

CAPITOLO I

COME RISPONDERE AL REATO: UN PROBLEMA APERTO

SOMMARIO: 1. La pena tra (ir)razionalità, sapere scientifico e scelte politiche. – 2. Pena ed empiria: un confronto ormai ineludibile. – 3. Il lento progresso civile del sistema punitivo. – 4. L'essenza della tragedia: la perenne centralità della pena detentiva. – 4.1. L'aumento della popolazione penitenziaria e il problema del sovraffollamento. – 4.2. Carcere e diritti fondamentali: il ruolo della Corte di Strasburgo. – 4.3. La situazione attuale: un graduale ritorno alle condizioni di sovraffollamento penitenziario – 5. Condotta reintegratoria e pena prescrittiva: la delimitazione del campo d'indagine. – 5.1. Un'indispensabile precisazione terminologica e concettuale. – 6. Idealtipi di pena e modello prescrittivo-reintegratorio.

1. *La pena tra (ir)razionalità, sapere scientifico e scelte politiche*

«In nessun altro ambito del diritto esiste un concetto, che per importanza storico-culturale possa misurarsi anche solo lontanamente con quello di pena; nessun altro è la fedele immagine riflessa del modo di pensare e di sentire di un popolo in una determinata epoca storica, il metro d'altezza della sua civiltà; nessun'altra nozione, al pari di quella di pena, passa attraverso l'evoluzione morale di un popolo, leggera e flessibile come la cera, nella quale si riflette ogni impronta»¹.

Allo stesso tempo, in nessun ambito del diritto esiste un istituto che, pur essendo il metro d'altezza della civiltà, sfugge ai più tenaci sforzi di razionalizzazione². E vi sfugge non solo perché la pena è per sua stessa natura “un'arma a

¹R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, p. 2 «Auf dem ganzen Gebiete des Rechts gibt es keinen Begriff, der an kulturhistorischer Bedeutung sich nur von ferne mit dem der Strafe messen könnte, kein anderer ist so wie er das getreue Spiegelbild der zeitlichen Denk- und Empfindungsweise des Volkes, der Höhemesser seiner Gesittung, kein anderer macht so wie er alle Phasen der sittlichen Entwicklung des Volkes mit durch, weich und biegsam wie das Wachs, in dem jeder Eindruck sich ausprägt».

²Per tutti D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, p. 24.

doppio taglio”³ la cui carica negativa, per perseguire scopi di tutela, genera tensioni ed antinomie difficilmente riconponibili, ma perché ogni modello punitivo evoca riflessioni che, travalicando il ristretto mondo del diritto, coinvolgono i più diversi campi del sapere e del sentire umano, fino a toccare in ultima istanza il nucleo più profondo e mutevole delle scelte di valore.

Sebbene i rapporti tra tipologia delle risposte punitive e morale vengano fatalmente lasciati sullo sfondo rispetto all’approfondimento dedicato a questo tema in relazione alla teoria del reato, «nel diritto è in gioco la *moralità della coercizione*, oltre che la sua razionalità tecnica»⁴. A essere in discussione non sono, dunque, solo moralità e razionalità del punire come costante storica, ma soprattutto moralità e razionalità delle modalità e dei contenuti della pena (ed in particolare di quella detentiva che ne è l’incarnazione paradigmatica) per come quest’ultima vive oggi nella realtà tra aspirazioni positive (migliorare il condannato) e distorsioni negative (recisione dei legami affettivi, sociali e lavorativi; rischio concreto di eseguire una pena che sia lesiva della dignità umana e dei più elementari diritti della persona).

Sia sul piano filosofico, sia su quello delle concrete ricadute sociali ed economiche, la pena è «una realtà a tal segno poliedrica, che su di essa riusciamo ad affermare solo verità parziali: v’è sempre qualche lato che sfugge...»⁵.

In mancanza di un solido fondamento scientifico e di una sufficiente raccolta di dati empirici proprio in relazione al sistema sanzionatorio, legislatore e giudice sono privi sia di criteri in grado di guidare l’esercizio del proprio potere discrezionale, sia di strumenti in grado di controllare l’effettività e la razionalità delle risposte punitive, ossia la delicata relazione esistente tra mezzi impiegati e risultati raggiunti⁶.

La carenza di sapere scientifico, che è storicamente associata alle teorie della pena, è in qualche misura immanente a qualsiasi modello repressivo, nel quale metodo normativo ed empirico sono da sempre antagonisti. E ciò non solo qualora si intenda fondare la giustizia penale sul dogma retribuzionista che è, per principio, cieco all’empiria, ma anche quando si intenda ampliare le prospettive del sistema punitivo verso l’imponderabile futuro, formulando prognosi sugli effetti di una certa risposta sul comportamento del condannato (sulla recidiva o

³ Così F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, p. 1 ss. (trad. it. a cura di A.A. Calvi), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

⁴ Così D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 495; cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000, p. 197 ss.

⁵ Così C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora in ID., *Diritto penale*, vol. II, p. 29.

⁶ Cfr. G. FORTI, *L’immane concretezza, metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 95 s.

sulla pericolosità), oppure ipotizzando che dall'affermazione di valore del precetto e/o dalla minaccia di pena possa sorgere, in ogni individuo, una controspinta motivazionale a non tenere quel comportamento.

Al di là degli strutturali e ineliminabili limiti scientifici delle teorie della pena, è «proprio l'accentuata politicità della teoria della pena, la sua resistenza a un discorso più scientifico costruttivo, [a rendere] l'intera scienza penale carente, zoppa»⁷. Finalità, tipologia ed entità della pena appartengono da sempre a un ambito valutativo della discrezionalità politica del legislatore che è pressoché insondabile dal punto di vista scientifico: anche quando esiste, sia pure in stato embrionale, un sapere scientifico in grado di mettere in discussione la razionalità della pena, questo sapere è poco o per nulla giustiziabile⁸.

A tal riguardo, l'idea apparentemente indiscutibile e quasi sacrale, o meglio, la certezza metafisica che la pena debba essere pensata in negativo, come un'afflizione improduttiva, ma moralmente giusta, sembra costituire la scelta politica che pone l'ostacolo più ostinato al confronto con il sapere empirico. È questo l'argine più resistente al dialogo con la conoscenza scientifica, che trascina la giustizia penale in «una vera e propria aporia di sistema»⁹. Disancorare le scelte sulla pena da parte del legislatore (prima) e del giudice (poi) dal riferimento esclusivo (anche se ineliminabile) all'intuizione e al senso comune costituisce un obiettivo auspicabile e perseguibile¹⁰.

Accanto al confronto con il sapere scientifico, vi è un aspetto che precede e fonda qualsiasi discorso sulla razionalità teleologica della pena.

Problema aperto della politica criminale¹¹, la pena appartiene a quei concetti giuridici che risultano generalmente familiari. Prima di appartenere al diritto o alla storia, alla filosofia o alla letteratura, la punizione attraversa la nostra quotidianità, i nostri ricordi dell'infanzia, le nostre vite¹². Sia per i profani che per i pratici del diritto, l'esistenza della pena rappresenta, al di là delle molteplici forme assunte nel corso della storia dell'umanità, un'ovvietà indiscutibile.

Espressione classica per antonomasia della natura cogente del diritto e presi-

⁷ Così M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 109.

⁸ Sul punto M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1196.

⁹ Così M. DONINI, *ibidem*; l'A. mette, inoltre, in rilievo che «un compito storico della nostra disciplina è pertanto il superamento del blocco epistemologico e di legittimazione costituito da questa aporia, attraverso il recupero di un diverso statuto per la teoria della pena, a base reintegratoria, e non retributiva».

¹⁰ Cfr. M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 121 ss. e p. 335 ss.

¹¹ Cfr. D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 14; l'A. osserva che «la consapevolezza del «doppio taglio» dello strumento penale, e della difficoltà di bilanciarne ragioni e costi, è in ogni caso per la politica criminale un problema di base, perennemente aperto».

¹² Cfr. W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, Berlin, 2009, p. 15.

dio ultimo degli interessi fondamentali degli individui e della collettività, l'utilizzo della formula «è punito» si trova in tutte le leggi nelle quali lo Stato fissa limiti, obblighi e divieti all'agire umano.

Senza la pena il diritto appare quasi inconcepibile e l'esigenza di punire a tal punto insopprimibile che chi dovesse metterne in dubbio l'esistenza verrebbe accolto «da una reazione che può variare dall'indignazione ad un sorriso indulgente, fino alla semplice accusa di ignoranza»¹³.

Che dinanzi alla commissione di un reato «non si debba rimanere inerti costituisce un'ipotesi di lavoro provvista, senza dubbio, di alta plausibilità»¹⁴.

È proprio l'esistenza stessa del diritto penale che, come prodotto dell'evoluzione storica e culturale di ogni società, mostra l'attuale impossibilità di tutelare individui e collettività rinunciando all'impiego di qualsiasi forma di strumento coercitivo¹⁵. Al contempo, tuttavia, «non risulta affatto predefinita la modalità con cui si debba affrontare»¹⁶ il fatto punibile. Cosa legittimi tale risposta, come ciò debba in concreto avvenire ed in che modo sia possibile tracciare i limiti dell'intervento punitivo rimangono domande ancora aperte, attorno alle quali si articola l'intero dibattito sulle teorie della pena.

Nel cercare di dare una veste razionale al potere punitivo¹⁷, il dibattito sulle teorie della pena, che trova le sue origini più recenti con la nascita dello Stato moderno, appartiene alle questioni maggiormente problematiche della storia del diritto penale.

¹³ Così K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 205; in tal senso anche K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt am Main, 1995, p. 7 ritiene che «la pena sia un anacronismo della nostra epoca».

¹⁴ Così L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in A. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale: la posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 514; anche in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa", Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 17 ss.; questa è una considerazione condivisa anche dalla dottrina abolizionista: per tutti N. CHRISTIE, *Utility and Social Values in Court Decisions on punishment*, in R.G. HOOD (a cura di), *Crime, Criminology and Public Policy. Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, London, 1974, p. 290.

¹⁵ Cfr. C. ROXIN, *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert*, in E.W. PLY-WACZEWSKI (a cura di), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998, p. 447; l'A. sottolinea che «l'idea di abolire il diritto penale non è assurda»; assurdo sarebbe al più pensare che questo accada nei prossimi cento anni (p. 443).

¹⁶ Così L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 67 ss.; anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1162.

¹⁷ Cfr. C. ROXIN, *Wandlungen der Strafzwecklehre*, in *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001; J. DE SOUSA E BRITO, *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 306.

Deve essere retributiva? Solo retributiva? E poi cosa deve retribuire? Deve consistere in una minaccia volta a prevenire la commissione di ulteriori reati? Deve allo stesso tempo “migliorare” il reo? Deve consolidare la fiducia dei cittadini nell’ordinamento giuridico e facilitare, al contempo, un effetto di adeguamento e stabilizzazione delle norme? Oppure deve comunicare la riaffermazione positiva di valori?

Nel suscitare un profondo senso di disorientamento in chiunque si accosti al tema, queste sono solo alcune delle possibili domande sul senso della pena le cui molteplici possibili risposte sono inevitabilmente influenzate, sia sul piano politico che conoscitivo, dalle differenti visioni del mondo. L’elaborazione filosofica e dottrinale sul senso della pena, nel toccare il delicato equilibrio dei rapporti tra cittadino e Stato, tra potere pubblico e libertà privata, tra difesa sociale e diritti individuali, affonda le proprie radici nelle teorizzazioni sulle forme politiche dello Stato¹⁸.

Sebbene l’assetto organizzativo statale e le relazioni sociali siano profondamente mutati nel corso dei secoli e con essi siano stati rimodellati i contenuti e le forme delle risposte punitive, il dibattito scientifico sviluppatosi attorno alle teorie della pena continua a rimanere sospeso tra i consueti paradigmi giustificativi: retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale.

In misura più o meno prevalente e con influssi variabili a seconda delle epoche storiche, sono ancora queste tre concezioni della pena che, pur muovendosi in un sistema aspramente controverso, dovrebbero orientare tanto le scelte di politica criminale quanto la prassi della giustizia penale.

Nel riflettere le forze antagoniste presenti nella società, la pena è il prodotto di principi che, oltre ad essere privi di un solido substrato empirico, sono divergenti sul piano teorico. I paradigmi fondamentali ai quali è legato il potere punitivo si rifanno, infatti, a due approcci radicalmente antitetici.

Da un lato si colloca una pena deontologica o retributiva che, volgendo uno sguardo retrospettivo sul passato, consiste nell’inflizione di un male proporzionato al male del reato. Indifferente agli effetti derivanti dalla sua applicazione, la pena retributiva tende ad auto-giustificarsi, essendo concepita come modello di giustizia metafisica, per il semplice fatto di rappresentare l’analogo negativo del reato. La pena retributiva è assoluta, ossia sciolta da ogni legame con le conseguenze sulla realtà da quest’ultima prodotte.

Dall’altro lato, si contrappone una pena teleologica o strumentale che, non essendo più sorretta da considerazioni di giustizia assoluta, ma da uno stretto legame con la realtà empirica, guarda al futuro: agli scopi perseguiti attraverso la

¹⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 194; G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 222 ss.; H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. zig Geburtstag*, vol. 2, Berlin, 1985.

sua minaccia ed eventuale inflizione. La teoria dello scopo elabora un'idea di pena che, a partire dalla celebre formula «*nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*», trova la propria giustificazione nella realizzazione, almeno parziale, di effetti positivi sul condannato o sulla collettività¹⁹. Prevenzione generale e speciale sono concetti relativi e di tipo consequenziale, poiché mirano, in ultima analisi, ad evitare che in futuro vengano commessi altri reati.

Sia pure in maniera differenziata, il tentativo di coniugare dialetticamente le varie teorie della pena all'interno di un'unica teoria "mista" o polifunzionale²⁰, al fine di attribuire contemporaneamente un fondamento giustificativo, un senso ed un criterio limitativo all'intervento punitivo dello Stato, è stato e continua ad essere un obiettivo coltivato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza costituzionale. Salvo il parziale scarto dalla concezione polifunzionale avviato dalla sentenza 313/1990, che ha affermato, quanto meno formalmente [v. *infra* cap. III, par. 1.4.], il primato della prevenzione speciale, la Corte costituzionale, nel ritenere agnosticamente²¹ che non sia possibile stabilire *a priori* una gerarchia «statica ed assoluta» tra le differenti finalità della pena, lascia alle scelte di politica criminale del legislatore la facoltà di far prevalere, «nei limiti della ragionevolezza», l'una o l'altra delle finalità della pena «a patto che nessuna di esse risulti obliterata»²². Ciò significa che «i principi costituzionali lasciano spazio ad

¹⁹Cfr. J.-F. CAUCHIE, *Peines de travail, Justice pénale en innovation*, Bruxelles, 2009, p. 27; R.A. DUFF, D. GARLAND, *Introduction: thinking about punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 6 ss.; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, p. 295 ss.

²⁰Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 82; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 79 ss. e 269 ss.; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 133; A. PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in *Il problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 325 s.; G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 296 ss.; ora in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. 1, Milano, 1997, p. 1361 ss. Nella letteratura straniera cfr. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968, (trad. a cura di M. Jori), *Responsabilità e pena*, Milano, 1981, p. 34 ss.; J. RAWLS, *Two concepts of rules*, in *The Philosophical Review*, 1955, p. 4; H. L. PACKER, *The limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, *passim*; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, vol. I, München, 2006, p. 85 ss.; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Bruxelles, 2009, p. 318 ss.; A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlung*, Berlin, 2005, p. 57.

²¹P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, p. 73 ss., in particolare p. 81 e 84.

²²In tal senso Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3707 ss., negli stessi termini Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306; per una simile posizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 21 giugno 1977, in *BVerfGE* 45, 253.

un arco di politiche penali ugualmente legittime, che possono contemperare in modo diverso finalità diverse»²³.

Retribuzione e prevenzione (generale o speciale) non sarebbero scopi inconciliabili, ma due facce della stessa medaglia che dovrebbero trovare una sintesi in quella concezione unitaria o polifunzionale della pena elaborata dalla dottrina italiana a partire dagli anni Sessanta²⁴.

Sia che si tratti della concezione polifunzionale «sincretistico-additiva» che privilegia l'una o l'altra finalità della pena a seconda delle esigenze politico-criminali, oppure di quella polifunzionale «dialettica» (desumibile dalla giurisprudenza costituzionale più recente), che calibra le finalità a seconda del segmento del meccanismo repressivo interessato – minaccia legislativa, commisurazione ed esecuzione²⁵ –, una sintesi tra le diverse teorie della pena sarebbe possibile attraverso un'elaborazione teorica che, lontana dal ritenere autolegittimato l'intervento repressivo, ma facendo salvi i criteri indispensabili per individuare una risposta proporzionata al fatto di reato commesso, attribuisca alla pena il compito di produrre effetti preventivi.

Se il compito di un diritto penale laico e secolarizzato non può essere più quello di «realizzare sulla terra una giustizia metafisica»²⁶, ma piuttosto quello di garantire la tutela dei beni giuridici e della convivenza delle persone nella società, allora gli strumenti punitivi previsti devono essere orientati al perseguimento di tale *scopo razionale e socialmente utile*²⁷.

In tal senso, solo la tutela della società dalla commissione di futuri reati, attraverso la dissuasione dei potenziali autori, e il ricorso alla pena come strumen-

²³ Così D. PULITANÒ, *Ragionevolezza*, cit., p. 53.

²⁴ G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 235 ss.; sul punto v. M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2012, p. 436 ss.

²⁵ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, Padova, 1979, *passim*; G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 332 s.

²⁶ M. ROMANO, F. STELLA, *Introduzione*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 7; già in F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1932, p. 21; negli stessi termini l'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* del 1966 ribadiva che «l'infrazione di una pena non è un processo metafisico, ma un'amara necessità in una società di natura imperfetta come lo sono gli uomini»; «*Strafe zu verbängen ist kein metaphysischer Vorgang, sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind*»; in tal senso anche G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze*, cit., p. 1361 ss.

²⁷ Cfr. F. STELLA, *La tutela penale della società*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 75 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 151 ss., 167; K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive*, cit., p. 205; M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità*, Bologna, 1994, p. 59.

to idoneo a risocializzare il condannato sono in grado di riempire di senso la risposta punitiva²⁸.

Allo stesso tempo, si sottolinea che una concezione della pena puramente preventiva non potrebbe trovare giustificazione in un moderno Stato di diritto. E ciò perché l'intervento punitivo statale, se non può fare a meno di perseguire scopi ulteriori per evitare di rimanere imprigionato in un universo metafisico che si autolegittima, deve conservare il limite garantista offerto dalla retribuzione, al fine di arginare le eventuali distorsioni che una risposta sanzionatoria orientata allo scopo potrebbe produrre²⁹.

2. Pena ed empiria: un confronto ormai ineludibile

Qualsiasi riflessione sulla pena, se non vuole rimanere imprigionata nell'astrazione di un sistema teorico impermeabile a una realtà sempre più fluida, deve necessariamente fare i conti con i dati empirici. L'approccio legato all'empiria, nel consentire di verificare una determinata concezione teorica, costituisce un indispensabile aiuto per il penalista a uscire da un'autoreferenziale riflessione accademica sulla pena, che resta «confinata nelle biblioteche: può essere magari seducente e suggestivo, magari gratificante, ma paga fatalmente la distanza rispetto ad un confronto con la realtà»³⁰.

Non è dunque un caso se, ormai da tempo, si rileva che «i tradizionali fini della pena, così colossali da sembrare utopici, se considerati in una prospettiva empirica – in termini di *effettività dello scopo raggiunto* – necessitano dell'analisi di un grande numero di casi criminali e di un lungo lasso temporale per verificare l'esito»³¹.

Da un diverso ma complementare punto di vista, un approccio chiuso all'empiria rischia altresì di risultare acriticamente contemplativo rispetto al diritto vigente: «fermo il vincolo al principio di legalità, la discussione sui principi e la ricerca di principi anche trascendenti il sistema fa parte dell'attività più significativa della cultura giuridica. Rinunciarvi sarebbe come identificare a priori l'orizzonte della riflessione giuridica con l'orizzonte “qui e ora” di un determi-

²⁸ W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 62; cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 110 ss.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena* (Trad. it. a cura di L. Eusebi), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 15.

²⁹ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 76; W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 225.

³⁰ A. ALESSANDRI, *Delitti e pene*, cit., p. 671 ss.; all'interno di una riflessione più ampia cfr. ID., *Impresa e giustizia penale*, cit., p. 49; in tal senso v. anche M. RUOTOLO, *Gli Stati generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016, p. 1.

³¹ C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 132 s.

nato ordinamento positivo: una pretesa (ove mai attuabile) che ridurrebbe il lavoro del giurista a mera tecnica di supporto di qualsiasi scelta contingente dei detentori del potere normativo»³².

Il mondo della pena sembra costituire il campo privilegiato per un confronto con l'empiria, i cui dati ineludibili rappresentano uno degli strumenti più potenti di cui dispone «un contropotere senza potere»³³ per vagliare criticamente modalità e contenuti del sistema repressivo vigente.

Proprio una giustizia penale che infligge privazioni e sofferenze al reo e alle persone che lo circondano, non può rimanere indifferente alla realtà, ma dovrebbe, invece, verificare sia gli (eventuali) effetti negativi generati dai propri strumenti di controllo, sia l'utilità marginale prodotta dal ricorso a questi ultimi. In tal senso, pare necessario riportare il discorso sulla pena ad esigenze pratiche³⁴: il problema della pena non può completamente risolversi, e non può neppure più essere posto, in termini di semplice teoria della pena³⁵.

Che la pena debba confrontarsi con la realtà empirica è un'idea nata nel contesto delle teorie preventive. Né la pura realizzazione di un ideale di giustizia né la plausibilità meramente teorica possono più legittimare l'intervento punitivo, ma è l'analisi empirica della realtà fattuale a costituire un importante strumento di misurazione della razionalità di un sistema repressivo. Che siano scopi di neutralizzazione o di rieducazione del reo, di intimidazione o di orientamento della collettività, vi è un filo comune che unisce l'idea preventiva: la ricerca di un equilibrio che non si chiuda in un'ottica punitiva rivolta al passato, ma allarghi il suo sguardo al futuro e abbracci il problema della pena in tutta la sua ingombrante e umanamente drammatica materialità.

In altri termini non sembra poter trovare piena legittimazione una concezione della pena che si limiti a verificare la ragionevolezza e la plausibilità delle proprie ipotesi esplicative solo sul piano logico e rimanga distante dalla prassi applicativa.

E ciò non tanto perché un sistema penale così costruito finirebbe per anteporre ideologicamente il dover essere all'essere, ma per l'esigenza di scongiurare, proprio in considerazione dei compiti sociali e solidaristici assegnati al diritto penale³⁶, la creazione di una frattura incolmabile tra il piano teorico e la realtà applicativa. Il rischio che si determini una frattura tra teoria e prassi risulta, infatti, particolarmente vivo proprio in relazione alla pena, le cui attribuzioni di

³² Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 73.

³³ Così D. PULITANÒ, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2015, p. 1.

³⁴ W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat*, cit., p. 73.

³⁵ Sul punto v. M. FOUCAULT, *Alternatives*, cit., p. 33.

³⁶ G. FIANDACA, *sub art. 27, c. 3 Cost.*, cit., p. 223 ss.

scopo, a causa della perenne incertezza o mancanza di dati empirici³⁷, rimangono avvolte nell'ombra.

Ma vi è di più: è proprio l'indefettibile carattere politico delle teorie della pena³⁸ a pretendere la massima apertura del dialogo con il sapere scientifico, per cercare di razionalizzare, quanto più possibile, le scelte di politica criminale in tale ambito.

Accanto al confronto, sul piano normativo, tra le scelte in materia sanzionatoria dei diversi Paesi, sarebbe altresì auspicabile che tale proficua comparazione venga svolta da un punto di vista empirico tra le prassi punitive dei sistemi nazionali.

Alla costante e più frequente ricerca inter-sistemica e al progressivo affinamento di una teoria del reato costruita sulla base di un modello scientifico più o meno comune non ha corrisposto uno sforzo altrettanto significativo per superare o, quanto meno, "attenuare" la perenne irrazionalità insita nel sistema sanzionatorio.

La frattura tra scientificità della teoria del reato e dimensione puramente politica della teoria della pena è segnata dallo stigma indelebile della teoria retributiva: una pena senza scopo non può che essere sorda rispetto a qualsiasi sapere scientifico in grado di spiegare gli effetti del sistema penale e orientare gli strumenti punitivi verso un obiettivo razionale. Obiettivo razionale dal quale dipende la stessa legittimazione democratica dell'intero sistema penale³⁹: quali che siano le raffinate modalità di accertamento della responsabilità penale e le inderogabili garanzie per l'autore di reato, il presupposto fondamentale e il punto di partenza imprescindibile di qualsiasi discorso penalistico sono gli effetti prodotti dagli strumenti sanzionatori e, più in particolare, la necessità di ridurre al minimo gli elevati costi umani e sociali generati dalla pena detentiva. E ciò a maggior ragione dinanzi alle condizioni disumane nelle quali vivono i detenuti in Italia.

L'analisi della prassi punitiva si rende altresì necessaria per misurare l'effettività della pena, ossia la sua idoneità a produrre margini di utilità sociale positivi rispetto al male prodotto. Ove questo bilancio fosse negativo, l'ineffettività della pena risulterebbe non solo disfunzionale e, dunque, priva di un orientamento allo scopo, ma solleverebbe anche pesanti dubbi di legittimità costituzionale, «in quanto contraria, sia al canone "*in dubio pro libertate*" sia agli stessi principi di eguaglianza e solidarietà sociale»⁴⁰. A tal riguardo si potrebbe ipotiz-

³⁷ G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 132 s.

³⁸ M. DONINI, *Scienza penale*, cit., in particolare p. 107 ss.

³⁹ Sulla legittimazione democratica del sistema penale nella misura in cui contribuisce al recupero e alla promozione della dignità della persona, si veda G.A. LODIGIANI, *Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, p. 19.

⁴⁰ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p.

zare l'impiego dei vincoli di realtà – utilizzati per il controllo di legittimità sulle scelte di incriminazione – per stabilire presupposti e limiti entro i quali il sistema penale può fare legittimamente ricorso a *determinate tipologie di risposte punitive* i cui effetti positivi non siano verificati o verificabili; o peggio: i cui risultati negativi sembrano soverchiare quelli favorevoli.

Eppure, non mancano ancora oggi voci che, nel confermare il canone di razionalità ridotta della teoria della pena, auspicano una definitiva separazione tra diritto penale e valutazioni empiriche, per riportare il dibattito in un universo metafisico, nel quale il dolore della pena avrebbe un unico scopo: il consolidamento cognitivo della validità della norma violata dal reo⁴¹.

Confinare la realtà estremamente problematica della pena all'interno di un approccio meramente teorico, impermeabile al sapere empirico, rischia non solo di segnare il ritorno al dominio di quel paradigma retribuzionistico che è da sempre all'origine dell'incomunicabilità tra scienza penalistica ed empiria⁴², ma di rendere le scelte di politica criminale del tutto indifferenti alle complesse vicende storiche che hanno caratterizzato l'evoluzione del sistema penale⁴³.

Oltre a generare effetti disfunzionali in termini di effettività, la frattura tra modello legale e *law enforcement* favorisce, a sua volta, una produzione legislativa che non risulta poi in grado di affrontare le questioni problematiche proprio per la mancanza di dati empirici. Da un'immagine sfuocata della realtà non possono che derivare soluzioni che, inserendosi in un circolo negativo, generano disorientamento e incertezza.

Ormai da troppo tempo le scelte di politica criminale, specialmente in riferimento alla configurazione del sistema repressivo, sembrano essere guidate dall'emotività contingente e da un approccio perennemente emergenziale più che da un disegno razionale saldamente ancorato al dato empirico⁴⁴. Per queste ragioni, nel prosieguo del lavoro, si cercherà di accompagnare, di volta in volta,

447; in tal senso anche M. DONINI, *Per una concezione*, cit., p. 1196; sul punto v. Corte Cost., 19-25 luglio 1994, n. 341, nella quale si nega «legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statutarie di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società proporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni».

⁴¹ G. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29; ID., *Das Strafrecht zwischen*, cit., p. 845.

⁴² Cfr. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit., p. 341.

⁴³ F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità*, p. 26.

⁴⁴ Cfr. E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.; ora in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 165 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., p. 55 ss.; C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 546 s.; F. PALAZZO, *Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive ex officio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 681 ss.; in senso parzialmente diverso T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 449.

l'analisi teorica con i dati e gli studi empirici che sembrano costituire un valido e utile punto di riferimento.

3. *Il lento progresso civile del sistema punitivo*

Sospeso nella dicotomia retribuzione-prevenzione e refrattario al confronto con l'empiria, il dibattito sulle teorie della pena sembra lasciare aperte aree di irrazionalità o, per meglio dire, di irragionevolezza assiologica. E ciò non solo perché la pena, pigramente sostenuta da quell'innata quanto umana propensione alle idee-mito «“eternizzate”» che la hanno originata, rischia di sfuggire alla ragione discorsiva⁴⁵, ma perché il sistema punitivo rimane ancora troppo legato ad irrazionali bisogni emotivi e simbolici⁴⁶: «non è necessaria un'analisi approfondita del diritto penale attuale per constatare un approfondimento della frattura tra la realtà e la sua rappresentazione ufficiale»⁴⁷.

Non è altro che una «pigrà assimilazione», alla quale sembra essere assuefatto l'orientamento politico dominante, quella che continua legare il tutt'altro che logicamente automatico binomio pena-carcere⁴⁸.

A ben vedere, le teorie della pena rischiano di non essere altro che miti razionalizzati: elaborazioni che, pur non trovando un solido fondamento empirico ed essendo in gran parte sottratte al metodo scientifico, ricevono legittimazione grazie al riconoscimento ufficiale del legislatore o dell'autorità giudiziaria. Per tentare di sfuggire al vuoto di senso espresso della pena detentiva come *prima ratio*, la giustizia penale aggiunge al non-senso dell'incarcerazione delle particelle di “senso”: attività formative, lavoro, sporadici contatti con la realtà esterna e una fragile conservazione delle relazioni sociali ed affettive, ecc.⁴⁹. Particelle di senso che, nel temperare l'irrazionalità della mera sottrazione, dovrebbero esse-

⁴⁵ Cfr. U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Milano, 2009, p. 11 s.; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sense*, cit., p. 16; G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1129 ss.

⁴⁶ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, Berlin, Köln, 2002 p. 14, parla di una risposta in funzione di «canalizzazione e freno dei bisogni di punizione»; W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied, Krefeld, 2000, p. 41; B. HAFFKE, *Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, B. HAFFKE (a cura di) *Festschrift für Klaus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 955.

⁴⁷ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 634 s.

⁴⁸ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014, p. 10.

⁴⁹ Cfr. N. FRIZE, *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, 2004, p. 61.

re finalizzate a (ri)creare quel livello minimo di integrazione sociale che la stessa privazione della libertà contribuisce a pregiudicare.

Più che uno strumento in grado di far assumere al reo il compito responsabilizzante di reintegrare, per quanto possibile, la frattura sociale e umana causata dal reato, l'intera dinamica della pena rimane, in gran parte, fondata sull'inflizione volontaria di una risposta "per sottrazione", il cui contenuto è pensato esclusivamente in negativo⁵⁰, come surrogato "civilizzato" della violenza vendicativa celebrata dallo splendore dei supplizi.

A prescindere dall'ineliminabile contenuto punitivo, senza il quale la sanzione penale smetterebbe di essere tale, il modello di risposta al reato per eccellenza (la pena detentiva), nel replicare, sia sul piano simbolico che materiale, il male del reato, dovrebbe in modo contro-intuitivo realizzare un bene: reintegrare socialmente l'autore del reato e conservare la pace sociale⁵¹.

In realtà, «le scelte in materia sanzionatoria sono fondate molto più sulla tradizione che sulla razionalità»⁵². La pena sembra poter rispondere all'insicurezza e alle paure individuali e collettive solo attraverso la minaccia e l'inflizione di un male che produce a sua volta paura ed insicurezza⁵³. È questo l'ineliminabile elemento di contraddizione che getta la pena in uno stato di perenne crisi: una crisi che rimane sospesa solo nei periodi storici in cui la violenza della pena (quanto meno nel modello punitivo storicamente dato) diviene strumento per imporre un nuovo ordine di valori⁵⁴.

Per riprendere la citazione proposta in apertura, la configurazione del modello repressivo rappresenta, in modo forse ancora più spiccato rispetto ai fondamenti dogmatici della teoria generale del reato⁵⁵, la matrice essenziale di un

⁵⁰ Cfr. G.P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento del danno: la tutela del bene giuridico concretamente leso*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1201 ss.

⁵¹ Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938 ss.; cfr. sul punto K. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1907, p. 226 s. che, nel criticare l'idea dello scopo di *von Liszt*, affermava che la pena «non doveva curare, ma ferire il condannato».

⁵² V. GREVE, *Criminal Law: A Technical Tool or a Cultural Manifestation On Uniformity and Subsidiarity*, in *Scandinavian Studies in Law, Criminal Law*, vol. 54, 2009, p. 51 ss.

⁵³ Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 24 s.

⁵⁴ In tal senso F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 209 ss., in particolare p. 229.

⁵⁵ Si pensi a quanto le teorie della pena incidono non solo sulle scelte di incriminazione, ma anche sulla ricostruzione di alcune categorie dogmatiche. Sul primo aspetto v. G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597 ss. A tal riguardo ci sembra di poter rilevare che, almeno in parte, la crisi di legittimazione della tutela penale sia dovuta alle incertezze circa il fondamento giustificativo della risposta punitiva. Sul secondo versante, basti qui considerare quanto le esigenze di prevenzione generale sembrano

sistema penale, il suo codice genetico⁵⁶. Accanto al difficile, ma certamente più lineare percorso seguito dalla ricerca di una soluzione al fondamentale problema di politica criminale, «che è di sapere quando si debba punire e quando no»⁵⁷, riemerge con particolare urgenza il problema del “come punire”, il cui stato dell’arte risulta certamente più involuto oltre che in certa misura più rilevante.

Sono le risposte punitive a tracciare in senso formalistico i confini dell’area del penalmente rilevante e il carattere repressivo e di censura della pena a connotare⁵⁸, sia sul piano sostanziale che metaforico, l’intero ordinamento penale. Sono ancora gli strumenti punitivi a raccontare l’evoluzione del diritto penale e a misurare il livello di sviluppo di una civiltà⁵⁹.

In tal senso il principio di rieducazione del condannato fissato dall’art. 27, comma 3, Cost., più che rappresentare una rigida presa di posizione nell’aspro dibattito sulle teorie della pena, costituisce innanzitutto un principio di civiltà. Principio di civiltà che, oltre ad essere volto a «contrastare gli effetti desocializzanti», la disumanità e il degrado del carcere, indica all’interprete la strada aperta verso la razionalizzazione dell’intero sistema sanzionatorio⁶⁰.

plasmare i criteri di valutazione del dolo eventuale; sul punto v. Corte d’Assise di Torino, 15 aprile 2011 con nota di G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2012, p. 2; sono ancora esigenze di prevenzione generale a portare alla «disapplicazione dell’errore su legge extrapenale», alla «trasformazione di reati di evento in reati di pericolo» e al ricorso all’«interpretazione estensiva-analogica della fattispecie»: così M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 913 s.; cfr. altresì C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 515, il quale dubita «che si riesca a trovare un solo testo che *muova* dall’argomento della pena («Capitolo I: la teoria della pena e il sistema sanzionatorio»); anche la topografia espositiva ha la sua funzione: pedagogica, ma anche concettuale), per conquistare *subito*, come sembrerebbe naturale alla stregua di un paradigma teleologico, il caposaldo su cui fondare (per poi divulgare) in tutte le sue articolazioni il sistema che da tale caposaldo in ultima analisi *dipende e discende* (nella nostra materia, essenzialmente, «il reato»).

⁵⁶ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 45 ss.; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 340.

⁵⁷ G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, 1927, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, p. 280 s.

⁵⁸ Per tutti cfr. C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64 ss., ora in ID., *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di diritto penale dell’economia*, Milano, 2003, p. 147 ss.

⁵⁹ Cfr. F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie di una casa morta*, Milano, 2004; W.S. CHURCHILL, *Intervento del 20 luglio 1910 in qualità di Home Secretary dinanzi alla House of Commons, Official Report, Hansard*, vol. XIX, col. 1354: «The moral temper of the public in regard to the treatment of crime and criminals is one of the most unfailing tests of the civilisation of any country».

⁶⁰ E. DOLCINI, *La “questione penitenziaria”, nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1658.

Non si tratta semplicemente di un limite posto a tutela della dignità del detenuto⁶¹ e di un argine rispetto al perseguimento di finalità di neutralizzazione. La finalità rieducativa è in grado, nel suo profondo significato culturale, di *sovertire l'intima logica punitiva*: da reazione pensata in negativo, come vuota esclusione, a risposta sanzionatoria costruita su un modello di comportamento positivo, che sia orientato verso la reintegrazione dell'offesa e la responsabilizzazione del condannato⁶².

Poiché il finalismo rieducativo dovrebbe plasmare la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁶³, non può che essere la pena in astratto e, dunque, la comminatoria edittale a costituire il privilegiato e fondamentale momento in cui il dettato costituzionale dovrebbe manifestarsi e trovare attuazione. E ciò non più solo in relazione al *quantum*, bensì con riguardo al contenuto concreto della risposta punitiva.

In breve: il finalismo rieducativo dovrebbe incidere sulla dimensione qualitativa astratta e non su quella quantitativa. Sono le decisioni su come calibrare la *specie astratta* della sanzione a tracciare, dunque, i confini del campo nel quale deve trovare attuazione l'art. 27, comma 3, Cost.

Se si circoscrivesse, come ha prevalentemente fatto il legislatore, la valenza dell'art. 27, comma 3, Cost. alla fase dell'esecuzione della pena (detentiva)⁶⁴, si finirebbe per marginalizzare e, dunque, sterilizzare il portato rivoluzionario di tale principio.

Non è, dunque, un caso se la Corte costituzionale, nella sentenza 313/1990 (pur non priva di qualche ombra in tema di proporzionalità della pena “verso l'alto”), ha sancito che «se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

⁶¹ Cfr. G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 237 ss.

⁶² Cfr. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 8, e p. 10 ss. il quale osserva che «errata, dunque, è l'interpretazione costituzionale che separa i due principi, mirando a differenziarne la forza cogente: mentre il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità si collocherebbe sul “piano ontico” della sanzione, lo scopo della risocializzazione del reo opererebbe esclusivamente su quello “deontico”. Con la conseguenza che la pena perderebbe la sua legalità solo quando è inumana, non anche quando è priva di finalità rieducativa».

⁶³ Così Corte Cost., 26 giungo-2 luglio 1990, n. 313; in tal senso, di recente, Corte Cost., 21 settembre-10 novembre 2016, n. 236, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016, con nota di Viganò; sul punto v. anche Corte Cost., 17-25 maggio 1989, n. 282, nella quale la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 177 c.p., afferma che il principio rieducativo «comporta, oltre al ridimensionamento delle concezioni assolute della pena, la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione, soltanto in senso ampio od anche in senso stretto, ed esecuzione)».

⁶⁴ Così come dalla giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni Settanta: Corte Cost., 4 luglio 1974, n. 204; Corte Cost., 6 agosto 1979, n. 114.

Avendo assunto il ruolo di necessario raccordo costituzionale del principio di colpevolezza⁶⁵ e del sindacato di legittimità fondato sul principio di uguaglianza-ragionevolezza⁶⁶, il principio rieducativo, anche se declinato secondo la (forse ancora troppo) prudente interpretazione della Corte costituzionale, ha consentito di rimodellare o tagliare i frutti più avvelenati delle scelte politico-criminali securitarie. Ciò è avvenuto, ad esempio, in relazione ad alcune delle più irragionevoli preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari o, più recentemente, in riferimento alle limitazioni alla discrezionalità del giudice nell'applicazione della recidiva e nei limiti al bilanciamento della circostanze.

La prevenzione speciale positiva non ha una mera valenza argomentativa, bensì costituisce un principio che, al pari di quello di colpevolezza, si è evoluto nel tempo, assumendo sempre più il carattere di principio dimostrativo, in grado di plasmare modi e forme della giustizia penale⁶⁷.

In questa prospettiva, politica criminale e cultura sono fattori legati da un rapporto di reciproca implicazione, nel quale il modello repressivo riceve stimoli e produce effetti sul sistema sociale⁶⁸.

Se il processo di civilizzazione influisce sulla configurazione dei modelli repressivi⁶⁹, definendo i contorni ed i limiti esterni del diritto punitivo, le risposte punitive influiscono, a loro volta, sullo sviluppo culturale⁷⁰. In altri termini, i tratti caratterizzanti del sistema punitivo sono in grado di rivelare aspetti determinanti di una società, proiettando un'immagine della qualità delle relazioni sociali e del rapporto tra individui e autorità.

A sua volta, la nostra capacità di discernere ciò che costituisce una forma sanzionatoria tollerabile o civile dipende dagli stessi modelli culturali che utilizziamo per giudicare ciò che è intollerabile o disumano.

In tal senso è «il progresso civile e culturale a rendere oggi intollerabili le sof-

⁶⁵ Per tutte v. Corte Cost., 23-24 marzo 1988, n. 364.

⁶⁶ *Ex multis*, di recente, v. Corte Cost., 8-23 luglio 2015, n. 185.

⁶⁷ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 295.

⁶⁸ Cfr. F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 97 ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 140, il quale osserva che «un sistema come quello penale [...] con i suoi costi e la sua incidenza spesso drammatica, non sarebbe concepibile al di fuori di uno stretto rapporto dei suoi lineamenti e contenuti fondamentali con un contesto sociopolitico che li produce e li giustifica».

⁶⁹ Lo rilevava C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté dans les perspectives de la lutte contre le crime, particulièrement à l'égard des ses nouvelles formes*, in *Colloquio di Bellagio in preparazione del 5° Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione dei reati e il trattamento dei delinquenti (Toronto 1-12 settembre)*, Milano, CNPDS, 1975, p. 82 ss.; ora in ID., *Diritto penale, Scritti di parte generale*, vol. I, Milano, 2003, p. 499 ss.; cfr. N. ELIAS, *Über den Prozeß der Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1969; sul punto v. anche M.J. FALCÓN Y TELLA, F. FALCÓN Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire?*, Milano, 2008, p. 27 ss.

⁷⁰ D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990, p. 196 ss. e p. 249 ss.

ferenze inutili o comunque eccessive»⁷¹. È questo un vincolo di sostenibilità sociale e morale del punire⁷² con il quale il sistema punitivo vigente può e deve fare i conti, soprattutto quando la giustizia penale sembra produrre costi umani più elevati, in termini di esclusione e sofferenza, di quanti siano i benefici derivanti da strumenti di tutela che, oltre ad essere fatalmente tardivi, sono strutturalmente incapaci di farsi carico degli interessi lesi.

Se i modelli repressivi non possono fare a meno del consenso dei consociati, senza che ciò determini un vuoto di legittimazione, le scelte di politica criminale compiute dal legislatore, non dovendo necessariamente assecondare le (irrazionali) pulsioni repressive presenti nella società, possono (e forse devono) svolgere un ruolo di propulsione sulla coscienza sociale. Tale funzione promozionale può essere esercitata dal diritto penale, come è stato autorevolmente osservato, nel momento in cui le risposte al reato «si concretino in una controazione volta ad elidere od attenuare l'offesa di un interesse attinente allo sviluppo in senso costituzionale della società»⁷³.

Come è stato efficacemente messo in luce dalla Corte costituzionale tedesca, «la storia del diritto penale mostra chiaramente che pene sempre più miti hanno preso il posto delle pene più crudeli. Il progresso segnato dal passaggio da risposte punitive più brutali a più umane, dalle più semplici alle più differenziate è andato avanti, mentre si delinea il cammino che è ancora da percorrere»⁷⁴.

Nella medesima prospettiva sembra inserirsi una presa di posizione della Corte costituzionale italiana. Chiamata a pronunciarsi sugli irragionevoli effetti in tema di prescrizione che sarebbero derivati dall'applicazione dell'art. 157, comma 5, c.p. – la norma prevede, infatti, che «quando per il reato la legge sta-

⁷¹L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 413; R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: un proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2016, p. 3, laddove l'A. osserva: «si potrebbe dire che se poco più di duecentocinquanta anni fa, un unico pensatore come Cesare Beccaria si scagliò per primo e in solitudine, ma con estrema forza, contro la disumanità della pena di morte, dando l'abbrivio a quel percorso che poi ha portato in Europa al suo totale superamento, oggi una pluralità di pensatori ha iniziato a prendere di mira la disumanità del carcere, consacrando con ogni probabilità un punto di non ritorno, che, se, da un lato, è utopico ritenere che porterà all'abolizione del carcere, dall'altro lato, con ogni probabilità mina irreversibilmente le fondamenta di un sistema sanzionatorio carcere-centrico».

⁷²D. PULITANÒ, *Ragionevolezza*, cit., p. 26.

⁷³Cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 445 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1424; F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, in *Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali* (Como 26-27 giugno 1981), Milano, 1983, p. 121 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1459 ss.; sul punto v. E. DOLCINI, *La commisurazione*, p. 139; in questo senso anche G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008, p. 49 s.

⁷⁴BVerfGE 45, pp. 187, 229 «Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, dass an die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen getreten sind. Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu humaneren, von einfacheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen ist».

bilisce pene diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria, si applica il termine di tre anni»⁷⁵ –, la Corte, sia pure incidentalmente, ha affermato che «si deve ritenere, in definitiva, che il novellato quinto comma dell'art. 157 cod. pen. abbia inteso porre le premesse per un futuro sistema sanzionatorio caratterizzato da pene diverse da quella detentiva e pecuniaria»⁷⁶.

Nasce qui, in questa congiuntura tra giustizia penale e progresso civile, l'ipotesi di lavoro dalla quale si intende prendere le mosse. Prima ancora di fissare più precisamente i confini dell'indagine, pare tuttavia opportuno gettare uno sguardo sul lato più oscuro del sistema penale: l'apparentemente insuperabile primato teorico e la terribile realtà della pena detentiva [v. anche *infra* cap. III, par. 3.3].

4. L'essenza della tragedia: la perenne centralità della pena detentiva

Più frequentemente analizzato in riferimento alle scelte di incriminazione⁷⁷, il principio di *extrema ratio* dovrebbe innanzitutto guidare la configurazione del sistema sanzionatorio, limitando il ricorso alla privazione della libertà⁷⁸. Ed invece, proprio quando viene analizzato in relazione alle scelte d'incriminazione, il principio di *extrema ratio* sembra confermare la centralità della sanzione crimi-

⁷⁵ Gli effetti sarebbero stati irragionevoli perché, nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace, le "diverse" pene principali (permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità) si sarebbero prescritte in tre anni, mentre la meno grave pena pecuniaria sarebbe stata sottoposta ai termini ordinari di prescrizione, rispettivamente di quattro anni per le contravvenzioni e di sei per i delitti.

⁷⁶ Corte Cost., 14 gennaio 2008, n. 2.

⁷⁷ G. KAISER, *Kriminologie*, Heidelberg, 1996, p. 207 ss.; G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 264; G. MARINUCCI, *Sistema sanzionatorio e riforma delle misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 174 s.; a tal riguardo si veda Corte Cost., 6-18 luglio 1989, n. 409, che, nel valorizzare il principio di *extrema ratio*, ha affermato che «il principio di proporzionalità [...] nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni». Da ultimo in dottrina v. G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss.; sul punto cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 149 ss.; C. ROXIN, *I compiti futuri*, cit., p. 8; per una critica della centralità della pena detentiva, sia pure in una prospettiva incentrata sulla prevenzione generale cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, *passim*, in particolare p. 263, il quale afferma che la pena detentiva «è destinata a persistere sintanto che la libertà personale costituirà un valore socialmente rilevante»; ciò non di meno «gli effetti paradossi della sua esecuzione ne impongono l'utilizzazione entro i limiti dell'*extrema ratio*»; nel quadro della vittimo-donnatica cfr. M. DEL TUFO, voce *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, in particolare p. 1003.

⁷⁸ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 278; L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 54 ss.; F. PALAZZO, *Bene giuridico*, cit., p. 210.

nale *par excellence*: la pena detentiva. Quasi che tagliare il nodo gordiano, che lega inestricabilmente privazione della libertà personale e diritto penale, abbia quale unica logica conseguenza l'uscita dai confini del penalmente rilevante.

Trattandosi di un principio che deriva da quello di proporzionalità della pena, sancito ora dall'art. 49, paragrafo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁷⁹, quello di *extrema ratio* non costituisce un criterio guida meramente tendenziale, bensì un indispensabile presupposto di legittimazione delle decisioni del legislatore in materia penale non solo sul piano delle scelte di incriminazione, ma anche in relazione alla graduazione delle tipologie di risposta punitiva.

Come affermato di recente nella Risoluzione 1938 del 2013 dell'Assemblea plenaria del Consiglio d'Europa⁸⁰, che ribadisce le indicazioni contenute nella precedente Raccomandazione n. 22 del 1999⁸¹, la pena detentiva, nel costituire la risposta punitiva maggiormente afflittiva e produttiva di effetti desocializzanti, dovrebbe essere riservata alle più gravi forme di aggressione a interessi fondamentali che richiedono una più intensa valorizzazione di finalità di prevenzione generale e di neutralizzazione del pericolo⁸².

Per tutto ciò che, invece, non rientra in questa ristretta cerchia di casi, il carcere dovrebbe divenire l'ultima risorsa all'interno di un più ampio catalogo di risposte punitive. Risposte che, non dovendosi presentare come semplici e deboli alternative alla risposta principale, dovrebbero costituire le principali forme di reazione a determinate modalità di lesione di un ampio catalogo di interessi⁸³.

⁷⁹Cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 737; sul punto, nella più ampia prospettiva sovranazionale del principio di *extrema ratio* in relazione alle scelte di incriminazione v. M. BÖSE, *The principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests* (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz), in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 35 ss., il quale propone di interpretare la nozione di "norme minime" di cui all'art. 83, paragrafo 2, TUE nel duplice senso di standard minimo di protezione *at-traverso* il diritto penale e standard minimo di protezione *dal* diritto penale.

⁸⁰Parliamentary Assembly, *Resolution 1938 (2013)*, cit., al punto 1.

⁸¹Nella quale si afferma che «*Deprivation of liberty should be regarded as a sanction or measure of last resort and should therefore be provided for only, where the seriousness of the offence would make any other sanction or measure clearly inadequate*».

⁸²H. JUNG, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, Stuttgart, Wien, 1992, p. 57 s.

⁸³Sul punto vale la pena di fare riferimento ai principi fondamentali stabiliti dalla Raccomandazione (99) 22 del Consiglio d'Europa; in dottrina cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 45 ss.; cfr. G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 342; *contra* F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 424 s. afferma, invece, che «quanto alla prospettiva sanzionatoria, la prospettiva è quella della semplificazione e dello sfoltimento delle attuali alternative alla pena detentiva, con conseguente riaffermazione della centralità del carcere»; sul tema, nella letteratura straniera, cfr. H. VON HOFER, *Crime and Punishment in Scandinavia*, in U.V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 65; F. VON LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 12 che porta agli estremi termini il principio di sussidiarietà, sostenendo che la politica sociale è uno strumento più efficace del diritto penale nella lotta contro la criminalità («*Ungleich tiefergreifend und ungleich sicherer als die Strafe und jede verwandte Maßregel wirkt die Sozialpolitik als Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens*»);

Nel declinare «la formula del minimalismo realistico» improntata ad esigenze «economico-funzionali», è stata a tal proposito sottolineata la necessità circoscrivere il ricorso alla pena detentiva «entro i limiti delle sole esigenze irrinunciabili di prevenzione generale»⁸⁴.

Se la pena non può che consistere in uno strumento politico criminale costruito su base razionale, pensare che un modello repressivo incentrato sulla privazione della libertà possa produrre un risultato positivo «è l'essenza della tragedia»⁸⁵ della giustizia penale. E ciò tanto più se la privazione della libertà avviene all'interno di un'istituzione che è caratterizzata, fin dalla sua nascita, da condizioni di perenne degrado e sovraffollamento⁸⁶.

Sia pure dinanzi alla ciclica constatazione da parte della dottrina sull'ininterrotto e «grave stato di crisi della pena carceraria, i cui contenuti e la cui stessa sfera di applicazione sembrano costituire una risposta inadeguata, quando non addirittura ingiustificata o contraddittoria, di fronte al fenomeno della criminalità»⁸⁷, la pena detentiva in Italia continua ad essere la risposta largamente prevalente. L'ampia maggioranza delle condanne è costituita da quelle a pena detentiva⁸⁸.

Ciò non può che mettere in evidenza l'anacronismo del sistema sanzionatorio italiano. Un anacronismo politico criminale che trova conferma nella recente riemersione, in dottrina e tra gli «addetti ai lavori» (magistratura e operatori penitenziari),

critico sul punto F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 69 ss., il quale ritiene che questa formula «si rivela insufficiente già sul piano teorico, oltre che pratico. Poiché i fattori criminogeni socio-ambientali non sono in grado di spiegare le risposte differenziate al crimine da parte dei soggetti di un identico ambiente e, quindi, non sono determinanti ma concomitanti nell'origine del fatto criminoso, consegue che le misure sociologiche ambientali non possono costituire una terapia «causale» sufficiente» (p. 73 s.).

⁸⁴ C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., 1992, p. 560 s.; in tal senso già C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté*, cit., p. 499.

⁸⁵ D. GOLASH, *The Case*, cit., p. 2; cfr. M. DONINI, *Le tecniche di degradazione*, cit., p. 377 s. nota (n. 1) «La storia del diritto penale [...] è una tragedia senza fine per le vittime, ma anche per gli autori»; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 116; E. DOLCINI, *La riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, Milano, 2002, p. 197; T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., p. 245; P.P. EMANUELE, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁶ Cfr. H.-J. ALBRECHT, *Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*, Freiburg, 2012, p. 1 ss.

⁸⁷ T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., p. 1.

⁸⁸ Le condanne a pena detentiva, nel 2004, erano il 53% del totale. A distanza di quasi dieci anni sono addirittura sensibilmente aumentate: *al 70% dei 318.193 condannati nel 2013 è stata inflitta una pena detentiva (223.651)*. Se si restringe l'analisi esclusivamente alle condanne per delitto (206.865), che sono le uniche ad incidere sulla popolazione penitenziaria, quelle a pena detentiva sono 8 su 10 (ossia 161.864). Ma vi è di più: una condanna a pena detentiva su tre è per furto, rapina e reati in materia di stupefacenti. Sul punto v. ISTAT, *Condannati per delitto secondo la pena inflitta, Anno 2004*, <http://giustiziaincifre.istat.it>; ID., *Statistiche giudiziarie penali, Anno 2004*, www.istat.it; ID., *Annuario statistico italiano 2015*, p. 205.

di un deciso approccio critico, a tutto campo, verso il carcere come *prima ratio*⁸⁹.

Basterà citare, a tal riguardo, le parole della relazione finale degli Stati Generali sull'esecuzione penale. Non si può che sottoscrivere quanto affermato nel paragrafo intitolato "Oltre il carcere", laddove si osserva che «si deve prendere atto di un equivoco sulla natura della pena: appare vera pena solo quella che costringe e affligge, mentre le sanzioni di tipo riparativo o risocializzante sono ritenute di minore efficacia, e sicuramente meno idonee a cambiare la condotta del reo. È solo a partire da una riflessione più approfondita, prescindendo da considerazioni di carattere emotivo o viscerale, e considerando i risultati di quarant'anni di applicazione dell'ordinamento penitenziario, che si può cogliere la profonda differenza fra una pena consumata in condizione di detenzione, dalla quale una persona emerge spesso deresponsabilizzata e priva di un progetto per il futuro, se non addirittura incattivita rispetto alla società, e una pena eseguita a partire da tipologie sanzionatorie non detentive, alle quali è più facilmente accostabile una revisione critica del proprio operato e un'azione di riparazione del reato commesso»⁹⁰.

Si tratta purtroppo di una critica radicale alla centralità del carcere che, oltre a trovare scarso seguito sul piano delle scelte politiche, incontra una decisa e ostinata opposizione in ampi strati dell'opinione pubblica, che vedono nel carcere una risposta utile per ogni problema sociale.

Sia pure a fronte delle difficoltà connesse alla comparazione tra dati provenienti da ordinamenti differenti, il ricorso alla pena detentiva in altri Paesi europei (Germania, Finlandia, Danimarca e Svezia) sembra essere decisamente più contenuto⁹¹. A tal riguardo merita di essere messo in rilievo il radicale mutamento, nel lungo periodo, dei rapporti tra pena detentiva e pecuniaria in Germania. Nel 1883, anno in cui viene pubblicato il Programma di Marburgo⁹², la gran parte delle condanne (76,8%) era rappresentato da pene detentive effetti-

⁸⁹ Con accenti diversi cfr. i saggi di L. EUSEBI, *Prefazione*; S. CECCHI, *Partire dalla pena*, G. DI ROSA, *La giustizia della pena*; T.E. EPIDENDIO, *La pena, il tempo e la memoria: nuovi paradigmi della complessità giuridica*, in AA.VV., *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Macerata, 2015; nonché i saggi di G. FIANDACA, *Nota introduttiva*; S. CECCHI, *Verso una penalità oltre la pena carceraria*; P. BONETTI, *Per un pluralismo delle pene*, in AA.VV., *Sulla pena. Al di là del carcere*, Macerata, 2013, rispettivamente p. 13 ss., p. 29 ss. e p. 145 ss.; L. FERRARI, *No prison ovvero il fallimento del carcere*, Soveria Mannelli, 2015; S. FERRARO, *La pena visibile o della fine del carcere*, Soveria Mannelli, 2013; L. MANCONI; S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere*, con postfazione di G. Zagrebelsky, Milano, 2015.

⁹⁰ Stati Generali sull'esecuzione penale, *Documento finale*, in www.giustizia.it, p. 65.

⁹¹ In questi Paesi i condannati a pena detentiva non superano il 20% del totale. A ciò si aggiunga che anche in Francia vi è stata tra il 2006 e il 2010 un'inversione di tendenza: i condannati a pena pecuniaria sono quasi raddoppiati e i condannati a pena detentiva si sono dimezzati. Sul punto v. AA.VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, wodc, Den Haag, 2010, p. 216 e, nell'edizione del 2014, p. 196.

⁹² F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, p. 1 ss. (trad. it. a cura di A.A. Calvi), *La teoria dello scopo*, cit.

vamente eseguite, mentre le pene pecuniarie erano solo il 22%. Nel 1907 la pena pecuniaria sale al 47,5%, uguagliando così il numero delle condanne a pena detentiva (47,8%). Pochi anni più tardi, nel 1913, il ricorso alla pena pecuniaria arriva a superare il 50% delle condanne pronunciate. Già nel 1928 la pena pecuniaria diviene il baricentro del sistema penale tedesco (69%)⁹³.

A dispetto di taluni auspici di Von Liszt in relazione agli autori di reato irrecuperabili⁹⁴, nel 2014 il quadro è completamente ribaltato rispetto al dato iniziale del 1883: le pene pecuniarie inflitte costituiscono il 76%, mentre quelle detentive, oltre a rappresentare il 16% del totale, risultano in gran parte sospese condizionalmente (69%)⁹⁵.

A. Condannati in base al tipo di pena inflitta (%)⁹⁶

Paesi	Data rilevamento	Pene detentive (di cui sospese condizionalmente)	Pene pecuniarie	Sanzioni non detentive
Finlandia	2006	12,1 (7)	87,5	1,5
	2010	10,4 (7,3)	87,9	1,3
Danimarca	2006	11,6 (5,7)	87,2	1,3
	2010	14,6 (7,8)	83,9	–
Svezia	2006	20,6 (8,3)	54,4	5,3
	2010	17,9 (8,3)	26,1	4,7

⁹³ *Statistik des Deutschen Reichs*, Vol. 384; *Kriminalistik*, 1928, p. 65 ss.

⁹⁴ F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlin, 1905, p. 56.

⁹⁵ Nel calcolo sono riportate anche le sanzioni previste dalla giustizia penale minorile. Se si prescinde da queste ultime l'incidenza della pena pecuniaria è pari all'84%; sul punto v. Statistisches Bundesamt Deutschland, *Rechtspflege, Strafverfolgung 2014*, Wiesbaden, 2016; W. HEINZ, *Was ist strafe?*, cit., p. 281, si tratta di condanne a pena detentiva non condizionate («*unbedingt verhängte freiheitsentziehende Sanktionen*»).

⁹⁶ AA.VV., *European Sourcebook*, cit., p. 216 (ed. 2010) e p. 196 (ed. 2014). I dati compresi nella voce "pene detentive" comprendono la somma delle due categorie: pene detentive eseguite (*unsuspended custodial sanctions and measures*) e pene sospese condizionalmente (*suspended custodial sanctions and measures*). Il dato indicato tra parentesi riguarda, invece, esclusivamente l'incidenza sul totale delle pene sospese condizionalmente (*suspended custodial sanctions and measures*). Per sanzioni detentive si fa riferimento alle *non-custodial sanctions and measures*, le quali includono: *community service; supervision; probation as a sanction of its own right*. In Svezia il 15,2% nel 2006 e il 46,1% nel 2010 delle sentenze di condanna sono di ammonimento (*verdict/admonition only*). In Inghilterra il dato relativo alle sanzioni non detentive corrisponde a quello riportato nelle *Sentencing Statistics: England and Wales 2009*, in *www.gov.uk*, p. 9; occorre peraltro precisare che l'8% delle sentenze non è classificabile nelle macro categorie riportate (*absolute discharges and otherwise dealt with*); per un quadro d'insieme delle risposte sanzionatorie previste in Inghilterra v. C. MANCUSO, *op. cit.*, p. 475 ss.

Paesi	Data rilevamento	Pene detentive (di cui sospese condizionalmente)	Pene pecuniarie	Sanzioni non detentive
Germania	2006	19,1 (13,3)	79,8	–
	2010	17,9 (12,5)	70,0	11,1
Francia	2006	50,1 (30,8)	37,9	11,1
	2010	43,8 (26)	39,5	15,7
Inghilterra	2006	9,3 (2,5)	71,5	9,8
	2010	11 (3,5)	65,3	13,9
Italia ⁹⁷	2004	53,0	47,0	–
	2013	70,3	29,7	–

Vi è un ulteriore elemento che deve essere messo in rilievo: in Italia vi è una propensione politico criminale non solo a fare più frequentemente ricorso alla pena detentiva, ma anche in misura più elevata rispetto ad altri Paesi europei⁹⁸. La durata delle pene effettivamente eseguite si colloca in una fascia medio-alta: nel corso dell'ultimo decennio (2005-2016), in media e a tassi costanti⁹⁹, circa *un detenuto su due sconta una pena tra tre e dieci anni*, mentre *solo un detenuto su quattro sconta una pena inferiore a tre anni*. Più precisamente il 22% dei detenuti sconta una pena tra tre e cinque anni, il 26% tra cinque e dieci anni e il 15,5% tra dieci e vent'anni. Ancora più preoccupante è il numero dei condannati all'ergastolo che, nel medesimo periodo, è aumentato del 38%.

Sia pure al netto delle (pur rilevanti) differenze normative e dei già rilevati limiti di comparazione dei dati, vale la pena di mettere in rilievo che in Germania la stragrande maggioranza dei detenuti sconta una pena inferiore a tre anni¹⁰⁰.

⁹⁷ In relazione all'Italia manca purtroppo una stima precisa sul ricorso alla sospensione condizionale della pena.

⁹⁸ Oltre a quanto già messo in rilievo, si tenga presente che in Svizzera il 90% delle condanne a pena detentiva pronunciate tra il 1994 e il 2003 sono state di durata inferiore a sei mesi. Sul punto v. K.-L. KUNZ, *Zwei Schritte vor und (mindestens) einen zurück*, in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRITZ, C. MOMSEN, H. KORIATH (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 470.

⁹⁹ Fatto salvo il biennio 2006-2007 i cui dati sono molto probabilmente condizionati dall'approvazione della legge di indulto; v. Detenuti per durata della pena inflitta – Anno 2005 – 2016, in *www.giustizia.it*.

¹⁰⁰ Nel 2014 i detenuti condannati a una pena detentiva fino a tre anni rappresentavano il 65% del totale; sul punto v. STATISTISCHES BUNDESAMT DEUTSCHLAND, *Rechtspflege, Strafvollzug, Demographische und Kriminologische Merkmale der Strafgefangene am 31.3.2014*, Wiesbaden, 2014; W. HEINZ, *Was ist strafe? Eine empirische Annäherung*, in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRITZ, C. MOMSEN, H. KORIATH (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Ba-

B. Durata della pene inflitte a detenuti con condanna definitiva (settembre 2013)¹⁰¹

Paesi	Fino a 1 anno	Da 1 a 3 anni	Da 3 a 5 anni	Da 5 a 10 anni	Da 10 a 20 anni	Più di 20 anni	Ergastolo
Svezia	21,7	32,7	17,3	16,2	8,3	0,3	3,4
Danimarca	33,3	31,7	11,3	11,4	9	0,1	0,9
Norvegia	37,5	28,5	13,7	11,6	8	0,7	–
Finlandia	17,1	32	20,1	15,8	6,9	0	8
Germania	43,7	19,8	24,8	6,9	1,2	–	3,6
Francia	36,7	30,2	11	9,6	8,7	3,2	0,8
Inghilterra	9,4	21,7	16,4	18,2	6,4	0,6	10,7
Italia	5,8	20,4	21,7	28,7	14,3	5,1	4
Spagna	8,2	20,4	23,5	27,7	15,4	4,7	–

Ma vi è di più: la durata media della pena detentiva (scontata) in quasi tutti i Paesi europei è sensibilmente più bassa rispetto al dato italiano. A dispetto della vulgata giornalistica che sottolinea la presunta clemenza del sistema punitivo italiano nel panorama europeo, i detenuti italiani subiscono una privazione della libertà per una durata che è tra 4 e 10 mesi più lunga rispetto a quella scontata dalla maggior parte dei detenuti europei: solo in Spagna il tempo di permanenza in carcere è più elevato (v. tabella C)¹⁰². I Paesi scandinavi sembrano, invece, aver puntato sul ricorso a pene detentive brevissime che, nell'incidere sulla personalità attraverso il forte effetto traumatico derivante dalla limitazione della libertà, sembrano prive di effetti desocializzanti. Le pene brevissime non consentirebbero «né l'assuefazione alla sanzione, né il contagio criminale, potendo al contrario determinare sulla personalità del condannato uno *shock* più deterrente di qualsiasi prospettiva futura di pena, perché... sperimentato sulla propria pelle»¹⁰³.

den-Baden, 2007, p. 273 ss.; ID., *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 2004*, www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks04.htm; STATISTISCHES BUNDESAMT DEUTSCHLAND, *Justiz auf einen Blick*, Wiesbaden, 2011, p. 32.

¹⁰¹ Council of Europe Annual Penal Statistics – SPACE I – Prison Population – Survey 2013.

¹⁰² Sul punto v. Council of Europe Annual Penal Statistics – SPACE I – Prison Population – Survey 2015, p. 108, nonché i rapporti relativi agli anni precedenti. Per un'analisi delle ragioni di politica criminale in grado di spiegare il dato spagnolo v. J.L. DIÉZ-RIPOLLÉS, *A Diagnosis and Some Remedies for Spanish Criminal Justice Policy*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 123 ss.

¹⁰³ T. PADOVANI, *sub Art. 163*, in M ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, art. 150-240, Milano, 2011, p. 166.

C. Durata media della pena detentiva (2015)

Paesi	Durata media della pena detentiva (in mesi)
Svezia	0,2
Danimarca	3,6
Norvegia	5,0
Finlandia	6,1
Germania	8,1
Francia (2012)	8,8
Inghilterra (2012)	9,2
Italia	13,7
Spagna	17,2

Il sistema carcerocentrico italiano, oltre ad apparire “fuori tempo” e difficilmente sostenibile nel lungo periodo, riflette il tipico andamento a due velocità¹⁰⁴. Da un lato, vi è l'estrema flessibilità della risposta sanzionatoria per condannati sotto i tre anni di pena detentiva che presentano determinati requisiti. Dall'altro lato, non c'è scampo alla totale rigidità della reazione punitiva: non solo per tipologie di autore di reato (ad es. quelle elencate nell'art. 4-*bis* o.p.) alle quali l'ordinamento preclude, in modo ostinato e immune a valutazioni discrezionali che possano tenere in considerazione il percorso trattamentale, l'accesso ai benefici penitenziari, ma altresì in relazione a categorie di persone (es. stranieri, recidivi) che, per limiti fattuali o giuridici, soddisfano più difficilmente le condizioni per l'accesso a qualsiasi alternativa non detentiva. Non è dunque un caso se il 38% dei detenuti stranieri presenti (contro il 21,5% di italiani) è stato condannato in via definitiva ad una pena inferiore a tre anni.

L'attuale divaricazione tra flessibilità ed eccessivo rigore rischia di moltiplicare gli effetti negativi. Da un lato, gli inasprimenti sanzionatori, le limitazioni alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena e le frequenti limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari non fanno che allungare il periodo medio di permanenza in carcere, oltre che polarizzare la popolazione detenuta verso la fascia delle pene di lunga durata; dall'altro lato, la fuga dalla pena detentiva breve, alla quale si sostituisce una risposta spesso priva di contenuti, e l'angusto catalogo delle pene edittali offrono il pretesto politico per continuare a scommettere sulla pena detentiva.

Sul piano politico criminale, la strategia dovrebbe essere duplice. L'obiettivo fi-

¹⁰⁴ Sul punto v. F. GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Crit. dir.*, 2004, p. 264 ss.

nora perseguito, ossia l'erosione delle pene detentive (più o meno) brevi attraverso il ricorso alla sospensione condizionale e alle misure alternative, dovrebbe essere radicalmente mutato. E ciò non solo prevedendo, già in via astratta (e non alternativa) sanzioni penali diverse da quella detentiva, ma soprattutto ridimensionando, in modo generalizzato, le cornici edittali. Questa sembra la strada seguita da Paesi che, pur essendo attraversati da analoghe emergenze, fanno poco ricorso alla economicamente e socialmente costosa pena detentiva; e quando lo fanno, è per una durata molto più ridotta. Forse il dibattito dovrebbe concentrarsi sul concetto (inevitabilmente relativo) di “durata della pena”: in Italia le nozioni di “breve” e “lunga durata” hanno assunto un significato che pare talvolta inconciliabile rispetto alle scelte di politica criminale di buona parte degli altri Paesi europei.

4.1. *L'aumento della popolazione penitenziaria e il problema del sovraffollamento*

La consapevolezza circa gli effetti negativi connessi alla privazione della libertà e la conseguente esigenza di ridurre la popolazione penitenziaria appaiono, da lungo tempo, agli obiettivi di politica criminale delle istituzioni europee¹⁰⁵ e nazionali¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Un impulso al cambiamento legislativo del sistema sanzionatorio proviene dal Consiglio d'Europa. Almeno a partire dalla Risoluzione (76) 10 elaborata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1976 emerge la necessità di introdurre, in considerazione delle loro spiccate potenzialità risocializzative, nuove sanzioni alternative alla pena detentiva. Alle considerazioni di tipo umanitario si affiancano argomenti di carattere esclusivamente pragmatico. In tal senso, la risoluzione 76 (10) mostra entrambi gli aspetti. Se da un lato, infatti, vi è la volontà di ovviare alle conseguenze negative inevitabilmente legate alla privazione della libertà e di offrire una maggiore attenzione alle vittime, dall'altro lato, si mette in rilievo il peso finanziario insostenibile di una politica criminale completamente incentrata sulla pena detentiva; Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Resolution (76) 10 on some alternative penal measures to imprisonment adopted on 9 March 1976*; a questo provvedimento sono seguite numerose altre raccomandazioni del Consiglio d'Europa, che hanno cercato di fornire un cornice di indirizzo politico in tema di sanzioni penali alternative: Consiglio d'Europa, *Recommendation No. R (92) 16 on the European rules on community sanctions and measures*; *Recommendation No. R (97) 12 on staff concerned with the implementation of sanctions or measures*; *Recommendation No. R (99) 19 concerning mediation in penal matters*; *Recommendation No. R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation*; *Recommendation Rec(2000)22 on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures*; per un commento cfr. H. JUNG, *Die "European Rules on community Sanctions and Measures*, in W. FEUERHELM, H.-D. SCHWIND, M. BOCK (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, 1999, p. 69 ss. Infine, tra le più recenti, *Recommendation Rec(2003)22 on conditional release (parole)*; *Recommendation Rec(2003)23 on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners*; *Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules*; *Recommendation Rec(2006)8 on assistance to crime victims*; and *Recommendation Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*; *Rec(2010)1, on the Council of Europe Probation Rules*.

¹⁰⁶ Di recente si veda CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere integrativo della*

Ciò nonostante, negli ultimi trent'anni la popolazione detenuta è progressivamente e costantemente aumentata. Sebbene in misura molto differenziata da paese a paese, il numero di persone sottoposte a misure privative della libertà per 100.000 abitanti è cresciuto sia negli Stati Uniti che nella maggior parte dei Paesi europei¹⁰⁷.

In Italia, il tasso di detenuti è raddoppiato nel periodo 1980-2011, fino a raggiungere 112 detenuti ogni 100.000 abitanti e un numero di persone ristrette del 50 % più alto rispetto ai posti disponibili.

Poche sono le eccezioni che possono smentire questa tendenza apparentemente inesorabile. In Germania, negli ultimi anni, si registra una costante diminuzione della popolazione penitenziaria¹⁰⁸. Ancora più interessante in tal senso è il caso dei Paesi scandinavi che mantengono, anche a fronte di un aumento dei livelli di criminalità registrata, tassi bassi e tendenzialmente stabili di popolazione carceraria¹⁰⁹. All'interno di quest'area geografica, la politica criminale finlandese ha garantito una drastica riduzione della popolazione detenuta che, dagli anni Cinquanta ad oggi, è diminuita di circa 2/3¹¹⁰, fatto salvo un temporaneo incremento tra il 1999 e il 2002¹¹¹.

Come noto, la popolazione penitenziaria italiana, a seguito della sentenza

delibera del 20 maggio reso in ordine al ddl n. 2798 in materia di esecuzione penale (delibera consiliare del giorno 11 novembre 2015), in *www.csm.it*, p. 19 s. nel quale si mette condivisibilmente in rilievo «l'ormai indifferibile esigenza di una riforma del codice penale del 1930, finalizzata [...] a superare definitivamente la centralità del carcere a favore delle "pene di comunità"».

¹⁰⁷ Cfr. INTERNATIONAL CENTER FOR PRISON STUDIES, *www.prisonstudies.org*; cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Annual Penal Statistics, Space I*, 2009, in *www.coe.int/prison*. Se negli Stati Uniti, di fronte a livelli di criminalità registrata piuttosto stabili, il numero dei detenuti dal 1975 ad oggi è addirittura triplicato, raggiungendo il tasso più alto al mondo, la gran parte dei Paesi europei, pur attestandosi su tassi largamente inferiori, registra un andamento crescente. In Spagna, dal 1980 al 2011, il tasso di popolazione carceraria è triplicato, raggiungendo il più alto tasso dell'Europa occidentale con 156 detenuti per 100.000 abitanti, per poi gradualmente decrescere tra il 2011 e il 2015 fino a raggiungere gli attuali 133 detenuti ogni 100.000 abitanti: un dato che è in aperta controtendenza rispetto ai tassi di criminalità registrati che in Spagna sono tra i più bassi dell'Europa occidentale. Nello stesso periodo (1980-2011) in Inghilterra e in Francia il tasso di detenuti è raddoppiato. In entrambi i Paesi la popolazione penitenziaria ha raggiunto, negli ultimi anni, un livello di sovraffollamento scarsamente sostenibile.

¹⁰⁸ F. DÜNKEL, C. MORGENSTERN, *Deutschland*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangeneneraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 97 ss.

¹⁰⁹ Cfr. T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen*, op. cit., p. 937 ss.; v. i dati raccolti dal *Kings College London*, in *www.prisonstudies.org*.

¹¹⁰ T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Finnland*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangeneneraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 299 ss.

¹¹¹ T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Reducing the Prison Population – Long-term Experiences from Finland*, in U.V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 398 s.

della Corte di Strasburgo sul caso Torreggiani c. Italia¹¹², è poi diminuita gradualmente, sotto il costante controllo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, fino a raggiungere un livello più accettabile al 31 dicembre 2015: 52.164 detenuti. Un dato che, sia pure di poco (5%), era ancora superiore alla capienza regolamentare. Si trattava, infatti, di un dato medio solo apparentemente rassicurante: e ciò non solo perché dall'inizio del 2016 il numero di detenuti ha ricominciato a crescere [v. *infra* par. 4.3], ma anche perché il livello di sovraffollamento di alcuni istituti penitenziari è sempre rimasto ben al di sopra del livello di tolleranza. Anche se la lista è drammaticamente lunga, ci si limita a indicare, sulla base dei dati del Ministero della giustizia, alcuni istituti di pena, come quelli di Bologna, Firenze, Milano (San Vittore e Opera), Napoli e Roma (Regina Coeli), che risultano in permanenti condizioni di sovraffollamento¹¹³.

Al netto dell'area dedicata agli arredi, come sancito dalla Corte di cassazione¹¹⁴, gli spazi vitali in un carcere come quello di Milano – San Vittore non hanno mai smesso di rasentare pericolosamente il limite dell'umanità, anche in ragione dello stato di tremendo degrado della struttura.

Vi è un ulteriore aspetto fondamentale che merita di essere messo in rilievo: *la diminuzione della popolazione penitenziaria registrata fino alla fine del 2015 è dovuta in gran parte alla riduzione del numero di persone sottoposte a custodia cautelare in carcere*. Secondo i dati del Ministero della giustizia, nel 2011 i dete-

¹¹² Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia (ric. nn. 43517/09 46882/09 55400/09 57875/09 61535/09 35315/10 37818/10), sul punto v. D. BUTTURINI, *Il sovraffollamento penitenziario in Italia è di per sé trattamento inumano e degradante*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, p. 608 ss.; P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. di proc. pen.*, 2013, p. 1794 ss.; G. FORTI, *Dignità umana*, cit., p. 237 ss.; M. PELLISERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 261 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013; sia consentito il rinvio anche a M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.

¹¹³ Detenuti presenti e capienza regolamentare degli istituti penitenziari. Situazione al 31 marzo 2016, in *www.giustizia.it*; secondo quanto messo in rilievo dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria «i posti sono calcolati sulla base del criterio di 9 mq per singolo detenuto + 5 mq per gli altri»; inoltre «il dato sulla capienza non tiene conto di eventuali situazioni transitorie che comportano scostamenti temporanei dal valore indicato».

¹¹⁴ Cass., 19 dicembre 2013, n. 5728, CED 257924, secondo la quale «ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU in data 8 gennaio 2013 nel caso Torreggiani c. Italia, dalla superficie lorda della cella deve essere detratta l'area occupata dagli arredi. (Conf. Sez. 1, n. 5729 del 2014, non massimata)».

nuti in custodia cautelare costituivano il 41,5% (ossia 27.251), mentre al 31.12.2015 erano il 34% del totale (ossia 17.785). Ciò significa che *il 70% della riduzione della popolazione penitenziaria era riconducibile al minore ricorso alla custodia cautelare in carcere*, mentre il ricorso a pene alternative al carcere ha contribuito in misura assai modesta a tale diminuzione. Se a ciò si aggiunge, da un lato, l'effetto deflattivo derivante dall'intervento della Corte costituzionale sul gigantismo sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti e, dall'altro lato, l'aumento di circa 5.500 unità dei posti disponibili negli istituti penitenziari tra il 2010 e il 2015¹¹⁵, si comprende quali siano gli strumenti che hanno inciso, in modo decisivo, sul problema del sovraffollamento. Su tale aspetto problematico le più recenti riforme settoriali del sistema sanzionatorio, che avrebbero dovuto circoscrivere il ricorso alla pena detentiva, hanno in realtà influito in modo davvero (numericamente) limitato fino alla fine del 2015.

Infine, si mette in rilievo che, anche qualora si riesca a restituire un volto umano al carcere, quanto meno in relazione alle condizioni di vita, l'opera di ripristino della legalità della pena sarà solo a metà. Per perseguire questo risultato sembra, infatti, indispensabile ripensare innanzitutto il modello di risposta al reato¹¹⁶.

Senza entrare ancora nel merito di quest'ultimo aspetto fondamentale, vale innanzitutto la pena di ripercorrere brevemente le tappe che il sistema penitenziario italiano, con il determinante contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha attraversato per cercare di porre rimedio, sia pure in modo tutt'altro che risolutivo, ai gravi deficit di civiltà del proprio modello carcerocentrico.

4.2. Carcere e diritti fondamentali: il ruolo della Corte di Strasburgo

Non essendo possibile analizzare dettagliatamente in questa sede le numerose indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, che peraltro non sembrano aver avuto un impatto significativo sulle scelte di politica criminale del legislatore nazionale¹¹⁷, conviene soffermare l'attenzione sul forte impulso a fare ricorso

¹¹⁵ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Consolidated Report on the Execution of the ECtHR Pilot Judgment Torreggiani and Others v/ Italy*, 20 novembre 2015, in *www.coe.int*, p. 13 del documento.

¹¹⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁷ L'impatto marginale delle fonti sovranazionali, oltre a essere implicitamente legato all'utilizzo di strumenti normativi non vincolanti, è confermato dallo stesso *European Committee on Crime Problems* che, nel commentare la Raccomandazione del 2010 in materia di *probation*, risponde alle critiche di talune delegazioni nazionali sull'utilizzo di "shall" al posto di "should", osservando che è più realistico e ragionevole incoraggiare, piuttosto che imporre, l'adozione degli standard suggeriti dalle migliori prassi, tenuto conto, oltretutto, delle differenze esistenti tra i vari ordinamenti. *European Committee on Crime Problems, Commentary to Recommendation CM/Rec (2010)1*, in *cep-probation.org*, p. 1 del documento.

a misure e sanzioni alternative alla detenzione proveniente dai frequenti e sempre più incisivi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo. Mentre gli interventi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura¹¹⁸ e le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, pur esercitando un'indubbia funzione di stimolo sulla legislazione nazionale, rimangono spesso inascoltati, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha inciso profondamente sulle scelte di politica criminale degli Stati parte della Convenzione¹¹⁹. In particolare, ciò è avvenuto attraverso la procedura della sentenza pilota di cui all'art. 61 del Regolamento della Corte, che ha consentito, in molti casi, di porre rimedio alla violazione strutturale dei diritti fondamentali derivante dal sovraffollamento penitenziario. In tal modo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha imposto obblighi positivi al legislatore domestico, per garantire il rispetto dei diritti fondamentali e indirizzare la politica criminale di quest'ultimo verso un più ampio ricorso a sanzioni e misure non detentive¹²⁰.

A tal riguardo, sia consentito aprire una parentesi per ripercorrere brevemente le tappe fondamentali del percorso compiuto, negli ultimi anni, dallo Stato italiano.

Nel 2009, la Corte di Strasburgo, nel caso *Sulejmanovic*, ha condannato per la prima volta l'Italia in ragione delle condizioni di sovraffollamento penitenziario, sancendo che la mancanza di spazio personale (inferiore a 3 m²) costituisce, di per sé, un trattamento inumano e degradante¹²¹.

A prescindere dalla fredda contabilità in metri quadri, la sentenza *Sulejmanovic* del 2009 ha segnato un passaggio, al contempo, importante e travagliato:

¹¹⁸ Sul punto v. J. MURDOCH, *The impact of the Council of Europe's "Torture Committee" and the evolution of standard-setting in relation to places of detention*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, in particolare p. 174 s.

¹¹⁹ Ampiamente sul punto A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, p. 151 ss.

¹²⁰ Cfr. P. VOYATZIS, *Alternative measures to detention in the European Court of Human Rights' case-law*, in *European Criminal Law Review*, 2014, p. 169 ss.

¹²¹ Corte EDU, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia* (ric. n. 22635/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1941 s.; sul punto v. M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti (La Corte EDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti)*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 111 ss.; P. COMUCCI, D.F. MEDDIS, *Divieto di trattamenti inumani o degradanti e sovraffollamento carcerario*, in *Criminalia*, 2009, p. 449 ss.; A tal riguardo vale la pena di precisare che la mancanza di un minimo spazio vitale durante la detenzione è condizione sufficiente a rendere di per sé inumana e degradante la pena, ma non vale il contrario: l'assenza di sovraffollamento non basta a rendere adeguata la misura di civiltà degli istituti penitenziari; sul punto v. A. COLLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, in particolare p. 236 ss.; ID., *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, in particolare p. 223 s., alla cui analisi si rinvia anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali.