

LE RELAZIONI DI POTERE NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA

Dalla potenza del tiranno al potere sociale

Seminario su “Potestà pubblica di punire e amministrazione della giustizia”.

Inquadramento teorico

(Sintesi elaborata a partire dal seguente testo: Pavarini Massimo, Guazzaloca Bruno, Corso di diritto penitenziario, Bologna, Edizioni Martina, 2004)

Dal punto di vista meramente descrittivo, la nozione di “pena” presenta alcune caratteristiche ineliminabili: *produce sofferenza nei confronti del soggetto punito* (nel senso che riduce i suoi diritti e/o il soddisfacimento dei suoi bisogni) e lo fa *intenzionalmente* (cioè esprimendo riprovazione e censura), *espressivamente* (ovvero al fine di riaffermare un rapporto diseguale di potere) e *con finalità di prevenzione*.

Solo la presenza di tutti questi attributi conferisce natura di penalità alla reazione sociale: se poi tale reazione punitiva appartiene legittimamente allo Stato, si definisce come *legale*.

Questa nozione di pena non è propria di tutte le epoche: essa è caratteristica solo delle società a noi molto prossime e, più precisamente, degli Stati di diritto.

E’ solo a partire da questo contesto che il critero fondante di legittimazione del castigo legale viene individuato nel fine che l’ordinamento esplicitamente dichiara di voler perseguire.

Il sistema delle pene, pertanto, può essere studiato in due modi.

Da un lato, si può analizzare il castigo legale sotto il profilo del “dover essere”, individuando quale scopo della pena deve prevalere sugli altri possibili.

Dall’altro lato, si possono ricercare le funzioni effettivamente realizzate dalla pena (l’“essere” del castigo legale), a prescindere dal fine che esplicitamente dichiara di voler perseguire.

Per chi segue questo secondo metodo, l’istituzione delle pene legali viene considerato – accanto alle altre istituzioni della socializzazione – uno *strumento di controllo sociale*.

Ed è qui il punto nodale.

In una società diseguale, la pena mostra chiaramente di realizzare due obiettivi:

- *Differenzia lo status dei soggetti*, perché si applica selettivamente rispecchiando i rapporti diseguali esistenti;

- *Permette il mantenimento della scala verticale della società* poiché – producendo e riproducendo selettivamente disuguaglianza – è in grado di contrastare la mobilità sociale.

In questa impostazione, pertanto, la sanzione penale rappresenta il momento culminante di una costruzione sociale di selezione che inizia molto prima dell'intervento penale.

Essa conferma, in sostanza, la necessità delle pene come strumenti strutturalmente essenziali alla conservazione della realtà sociale esistente.

Del resto, la sanzione penale è l'unica – fra le diverse tipologie di sanzioni previste dal nostro ordinamento – in grado di trasformare socialmente il *trasgressore di un norma* in un *criminale*.

E' proprio questo “marchio” che consente di riconoscere il soggetto deviante come appartenente alla classe criminale: la paura di una tale vergogna è la molla che consente ai potenziali violatori delle norme penali di astenersi dal farlo e che conferma nella fiducia istituzionale l'universo sociale degli osservanti.

Da ciò deriva una conseguenza fondamentale: la minaccia di una sanzione istituzionale che non appaia come *degradante* non è riconosciuta e non è riconoscibile come pena.

Il diritto penale è un sistema di disciplina sociale che ontologicamente produce *handicap* sociali aggiuntivi rispetto a quelli già in possesso dal soggetto deviante: se così non fosse, non potrebbe essere definito “simbolico” perché non sarebbe in grado di trasformare il trasgressore in criminale. In altre parole, non produrrebbe *censura sociale*.

L'origine storica dell'istituzione penitenziaria aiuta a comprendere queste considerazioni.

Il carcere, infatti, non è un'invenzione del pensiero giuridico: esso trova origine in più generali esigenze di disciplina e controllo della marginalità sociale, a cui venne data risposta attraverso pratiche di sequestro in istituzioni segreganti.

E' opera di Elisabetta I – nella seconda metà del 1500 – l'emanazione dei diversi atti della cd. *Poor Law*. I “poveri” furono suddivisi in due grandi categorie: quelli riconducibili alla cd. “povertà incolpevole” (*the impotent Poor*: gruppi sociali bisognosi di assistenza – malati, anziani, soggetti affetti da disturbi e malattie mentali – e quindi non in grado di lavorare) e quelli riconducibili alla cd. “povertà colpevole” (ladruncoli, vagabondi, ribelli: dunque persone non dedite al lavoro senza alcuna valida giustificazione).

La “legge sui poveri” prevedeva il loro invio in case di correzione (nel corso del 1600 ne vengono create in tutti i Paesi capitalistici più avanzati), all'interno delle quali venivano internati e posti – anche coattivamente – al lavoro.

Solo nel corso del 1700 le prigioni, i manicomi e gli ospedali divennero gradualmente distinti gli uni dagli altri.

Il primo penitenziario che conosciamo si trova negli U.S.A. ed è proprio una sezione delle case-lavoro. Siamo nei primi anni del 1800, in Pennsylvania (*ex* colonia inglese): qui i Quaccheri danno vita al carcere cellulare, mirabile esempio della società proposta da Lutero.

Lutero parla di uomini che lavorano cantando le lodi di Dio e che pregano in silenzio le Scritture: e questo è proprio il carcere dei Quaccheri: lavoro, isolamento, preghiera.

L'esperienza carceraria risulta, così, indissolubilmente collegata a determinati dati macroeconomici (come lo stato del mercato del lavoro) e alla necessità di trasformare uomini che vivevano sotto la disciplina del sole e delle stagioni in forza lavoro da ammassare nelle prime manifatture.

Questo processo di “disciplinamento” è intrinsecamente volto alla creazione di un “soggetto razionale”: che sa leggere, sa scrivere, sa far di conto, è puntuale, prevedibile e soprattutto *autonomo* (perché ha introiettato le norme di comportamento talmente bene da non aver bisogno di una minaccia esterna).

Insomma, le origini del penitenziario ne qualificano la sua missione. Nel tempo di libertà coattivamente sottratto al condannato e gestito in cattività si può, infatti, sperimentare un progetto pedagogico: trasformare il criminale in onesto e laborioso cittadino attraverso la disciplina e il lavoro.

In altre parole: da questo momento in poi non si tratterà più solo di contenere la reazione punitiva dello Stato attraverso il ricorso al principio retributivo, ma di *rieducare* attraverso la pena.

Il carcere, in buona sostanza, nasce rivolto a scopi di utilità.

A questo proposito, una considerazione merita particolare attenzione.

E' stato sostenuto che la filosofia della penalità moderna si è fondata su una “economia della parsimonia”: sull'idea, cioè, che la sofferenza legale deve essere il più contenuta possibile e non ostentata. Per questo, l'esercizio del castigo viene vincolato a criteri sia di autolimitazione sistemica (quelli garantistici della “pena minima”) che di limitazione extra-sistemica (quelli finalistici della pena “utile”).

Il primato della pena detentiva si spiega, pertanto, su molteplici fronti.

In primo luogo, è una pena *dolce*, perché permette di sfuggire alle pene corporali.

E' *democratica*, perché fa soffrire a tutti lo stesso male: la sottrazione del proprio tempo. Con l'avvento del lavoro salariato, il tempo è diventato misura del valore delle cose e dunque un'entità economicamente apprezzabile. E', questa, una concezione tipicamente moderna: in questo modo, il carcere finisce per essere una sottrazione di ricchezza.

Infine, la pena detentiva è l'unica (insieme a quella pecuniaria) che può essere *frazionata* e dunque *misurata*.

Tuttavia, praticamente fin da subito ci si rese conto che queste promesse rimanevano insoddisfatte. Anche il “carcere delle origini” era pieno di “poveracci” (con buona pace della sua democraticità), insano, segnato da un'altissima mortalità, terribilmente sovraffollato.

Dunque, già dal 1800 si comincia a pensare alla necessità di trovare “qualcosa di meglio” del carcere e dunque a studiare dei percorsi di alter natività. Tuttavia, i tempi non erano ancora maturi e bisognerà aspettare la metà del 1900.

In questo processo, un ruolo fondamentale è stato giocato dal pensiero positivista, fino al 1930 di stretta formazione medico-psichiatrica per quanto concerne le scienze criminologiche.

La pena *in concreto* sfugge sempre di più ad ogni riferimento alla volontà colpevole del reo per fondarsi su valutazioni di pericolosità nell'intento di pronosticare la condotta futura del condannato.

Finisce così per prevalere la teoria positivista dell'*homo criminalis* su quella dell'*homo penalis* tipica dell'illuminismo penale di Beccaria.

Se l'*homo penalis* è un *homo economicus* (che delinque per massimizzare il proprio profitto), l'*homo criminalis* è l'uomo pericoloso perché “ha meno”.

Riducendo i *deficit* si avrà, dunque, meno pericolosità: in questo contesto, l'unica strategia contro la criminalità diventa, pertanto, la riduzione delle differenze.

Si impone l'idea della "pena medicinale": la pena è un male ma fa anche bene ("*farmacum*" in greco è sia medicina che veleno!).

Questa egemonia culturale della special-prevenzione accompagna l'affermazione del modello correzionale di giustizia penale: viene favorito l'espandersi di nuove modalità punitive, in tutto o in parte alternative a quella detentiva (misure alternative e pene sostitutive).

In seguito, la constatazione del fallimento del trattamento in carcere suggerirà di sperimentare modalità trattamentali *extra-murarie*.

La pena del carcere viene così a perdere la sua centralità: le pene sostitutive e le misure alternative – se da un lato segnano questa crisi irreversibile – dall'altro esaltano la fede correzionalistica della risposta punitiva al delitto.

La pena moderna – come pena *utile* – si giustifica quindi per il fatto di perseguire finalità di prevenzione (cioè di difesa sociale dal delitto) attraverso pratiche di riduzione del *deficit*.

Si faccia però attenzione: la "prevenzione" è una finalità che può atteggiarsi in diversi modi:

☛ **Prevenzione generale**: la minaccia della pena tende a distogliere la generalità dei consociati dal commettere delitti.

a) **GENERALE NEGATIVA**.

La pena ha capacità deterrenti, cioè persuade i consociati a non delinquere. Alla base di questa fiducia c'è una lettura economicistica dell'agire umano: l'uomo calcolerebbe attentamente i vantaggi e gli svantaggi del proprio agire e sceglierebbe sulla base di un'analisi dei costi/benefici. Elevare il costo della scelta illegale attraverso il prezzo negativo della pena dovrebbe convincerlo della convenienza della scelta legale.

L'esito obbligato è l'imporsi di un terrorismo sanzionatorio: pene sempre più severe per elevare i costi della scelta criminale.

Lo scopo della prevenzione generale negativa non trova conferma nell'analisi delle funzioni reali della pena perché non riesce ad essere empiricamente dimostrata.

b) **GENERALE POSITIVA**.

Per giustificare la pena legale si usa una concezione del diritto come strumento di stabilizzazione sociale e di orientamento all'azione.

La pena serve per creare *fiducia istituzionale*, indipendentemente dal contenuto specifico delle norme stesse: forma di integrazione che – nei sistemi complessi – sostituisce le forme spontanee di affidamento reciproco degli individui nelle comunità elementari.

In questo contesto, la violazione di una norma è disfunzionale non perché vengono lesi beni giuridici protetti dalla norma stessa, ma perché viene messa in discussione la norma stessa e di conseguenza è minacciata la fiducia dei consociati nelle istituzioni.

Insomma: mentre la prevenzione generale negativa si rivolge prevalentemente alla minoranza dei potenziali violatori della legge penale, la prevenzione positiva individua il suo interlocutore soprattutto nella maggioranza osservante: la punizione ha proprio lo scopo di produrre il riconoscimento delle norme e la fedeltà nei confronti del diritto.

Lo scopo della prevenzione generale positiva può trovare conferma nell'analisi delle funzioni reali della pena (ma non lo fa sempre né necessariamente).

❖ **Prevenzione speciale**: la concreta inflizione della pena mira a impedire che il singolo autore del reato torni a delinquere.

a) **POSITIVA**.

Il punto di partenza è il seguente: chi delinque appartiene ad una minoranza fortemente segnata da attributi di negatività sociale (economici, culturali, intellettivi). In questo contesto, la pena deve servire a colmare questi *deficit* al fine di restituire alla società libera un essere determinato alla legalità.

Contestata da molta critica filosofica (come si può pensare di fare del bene facendo intenzionalmente del male?), la finalità special-preventiva della reintegrazione del deviante è risultata – nei fatti – fallimentare: non esistono prove empiriche che dimostrino una qualche efficacia positiva dei programmi di rieducazione sull'andamento della recidiva.

b) **NEGATIVA**.

Vengono qui in riferimento le teorie dell'incapacitazione (o neutralizzazione).

Secondo queste tesi, si può sconfiggere o contrastare la recidiva impedendo materialmente la commissione di nuovi reati da parte del condannato.

Vari sono gli “strumenti” concretamente esperibili a questo scopo:

- L'eliminazione fisica (qui NON per ragioni di deterrenza, come normalmente è sempre stata intesa la pena di morte);
- La segregazione a vita in un carcere di massima sicurezza;
- La castrazione per i rei di reati sessuali;
- ...

Al di là della sua efficacia empirica nel contrastare la recidiva, questa finalità è contestata soprattutto da un punto di vista etico-politico, in quanto inaccettabile in un sistema penale liberal-democratico.

Di fronte alle varie opzioni nelle quali si può atteggiare la “prevenzione”, la Costituzione per quale di esse opta?

In base all'art. 27 comma 3 Cost., *“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e DEVONO TENDERE ALLA RIEDUCAZIONE DEL CONDANNATO”*.

Dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente non si riesce a desumere se questa formulazione esprime una scelta inequivoca per la prevenzione speciale positiva.

Sul punto, pertanto, è stata chiamata ad esprimersi la Corte Costituzionale: che si è mossa segnando un percorso non sempre lineare.

In buona sostanza, da una concezione polifunzionale della pena (in base alla quale la funzione rieducativa è solo una delle funzioni che storicamente caratterizzano la pena), la Corte Costituzionale si è progressivamente orientata verso una concezione monofunzionale della pena (per effetto della quale lo scopo special-preventivo si esplica al di là del solo momento esecutivo, coinvolgendo anche il momento commisurativo della pena).

Da qui, la dottrina penalistica più coerentemente impegnata nella costruzione di una teoria costituzionale del reato si è spinta fino al punto di affermare che *lo scopo special-preventivo* (cioè il fine rieducativo di cui al comma 3 dell'art. 27 Cost.) *deve orientare teleologicamente il sistema penale nel suo complesso*: il legislatore nel momento della scelta del tipo e dell'entità della sanzione, il giudice della cognizione nel momento commisurativo della pena, il giudice dell'esecuzione e le stesse autorità penitenziarie.

Il momento dell'esecuzione penitenziaria – pur non essendo l'unico – è oggi certamente quello maggiormente orientato a scopi special-preventivi.

La riforma dell'Ordinamento Penitenziario, infatti, è riuscita a superare l'antica tradizione per la quale la pena meritata è quella commisurata giudizialmente e il giudicato è intangibile. Progressivamente, la fase penitenziaria ha assunto sempre più ampia autonomia proprio in nome di finalità utilitaristiche di prevenzione.

La pena nei fatti può quindi essere più breve o più leggera (ma anche più lunga o più severa) per ragioni che non si riguardano ciò che si era in passato, ma ciò che si è nel presente e che si presume si sarà nel futuro.

In altre parole, la flessibilità della pena in fase esecutiva trova giustificazione in un modello correzionale di giustizia penale: così caratterizzata, la pena è *utile* perché “correggere” significa ridurre la recidività.

Proprio mentre nel nostro Paese lo scopo special-preventivo prende progressivamente piede, i Paesi che ad esso si sono ispirati con più convinzione tendono a rinnegarlo.

Nella crisi attuale dei sistemi di Welfare, la pena correzionale si mostra progressivamente sempre più inadeguata alla soluzione dei problemi per cui era stata pensata e realizzata: non difende socialmente dal delitto perché non rieduca.

Ma questa discrasia tra l' “essere” e il “dover-essere” che effetti produce?

Siamo già al punto di dover dire che il nostro sistema penale – oltre a non prevenire oggi nei fatti – non sarebbe mai in grado di prevenire?

Nella realtà, oggi la penalità è fatta soprattutto di esclusione: basta pensare a tutto l'armamentario giuridico predisposto nei confronti dello straniero deviante, essenzialmente rivolto tutto alla sua espulsione (cioè all'esatto contrario dell'inclusione!).

Constatato il fallimento, il modello correzionale di giustizia penale viene quindi colpito su tutti i fronti: se siamo definitivamente fuori da ogni possibilità di inclusione sociale, allora anche la “pietosa bugia” della special-prevenzione positiva non sembra essere più plausibile.

Ne siamo davvero sicuri?