

INTRODUZIONE

Nel mio lavoro di tesi soffermo la mia attenzione sulle funzioni che la pena ha avuto nel corso del tempo, ponendo l'accento su quelle che caratterizzano il tardo impero e in particolare quelle emerse dai testi giuridici e dal pensiero dei filosofi. Il primo capitolo riguarda gli scopi della pena in generale, partendo dall'epoca più antica in cui prevale una funzione retributiva, per poi passare a quella preventiva generale tipica del tardo impero fino alla preventiva speciale caratterizzante il sistema repressivo moderno. La teoria retributiva viene affrontata da Kant ed Hegel, i quali elaborano due tipologie di retribuzione, quella morale e quella giuridica. La prima è sostenuta da Kant, secondo il quale la pena non persegue nessuna utilità sociale, ma la sua giustificazione è soltanto la realizzazione della giustizia. La seconda è sostenuta da Hegel, secondo il quale essendo il delitto inteso come ribellione del singolo alla volontà della legge, la pena tende a riaffermare l'autorità dello Stato, dando soddisfazione alla collettività turbata dal delitto. In

conclusione la teoria retributiva intende la pena come una vendetta lecita nei confronti di chi non agisce in maniera retta, ribadendo il valore assoluto della legge, generando non un bene ma un male raddoppiato che non ripara un danno ma ne crea un altro. Nel secondo paragrafo l'attenzione è rivolta alla funzione preventiva generale che inizia a diffondersi nel tardo impero, pur trovando affermazione già in fonti greche, quali il Gorgia di Platone. Lo stesso filosofo sostiene che la pena è finalizzata alla restaurazione dell'ordine morale, giustificando il sacrificio di qualcuno per il bene di tutti superando così la concezione retributiva. Nell'ambito di tale funzione distinguiamo poi la funzione preventiva generale sociale da quella penale. La prima è finalizzata alla eliminazione delle cause sociali della criminalità attraverso degli interventi legislativi che rendono i cittadini partecipi dei valori sociali della comunità ed è sostenuta dalla Scuola Positiva. La seconda invece consiste nel distogliere i consociati dal compiere reati attraverso la minaccia di una pena, essa si sviluppa con

l'illuminismo, per il quale la pena ha un fondamento utilitaristico. Nel terzo paragrafo l'attenzione è rivolta alla funzione preventiva speciale che pur essendo presente in fonti antiche trova la sua massima affermazione nel diritto positivo. Tuttavia in epoca più antica essa si sviluppa nel pensiero di alcuni filosofi, quali Aristotele che si sofferma sulla funzione intimidatoria della pena ritenuta la più utile per la tutela degli interessi della collettività. Il dibattito sulla funzione della pena tende nel corso del tempo a far emergere l'alternarsi delle diverse teorie, ma a partire dal XVIII secolo ci si sofferma sulla funzione delle pene più gravi, ossia i supplizi capitali. Sulla questione pone l'accento l'illuminista Cesare Beccaria che nella sua celebre opera " Dei delitti e delle pene" affronta il tema della pena e sostiene che essa serve per garantire l'incolumità dello Stato in cui l'uomo ha accettato di vivere. Le pene sono quindi legittime solo se utili ed efficaci, la loro finalità è di prevenzione sociale e la loro durezza è la minima possibile. Esse per assolvere alla funzione sia preventiva generale che speciale oltre ad

essere proporzionate devono essere infallibile poiché è l'infallibilità che ne costituisce la funzione deterrente. Nella seconda parte del primo capitolo l'attenzione è poi rivolta alla funzione della pena nel nostro diritto positivo, nello specifico emerge il contrapporsi di due principali correnti. La prima retribuzionista sostenuta dalla Scuola classica che si distacca dalle teorie preventive di stampo utilitaristico coniate dall'illuminismo settecentesco, per affermare come la pena sia una giusta retribuzione, che serve a compensare il male commesso e che non può che essere proporzionata alla gravità del delitto. La seconda si ispira al modello preventivo ed è sostenuta dalla Scuola positiva che considera il reato come un fenomeno che scaturisce da fattori sociali e culturali che vanno ad incidere sull'azione dell'uomo concreto. La pena deve quindi neutralizzare la pericolosità soggettiva del delinquente e proteggere la collettività. Essa quindi ha funzione preventiva speciale in quanto agisce sull'autore del reato per evitare la commissione di futuri delitti. La contrapposizione di queste due scuole

determina la creazione di un modello sanzionatorio introdotto con il Codice penale del 1930, definito sistema del “doppio binario” nel quale confluiscono entrambe le funzioni. Tale sistema prevede due tipi di sanzione, la pena che è applicata ai soggetti semi-imputabili o imputabili e la misura di sicurezza riservata quelle non imputabili. Le prime assolvono dunque ad una funzione preventiva generale determinata dalla minaccia della pena e di retribuzione poiché soddisfano il sentimento collettivo evitando delle vendette. Le seconde sono invece finalizzate a neutralizzare la pericolosità sociale del reo ed assolvono ad una funzione preventiva speciale. Tuttavia questo sistema nella pratica entra in crisi poiché risulta difficile poter distinguere di fatto i presupposti necessari per la prima rispetto alla seconda. Con l’entrata in vigore della Costituzione si ha il tramonto definitivo della funzione retributiva, con il prevalere di quella preventiva generale e soprattutto speciale. La Costituzione italiana sancisce all’art. 27 comma 3 che « le pene devono tendere alla rieducazione del condannato», esso

costituisce un esplicito riferimento alla funzione rieducativa. Dalla prevenzione speciale si sviluppa poi la teoria del trattamento individualizzato, sostenuta dalla Nuova difesa, la quale si sofferma sulla individualizzazione del trattamento del reo, attraverso l'applicazione di misure alternative per perseguire il fine della risocializzazione e reintegrazione. Nella terza parte del primo capitolo affronto il tema dell'effettività della funzione della pena nella sua applicazione pratica, partendo anzitutto dal tipo di pene esistenti nel nostro ordinamento fino agli interventi legislativi in ambito penitenziario che vogliono rendere concreta la funzione delle stesse. Nel secondo capitolo l'attenzione è posta sulle funzioni della pena nel periodo tardo antico, in particolare nella produzione Giustiniana. La funzione retributiva nonostante non sia quella prevalente, non scompare definitivamente ma ne permangono tracce nel diritto giustiniano; tuttavia quella emergente è la preventiva generale. Lo scopo della legge non è solo quello di stabilire la pena ma di portare la

minaccia della punizione alla cognizione del reo, al fine di conseguire l'astensione dal reato. Accanto all'orientamento maggioritario, sussistono posizioni differenti, alcune animate da propositi di clemenza volte a sottolineare la funzione emendatrice della pena, altre ispirate al criterio retributivo. L'espiazione della pena come strumento di rieducazione compare in Nov. 77 e Nov. 144 entrambe in tema di *luxuria contra naturam* e bestemmia. In queste sedi l'imperatore dichiara che l'espiazione della pena è finalizzata al recupero del reo, in accordo con il principio evangelico secondo cui Dio non vuole la morte ma la redenzione del peccatore. Tutte queste funzioni che contraddistinguono il periodo tardo imperiale derivano dalla molteplicità di pene che sussistono nel sistema repressivo tardo antico. Nel terzo capitolo affronto quindi il tema della tipologia delle sanzioni, distinguendo quelle detentive da quelle capitali, le quali pur essendo differenti nelle modalità esecutive fanno comunque emergere un quadro molto complesso sulle finalità delle pene. Se infatti quelle

capitali perseguono un fine intimidatorio e quindi di prevenzione generale, dovuta alla loro efferatezza che funge da deterrente per gli altri consociati, quelle detentive sono invece considerate delle misure preventive che non assolvono ad una vera e propria funzione, poiché non perseguono né uno scopo riabilitativo nei confronti del reo né uno scopo deterrente nei confronti dei cittadini.

CAPITOLO PRIMO

LA FUNZIONE DELLA PENA: CENNI SULLA SITUAZIONE ATTUALE

1.1 Le funzioni della pena nel tempo

Fin dall'antichità le funzioni dei mezzi di lotta contro il crimine emerse con sempre maggiore consapevolezza nel pensiero umano, sono e restano essenzialmente tre¹. Tre idee guida giustificano di volta in volta l'entità e la crudeltà della pena ma anche la sua ragion d'essere. Esse si distinguono in due gruppi, da una parte le teorie assolute, dall'altra le teorie relative. Le prime si concentrano solo sul male o sul fatto delittuoso commesso in passato, le seconde sono concentrate sulla correzione del comportamento futuro di colui che ha commesso il delitto. La grande distinzione fa riferimento all'eventualità che si ravvisi o meno nella pena uno scopo, un'utilità sociale rispetto alla sola componente punitiva. Il prevalere di una prospettiva rispetto all'altra e il loro combinarsi, si manifesta in tempi e in forme che riflettono non soltanto una logica interna al sistema penale, ma anche le linee di tendenza del più generale contesto politico sociale e culturale di riferimento. Nello specifico esse sono:

¹ MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, Padova 1984, 401.

- 1) La funzione retributiva, per cui al bene segue il bene e al comportamento antisociale la reazione sociale negativa.
- 2) La funzione preventiva generale, che consiste nell'azione diretta a distogliere la generalità dei consociati dal commettere reati.
- 3) La funzione preventiva speciale, che consiste nell'azione diretta sul singolo per impedirgli di cadere o ricadere nel delitto.

a) Funzione retributiva

Per la teoria retributiva², l'idea della pena è un valore positivo che trova in se stessa la sua ragione e giustificazione. La sanzione penale deve servire a compensare la colpa per il male commesso. Quindi l'idea retributiva implica anche per sua natura, il concetto di proporzione, se deve compensare il male provocato dall'azione illecita, non può non essere proporzionata alla gravità del reato medesimo. La proporzione della pena in relazione alla gravità del reato fa sì che la pena sia la giusta retribuzione, in quanto determinata, proporzionata

² MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, cit., 402 e ss.