, Roma 1962.

LICHTNER M., *Esperienze vissute e costruzione del sapere*, Franco Angeli, Milano 2008.

LÜDERSSEN K., *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, Milano 2005.

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano 2003.

MANNUZZU S., *Il fantasma della giustizia*, Il Mulino, Bologna 1998.

MARCHETTI I., MAZZUCCATO C., *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e Pensiero, Milano 2009.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milano 2009.

MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè Editore, Milano 1985.

MATHIESEN T., *Perché il carcere?*, trad. it., Edizioni Gruppo Abele, Torino 1996.

MELOSSI D., PAVARINI M., *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Società editrice il Mulino, Bologna 1977.

MENGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Giappichelli, Milano 2008.

MORIN E., *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano 2001.

MORIN E., *La via. Per l'avvenire dell'umanità*, trad.it., Raffaello Cortina Editore, Milano 2012.

MORIN E., *L'identità umana*, trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano 2002.

MOSCONI G., *Dentro il carcere oltre la pena*, CEDAM, Padova 1998.

NADER L., *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, trad.it., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003.

NATALE T., *Riflessioni politiche intorno all'efficacia e necessità delle pene*, Torri del Vento, Palermo 2011.

NEUMANN E., *Psicologia del profondo e nuova etica*, trad. it., Moretti & Vitali, Bergamo 2005.

NUTI V., *Discoli e derelitti. L'infanzia povera dopo l'unità*, Firenze, La Nuova Italia 1992.

O'CONNOR J., McDERMOTT I., *Il pensiero sistemico. L'arte di comprendere la connessione tra gli eventi per poterli influenzare*, trad. it., Sperling & Kupfer Editori, Torino 2003.

OTHMANI A., *La pena disumana. Esperienze e proposte radicali di riforma penale*, trad. it., Elèuthera, Milano 2004.

PADOVANI T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè 1981.

PACE G., *Il discernimento dei fanciulli. Ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Giappichelli, Torino 2000.

PARENTE A., *Architettura ed archeologia carceraria: Santo Stefano di Ventotene ed il Panopticon*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", Ministero della Giustizia, Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, Roma n.1- 3/1998.

PITCH T., *I diritti fondamentali: differenze culturali, disuguaglianze sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino 2004.

PITCH T., *La società della prevenzione*, Carocci, Roma 2008.

PLATONE, "Protagora" e "Gorgia", in *Opere complete*, vol. V, Editori Laterza, Roma, 2003.

PLATONE, "Leggi", in *Opere complete*, vol. VII, Editori Laterza, Roma-Bari 1979.

PLATONE, "L'apologia di Socrate", in *Dialoghi*, Einaudi, Torino 1970.

PLATT A.M., *L'invenzione della delinquenza*, trad.it., Guaraldi, Firenze 1975.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino 2005.

QUADRIO A., COLUCCI P. (a cura di), *Bei delitti e belle pene*, Unicopli, Milano 1998.

RE L., *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Editori Laterza, Roma 2006.

RICCI A., SALIERNO G., *Il carcere in Italia*, Einaudi, Torino 1971.

RESTA E., *Il diritto fraterno*, Editori Laterza, Roma-Bari 2002.

RESTA E., "La legalità apparente" in *Dei delitti e delle pene n.3/94*, Gruppo Abele Periodici, Torino 1996.

RIFKIN J., *La civiltà dell'empatia*, trad. it., Mondadori, Milano 2010.

RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli 2007.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari 2013.

SARTARELLI G., *Pedagogia penitenziaria e della devianza*, Carocci Faber, Roma 2004.

SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano 2008.

SPECTOR M., "Oltre il crimine: come controllare che disturba la pace sociale" in *La questione criminale anno VII maggio/agosto*, Il Mulino, Bologna 1981.

STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna 2006.

TAGUIEFF P.A., *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano 1999.

TRAVERSO E., *Il secolo armato. Interpretare le violenze del novecento*, Feltrinelli, Milano 2012.

VANEIGEM R., *Né vendetta Né perdono. Giustizia moderna e crimini contro l'umanità*, trad. it., Elèuthera, Milano 2010.

WACQUANT L., *Parola d'ordine: tolleranza zero, La trasformazione dello Stato penale nelle società neoliberali*, trad. it., Feltrinelli Editore, Milano 2000.

P. WATZLAWICK , *Di bene in peggio*, trad. it., Feltrinelli Editore, Milano 2013.

WILLIAMS III F.P., McShane M.D., *Devianza e criminalità*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2013.

ZARA G., *La psicologia criminale minorile*, Carocci, Roma 2006.

ZARIFIAN Ph., *L'emergere di un Popolo Mondo. Appartenenza, singolarità e divenire collettivo*, trad. it., ombre corte, Verona 2000.

ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino 2009.

ZOJA L., *Giustizia e Bellezza*, Bollati Boringhieri, Torino 2011.

ZOJA L., *Storia dell'arroganza. Psicologia e limiti dello sviluppo*, Moretti & Vitali, Bergamo 2003.

## **WEBGRAFIA**

Ministero della giustizia francese, documenti storici,  
[www.justice.gouv.fr/recherche.html](http://www.justice.gouv.fr/recherche.html), verificato: giugno 2014

Organizzazione delle Nazioni Unite, documenti ,[www.un.org/fr/documents/udhr/](http://www.un.org/fr/documents/udhr/),  
Verificato: maggio 2014

Biblioteca elettronica, Rivista Argos 2009, [www.scielo.org.ar](http://www.scielo.org.ar) , Verificato: aprile 2013

Maat , forum di storia ,[www.maat.it/livello2/leggi-sumere.htm](http://www.maat.it/livello2/leggi-sumere.htm), Verificato: giugno 2014

Thule-Italia, associazione a scopo didattico educativo,  
[thule-italia.com/wordpress/ur-nammu](http://thule-italia.com/wordpress/ur-nammu), Verificato: giugno 2014

Wikipedia, ricerche correlate, [it.Wikipedia.org/wiki/Utente:Filippof/Preambolo - Hammurabi](http://it.Wikipedia.org/wiki/Utente:Filippof/Preambolo-Hammurabi), Verificato: aprile 2013

Archivio internet, leggi di Hammurabi, [https.archive.Org](https://archive.org), Verificato aprile 2013

Diritto@Storia, Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana,  
<http://www.dirittoestoria.it>, Verificato: giugno 2014

Biblioteca del Classici italiani di G. Bonghi, testi in traduzione italiana,  
<http://www.filosofico.net/senecadeiratext.htm>, Verificato: settembre 2013

Teoria e storia del diritto privato, Rivista internazionale on line,  
[www.teoriestoriadeldirittoprivato.com/index](http://www.teoriestoriadeldirittoprivato.com/index), Verificato: aprile 2014

Ministero della Giustizia, documenti, riviste, link correlati, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

Opere, vita, scritti, pensieri, Augustinus Hipponensis in [www.augustinus.it](http://www.augustinus.it)

Somma Teologica in [www.fulvionapoli.it](http://www.fulvionapoli.it)

Centro studi di diritto penale europeo (CSDPE) [www.dirittopenaleeuropeo.it](http://www.dirittopenaleeuropeo.it)

ALTALEX, quotidiano di informazione giuridica, [www.altalex.com](http://www.altalex.com)

Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)

Archivio Pace Diritti Umani, [www.unipd-centrodirittiumani.it](http://www.unipd-centrodirittiumani.it)

Centro studi indipendente di diritto internazionale dei diritti umani e dei conflitti armati, [www.studiperlapace.it](http://www.studiperlapace.it)

Centro regionale di informazione delle Nazioni Unite, [www.unric.org](http://www.unric.org)  
<http://www.unric.org/html/italian/humanrights/vienna.html>

Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie (ICTY), [www.icty.org](http://www.icty.org)

Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR), [www.unicttr.org](http://www.unicttr.org)

Istituto Interregionale delle Nazioni Unite per la Ricerca sul Crimine e la Giustizia, [www.onuitalia.it](http://www.onuitalia.it)

National unit and Reconciliation Commission, Republic of Rwanda (NURC), [www.nurc.gov.rw](http://www.nurc.gov.rw)

Cour Pénale Internationale (ICC o CPI) [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)

Centro interuniversitario di ricerche per la pace, l'analisi e la mediazione dei conflitti, [www.cirpac.it](http://www.cirpac.it)

Truth and Reconciliation Commission (TRC), <http://www.justice.gov.za/trc/>

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (ECHR), [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)