

NUMERO
MONOGRAFICO

ius17@unibo.it

STUDI E MATERIALI
DI DIRITTO PENALE

Anno VI, n. 3 – settembre-dicembre 2013

GOVERNARE LA PENALITÀ
STRUTTURA SOCIALE,
PROCESSI DECISIONALI
E DISCORSI PUBBLICI SULLA PENA

Massimo Pavarini

Pubblicazione quadrimestrale registrata
presso il Tribunale di Bologna
(n. 7775 del 25 luglio 2007)

ISSN: 2239-2424

ISBN: 978-88-7395-962-5

Rivista pubblicata con il contributo di



ALMA MATER STUDIORUM UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE ANTONIO CICU
PROGETTI RFO

Direzione

Stefano Canestrari, Gaetano Insolera, Nicola Mazzacuva (Direttore responsabile), Massimo Pavarini, Filippo Sgubbi e Luigi Stortoni

Redazione

Enrico Amati, Francesco Cardile, Francesca Consorte, Désirée Fondaroli, Emanuela Fronza, Alessandro Gamberini, Bruno Guazzaloca, Vittorio Manes, Antonio Pintor, Kolis Summerer, Alessandro Valenti (Segretario) e Marco Zincani

Comitato scientifico

Živojin Aleksić (Università di Beograd), Javier Alvarez Garcia (Università di Madrid-Carlos III), Kai Ambos (Università di Göttingen-Georg August), Roser Bach Fabregó (Magistrata in Barcelona), Nilo Batista (Università Statale di Rio de Janeiro), Alberto Cadoppi (Università di Parma), Luisa Cuerda Arnau (Università di Castellón), Miriam Cugat Mauri (Università Autonoma di Barcelona), Fábio Roberto D'Ávila (Università Cattolica Pontificia di Rio Grande do Sul), José De Faria Costa (Università di Coimbra), Luciano Eusebi (Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza), Giovanni Fiandaca (Università di Palermo), Antonio Fiorella (Università di Roma-Tre), Luigi Foffani (Università di Modena e Reggio Emilia), Gabriele Fornasari (Università di Trento), Ramón García Albero (Università di Lleida), Mercedes García Arán (Università Autonoma di Barcelona), Nicolás García Rivas (Università di Castilla-La Mancha), Miguel Angel Gimeno Jubero (Magistrato in Barcelona), Fausto Giunta (Università di Firenze), Jose Luis González Cussac (Università di Castellón), Giovanni Grasso (Università di Catania), Vid Jakulin (Università di Ljubljana), Alessio Lanzi (Università di Milano-Bicocca), Manfred Maiwald (Università Georg-August di Göttingen), Adelmo Manna (Università di Foggia), Alessandro Melchionda (Università di Trento), Fermín Morales Prats (Università Autonoma di Barcelona), Victor Moreno Catena (Università di Madrid-Carlos III), Tullio Padovani (Scuola Superiore S. Anna di Pisa), Michele Papa (Università di Firenze), Daniel Pastor (Università di Buenos Aires), Berislav Pavišić (Università di Rijeka), Guillermo Portilla Contreras (Università di Jaen), Domenico Pulitanò (Università di Milano-Bicocca), Gonzalo Quintero Olivares (Università di Tarragona), Eduardo Ramón Ribas (Università delle Isole Baleari), Carlos Ramos Rubio (Magistrato in Barcelona), Carlos María Romeo Casabona (Università di Deusto e dei Paesi Baschi di Bilbao), Helmut Satzger (Università di München), Francesco Tagliarini (Università di Bergamo), Josep Maria Tamarit Sumalla (Università di Lleida), Fernando Tenorio Tagle (Università Nazionale Autonoma del Messico di Ciudad de México), Inmaculada Valeije Alvarez (Università di Vigo), Michel Van De Kerchove (Università Saint-Louis di Bruxelles), John Vervaele (Università di Utrecht), Julio Virgolini (Università di Buenos Aires), Andrew Von Hirsch (Università di Cambridge), Eugenio Raúl Zaffaroni (Università di Buenos Aires) e Marco Zanotti (Università di Udine)

Sede

Scuola Superiore di Studi Giuridici
Facoltà di Giurisprudenza
Università di Bologna
Via Belmeloro 12
40126 Bologna
Posta elettronica: ius17@unibo.it
Telefax: (+39) 051.22.10.19
(presso l'Editore Bononia University Press)

© Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

Acquisto copie e spedizione in abbonamento
Bononia University Press
Via Farini 37 – 40124 Bologna
Tel.: (+39) 051.23.28.82 – fax: (+39) 051.22.10.19
info@buponline.com – www.buponline.com

Grafica: Alessio Bonizzato
Design logo "Ius17": Lucio Mondini
Impaginazione: Lucia Bottegaro
Stampa: Editografica – Rastignano (BO)

INDICE

INTRODUZIONE

CAPIRE LA PENALITÀ, OGGI

- 7 1. Prendendo le mosse da un'opera giovanile
- 8 2. La penologia revisionista della decade degli anni settanta
- 8 3. L'ambiguità del modello correzionale
- 10 4. Lo splendore della pena che esclude
- 11 5. Un nuovo discorso sul crimine
- 13 6. Carcere e guerra
- 15 7. *De-carceration/ri-carceration* a confronto e un nuovo discorso pubblico sulla pena

PARTE PRIMA

STRUTTURA SOCIALE E PROCESSI DECISIONALI

CAPITOLO 1

IL GIROMONDO PENITENZIARIO

- 19 1. Un'icona penitenziaria e qualche facile calcolo
- 22 2. Lo spartiacque penitenziario nel mondo
- 24 3. La crescita della popolazione detenuta mondiale nelle ultime decadi
- 25 4. Più in dettaglio: alcune variazioni sincroniche-diacroniche nei tassi di carcerizzazione nel mondo
 - 25 4.1. *I processi di carcerizzazione in Europa*
 - 26 4.2. *I processi di carcerizzazione in Africa*
 - 27 4.3. *I processi di carcerizzazione nelle Americhe*
 - 28 4.4. *I processi di carcerizzazione in Asia*
 - 29 4.5. *I processi di carcerizzazione in Oceania*
- 29 5. Processi di ri-carcerizzazione e paradigmi esplicativi

CAPITOLO 2

PER UN MODELLO ESPLICATIVO DELLA CARCERIZZAZIONE IN PAESI DEMOCRATICI ED ECONOMICAMENTE SVILUPPATI

- 39 1. Struttura sociale, egemonia e apparati istituzionali-burocratici
- 43 2. Narrative criminologiche, processi decisionali e tassi di carcerizzazione
- 44 3. Alcuni modelli ideali di sistema
- 46 4. Un modello esplicativo della variazione dei tassi di carcerizzazione in paesi democratici e capitalisti

CAPITOLO 3 LA PENALITÀ NELL'ITALIA REPUBBLICANA

- 51 1. Il carcere in Italia dal 1947 ad oggi
- 52 2. Nel frattempo la criminalità e la penalità...
- 52 3. Alcuni profili in particolare
- 53 3.1. *Il carcere e la questione immigratoria*
- 54 3.2. *Variazioni nella produttività del sistema di giustizia penale*
- 54 3.3. *Severità nelle condanne e politiche clemenziali*
- 56 4. Agenzie di controllo sociale e processi decisionali
- 58 5. Una storia ancora da scrivere...
- 61 6. Per concludere

63 TAVOLE E GRAFICI

PARTE SECONDA I DISCORSI PUBBLICI SULLA PENALITÀ, OGGI

CAPITOLO 1 DALLA PENA CHE INCLUDE ALLA PENA CHE ESCLUDE

- 101 1. Alcune premesse forse scontate
- 103 2. Ancora “pena giusta” *contra* “pena utile”?
- 105 3. Se la pena deve essere utile
- 110 4. L'ineliminabile natura della pena come fatto sociale
- 111 5. Forse, pietose bugie...
- 113 6. La giustificazione della pena nella società dell'esclusione
- 115 7. Confrontarsi ancora con le funzioni materiali della pena
- 117 8. La pena nell'“altro” diritto penale

CAPITOLO 2 IL REGRESSO AD UNA PENA FONDAMENTALISTA

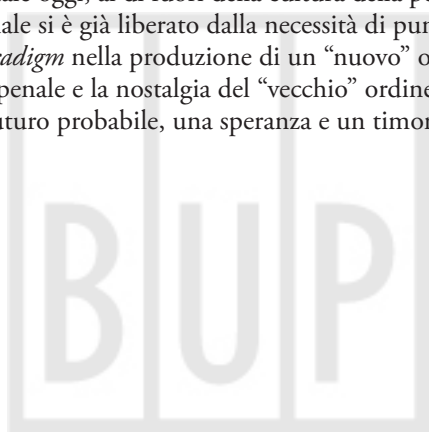
- 119 1. Dagli antipodi del mondo
- 120 2. L'incertezza fisiologica delle pene
- 123 3. Il “negoziato penale”
- 125 4. I limiti al “negoziato penale” e la penologia attuariale
- 127 5. Una penologia democraticamente condivisa?
- 128 6. *Prison works* a patto che...
- 130 7. Nuovi criteri di predittività
- 132 8. Il *Kindergarden* e i futuri criminali
- 134 9. Parsimonia e dissipazioni punitive
- 136 10. Un nuovo fondamentalismo penale

CAPITOLO 3 LA GUERRA ALLE "NON-PERSONE"

- 137 1. Dal "nemico nel diritto penale" al "diritto penale del nemico"
- 138 2. Garantismo e modernizzazione del diritto penale
- 139 3. I territori del diritto penale ostile
- 143 4. Capire le ragioni del diritto penale ostile
- 144 5. Il "dover essere" della guerra al delitto
- 145 6. La grammatica giuridica dell'inclusione e le politiche criminali dell'esclusione
- 148 7. Che spazio per un "diritto penale di lotta"?
- 150 8. La guerra come delitto e la guerra al delitto

CAPITOLO 4 AI MARGINI DELLA PENALITÀ NELLA CRISI DELLA PENALITÀ

- 151 1. Le buone maniere del dare intenzionalmente sofferenza ad altri
- 152 2. Il controllo sociale oggi, al di fuori della cultura della pena?
- 154 3. Il controllo sociale si è già liberato dalla necessità di punire?
- 157 4. Il *restorative paradigm* nella produzione di un "nuovo" ordine sociale
- 160 5. La mediazione penale e la nostalgia del "vecchio" ordine penale
- 161 6. Uno scenario futuro probabile, una speranza e un timore





INTRODUZIONE

CAPIRE LA PENALITÀ, OGGI

1. Prendendo le mosse da un'opera giovanile

Quasi quarant'anni fa, unitamente all'amico Dario Melossi, scrivevo *Carcere e fabbrica*¹. Lavoro scientificamente acerbo sotto diversi profili, ma che incontrò un successo inusitato, soprattutto a livello internazionale. Dario ed io scrivemmo *Carcere e fabbrica* in pochi mesi, di rientro da un soggiorno di studi in Inghilterra, dove ci aveva condotto anche la curiosità – accesa da una nota a fondo pagina di Dobb in *Studies in the Development of Capitalism*² – di un libro del '39, ad opera di due sociologi francofortesi, Georg Rusche e Otto Kirchheimer, che – a giudizio di Dobb – avevano affrontato in chiave storica il rapporto tra sviluppo del mercato del lavoro e sistemi punitivi. Trovammo quel “dimenticato” volume nella biblioteca della London School of Economics³. Provvedemmo repentinamente a tradurlo e lo pubblicammo quasi in contemporanea a *Carcere e fabbrica*⁴.

In quegli stessi anni, Michel Foucault lavorava a *Surveiller et punir*. Sapevamo, da una intervista rilasciata dal filosofo e da alcune anticipazioni dei temi affrontati nei famosi quanto esclusivi seminari tenuti al College de France, che Foucault si stava interessando di storia carceraria. Ci piacque leggere nella prime pagine dell'introduzione che Foucault, sempre parco di note e di riferimenti bibliografici, citava Rusche e Kirchheimer come autori di un *grande livre*, il solo sulla penalità moderna che meritasse di essere esplicitamente ricordato. Per sola fortuna, quella che aiuta i giovani, Dario ed io avevamo ri-scoperto Rusche e Kirchheimer nello stesso periodo, se non forse prima, di Foucault.

Questa è la storia della genesi di un libro fortunato della metà degli anni settanta.

¹ D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario [XVI-XIX secolo]*, Bologna, il Mulino, prima edizione 1977.

² M. DOBB, *Studies in the Development of Capitalism*, London, Routledge, 1946.

³ Di riscoperta deve correttamente parlarsi ed attribuibile più alla fortuna che al merito di due giovani ricercatori dell'ateneo bolognese. L'opera originale (G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, New York, Columbia University Press, 1939) giaceva in un'unica copia nella biblioteca della London School of Economics, da innumerevoli anni non più consultata e temo seriamente minacciata dalla «critica roditrice dei topi».

⁴ Dario ed io traducemmo l'opera di Rusche e Kirchheimer per i tipi del Mulino nel 1978, con il titolo di *Pena e struttura sociale*. A breve seguirono una traduzione in castigliano e in tedesco, poi una nuova edizione in inglese e una traduzione in francese e portoghese.

2. La penologia revisionista della decade degli anni settanta

Carcere e fabbrica – come peraltro la letteratura criminologica “radicale” della decade degli anni settanta del secolo passato – condivide, pur nella diversità di accentuazione, di metodo e alla fine di qualità, un elemento di fondo comune ai lavori scientifici di quella stagione, di essere cioè una lettura critica del controllo sociale e penale nelle/delle democrazie di maturo stato sociale. Più specificatamente, per quanto concerne la topica penologica, *Carcere e fabbrica* appartiene a quel movimento revisionista che legge il carcere e la cultura correzionalistica come necessità della modernità, come articolazioni di quel “progetto” della Modernità di cui Costa⁵ e ancora prima di lui Macpherson⁶ andavano, sempre in quegli anni, ipotizzando. Ma non solo o non tanto come “invenzioni” del pensiero giuridico, ma – e in ciò sta la nota che a posteriori definisce questa letteratura come revisionista nei confronti di quella filosofico-giuridica allora dominante che leggeva la pena carceraria come fase avanzata nel processo evolutivo dei sistemi punitivi, secondo i dettami della storiografia progressista del partito dei *Whig* – come apparati di produzione e conservazione di un ordine politico-economico determinato, quello, appunto, capitalistico. Pur critico nei confronti dell’istituzione penitenziaria e dell’ideologia e prassi correzionaliste, *Carcere e fabbrica* pensa le forme storiche della penatilità contemporanea come volte a finalità di controllo sociale di tipo inclusivo. È una lettura critica, ma dall’interno del sistema correzionalistico stesso e soprattutto è cieca nei confronti di un mutamento (già alle porte, se non in atto) che non riesce ancora ad immaginare.

3. L’ambiguità del modello correzionale

Nella sua essenza, l’esperienza di disciplinare, meglio di “addomesticare” gli uomini anche attraverso la pena, esprime tanto una volontà egemonica, quanto una speranza di liberazione: è progetto egemonico, nell’intento che vuole che gli esclusi dalla proprietà, dal patto sociale, dalla cittadinanza possano essere socialmente accettati – e quindi inclusi – solo ed in quanto educati e disciplinati; è speranza di liberazione nella nascita della coscienza di classe, come fiducia nelle virtù proletarie. Da un lato, pedagogia alla nuova schiavitù della razionalità capitalistica; dall’altro lato, virtuoso percorso per contare come soggetto storico, come proletariato⁷.

Su questa ambiguità di fondo, si stende la ricca e contraddittoria trama della pena correzionale, cioè del carcere. Ma una ambiguità, come avremo modo di vedere in seguito, che si è costruita prevalentemente intorno a due volontà politiche che sovente solo allo stato di aspirazioni sono rimaste.

Esiste una fase decisiva dell’ideologia correzionalista della pena – quella che si impone nella seconda parte dell’Ottocento – che si costruisce sul paradigma del *deficit* nell’interpretazione della devianza/criminalità e che quindi proietta una immagine tipologica del crimi-

⁵ P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974.

⁶ C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

⁷ Cfr., sul punto, le penetranti pagine di D. ROTHMAN, *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, Boston, Little Brown and Co., 1980.

nale di stampo positivista⁸. È deviante chi ha “meno”, perché segnato da *deficit*. Eliminati o ridotti questi, eliminata o ridotta la pericolosità sociale. Nel settore delle politiche penali ciò comporta l’imporsi dello scopo special-preventivo della pena: una pena medicinale che sia in grado di aggredire le cause del male. Il primo livello di passaggio dalla illegalità alla cultura della legalità – per chi sia escluso in quanto povero – si conquista nell’apprendimento delle virtù parsimoniose di chi vive del proprio lavoro. La cultura del lavoro e il successivo inserimento nel mercato del lavoro sono pertanto passaggi obbligati ad ogni processo di inclusione sociale. Il modello di produzione c.d. fordista arricchisce poi ulteriormente il contenuto di questa retorica, persuadendo a “sinistra” della bontà dell’impresa pedagogica. È questa la stagione d’oro – segnata da forte ottimismo – delle politiche di rieducazione attraverso la pedagogia penitenziaria. È la rigogliosa primavera del modello correzionale di giustizia penale, quello che immagina una pena capace di integrare nello *status* di proletario il non-proletario⁹.

La proposizione di includere socialmente attraverso l’educazione alla disciplina del salario da progetto politico si riduce progressivamente a nostalgica retorica, man mano che il progetto si realizza. Con diversa temporizzazione, negli stati sociali di diritto l’egemonia capitalistica da un lato, e l’assimilazione della disciplina operaia dall’altro, finiscono per realizzarsi definitivamente, per farsi realtà definitive. Avvenuto il superamento di quella prima fase, la nuova si apre su un diverso fondamento paradigmatico. L’illegalità penale non rinvia più (o sempre meno) ad una alterità segnata dalla carente o assente educazione alla cultura del lavoro. La topica della riforma carceraria non si declina più, o sempre meno, nella produzione di uomini utili in quanto addomesticati alla disciplina del salario e nella elaborazione di pratiche pedagogiche volte all’integrazione operaia.

Dalla metà del secolo scorso, la riforma penale si orienta nel mondo occidentale verso l’orizzonte della decarcerizzazione¹⁰, come ad un destino necessario ed auspicabile. Diversione processuale, pene sostitutive, misure alternative segnano il percorso riformista e progressivo di liberazione dalla necessità del carcere. Lo scopo dell’integrazione sociale del condannato non necessita più di pratiche correzionali in carcere, ma nella diretta presa in carico del deviante nella *community*, nel sociale. La penalità nella libertà si guadagna per valutazioni di affidabilità situazionale; è la nuova penalità per coloro che possono essere presi in carico dal sociale, perché più ricchi, o meglio meno poveri di altri, di “capitale sociale”. La socializzazione della marginalità nello stato sociale si cementa oramai sull’imperativo del *to care*, del farsi carico della problematicità sociale in termini oramai solo o prevalentemente assistenziali¹¹.

Carcere e Fabbrica si converte così nella metafora di “Carcere e Società”; passaggio nodale nella storia della modernità, anche se in entrambi i termini – Fabbrica e Società – domina ancora la fiducia che lo scopo del castigo legale sia l’inclusione del deviante nel corpo sociale.

La terza fase di questa storia “ideale” in senso weberiano è quella del presente. Essa è segnata dal passaggio dalla retorica e dalle prassi del *wel-fare* a quelle crudelmente ma realisticamente definite del *prison-fare*. La crescita della “moltitudine” degli esclusi – tanto dal mercato del

⁸ Cfr. P. BEIRNE, R.A. FARRELL (eds), *Inventing Criminology: Essays on the Rise of ‘Homo Criminalis’*, Albany, University State of New York Press, 1993.

⁹ Cfr., di recente, M. PIFFERI, *L’individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

¹⁰ A. SCULL, *Decarceration, Community Treatment and Deviant*, New Jersey, Prentice Hall, 1977.

¹¹ Cfr. D. GARLAND, *The Culture of Social Control*, Oxford, Oxford University Press, 2001, in particolare il capitolo IV.

lavoro garantito quanto da banchetto assistenziale offerto da un sempre più povero capitale sociale – politicamente rende sempre più irrealistico il progetto di un ordine sociale attraverso l'inclusione. È la stagione del declino miserevole dell'ideologia rieducativa e dell'emergenza e seguente trionfo delle politiche di controllo sociale che si fondano sulla fede nelle prassi di neutralizzazione selettiva, in pieno coerenti con il linguaggio della guerra al nemico interno¹².

Quindi: "Carcere *senza* Fabbrica"?; "Carcere *senza* Società" ?

Per quel poco o tanto che le metafore possono aiutare ad intendere, direi di sì.

4. Lo splendore della pena che esclude

Oggi si scopre – o riscopre, perché in altre epoche il sistema penale è stato già egemonizzato da logiche di tipo malthusiano, sia pure fiduciosamente vissute come contingenze economiche destinate ad essere presto superate – che il carcere può "funzionare" contro la criminalità, accentuando i processi di esclusione sociale: il carcere e il sistema penale nel suo complesso possono essere utili nel governo della criminalità e della recidiva se ed in quanto siano messi in grado di selezione e quindi neutralizzare coloro che il sistema sociale non è comunque in grado, o ritiene di non essere in grado, di includere. Il fine della "neutralizzazione selettiva" origina all'interno di una cultura tecnocratica ed amministrativa della penalità: essa interpreta la giustizia penale come sistema che persegue obiettivi di efficienza, come, ad esempio, differenziare la risposta per livelli di pericolosità e implementare strategie di controllo sui gruppi sociali. La retorica che emerge è quella del calcolo probabilistico e di distribuzione statistica applicati nei confronti delle popolazioni che creano problemi sociali¹³.

Non molto diversamente dalle tecniche assicurative, il linguaggio della utilità sociale e del governo dei rischi sociali prende progressivamente il posto di quello della responsabilità individuale e della prevenzione speciale nelle politiche penali. Il linguaggio della penologia tecnocratica è pertanto caratterizzato da un' enfasi sulla razionalità sistemica e formale.

Il governo amministrativo del controllo penale tende a costruirsi intorno ad obiettivi sistemici che radicalmente divergono dall'uso simbolico della penalità. La gestione amministrativa della penalità risponde solo ad una sua logica interna, svincolata da finalità extra-sistemiche.

Tutto l'arsenale correzionalistico subisce un radicale ribaltamento di funzione e di senso: il trattamento e la terapia, come l'aiuto, perdono ogni riferibilità nei confronti del fine special-preventivo. Il trattamento, la terapia e l'aiuto diventano risorse utili per garantire il governo della questione criminale ai livelli di compatibilità del sistema della giustizia penale. Risorse utili, per differenziare le popolazioni devianti in ragione del rischio criminale, per incapacitare selettivamente i più pericolosi, per articolare lo spettro custodiale, per economizzare risorse.

E allora, se vogliamo procedere metaforicamente – ma come diceva Pietro Costa nella introduzione al suo «Progetto giuridico», tutto il discorso giuridico è percorso da metafore e in fondo esso stesso è solo una grande costruzione metaforica¹⁴ –, a me non viene in mente

¹² Cfr., tra gli altri, J. YOUNG, *The Exclusive Society. Social Exclusion, Crime and Difference in the Late Modernity*, London, Sage, 1997.

¹³ Cfr. M. FEELEY, J. SIMON, *'The New Penology': Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Implications*, in *Criminology*, 1992, vol. 20, pp. 440-474; *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*, in D.F. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994, pp. 173-201.

¹⁴ P. COSTA, *Il progetto giuridico*, cit., p. XIII.

altro e di più capace di descrivere il presente penale di: “Carcere e guerra”. E non tanto o non solo, perché le pratiche di internamento diffuso e massivo facciano sempre più assomigliare il sistema carcerario presente ad un arcipelago concentrazionale. In verità il penitenziario è sempre stato più simile ad un lager che ad una fabbrica (e di ciò non me ne vogliono Bentham e la nutrita schiera dei riformisti). Dico “guerra” quindi, per altro e di diverso: per una sorte di rifunzionalizzazione della pena privativa della libertà e del sistema della giustizia penale ad una retorica e ad una prassi di dichiarata e quindi esplicita ostilità nei confronti di chi viene sempre più vissuto come “altro”.

5. Un nuovo discorso sul crimine

Questo approccio al governo dei criminali riflette un nuovo discorso sul crimine stesso e sul ruolo del sistema penale. I devianti non sono più, o sono sempre meno, il referente organizzativo del sapere criminologico, perché la criminologia sta progressivamente diventando un marginale capitolo di una generale analisi di *public policy*. La questione in gioco non è più quella pretenziosa quanto ingenua di sconfiggere il crimine, ma semplicemente di razionalizzare l'operatività dei sistemi che consentono di “gestire” la criminalità sulla base di valutazioni di tipo statistico e attuariale.

Affatto paradossalmente questo approccio favorisce l'emersione di un sapere diverso sulla criminalità, che è stato felicemente etichettato come “criminologia della vita quotidiana”: l'atto deviante è un rischio abituale che può essere calcolato e in qualche misura anche evitato e nulla avendo di eccezionale e patologico può essere compreso facendo semplicemente riferimento alle tendenze motivazionali comuni. Il crimine quindi come attività routinaria, come opportunità, se non addirittura come scelta razionale. Se “le occasioni fanno l'uomo ladro”, possiamo razionalmente ridurre i rischi di vittimizzazione semplicemente adottando stili di vita precauzionali o investendo in tecnologia preventiva che riducano le occasioni o rendano più difficile la commissione dei delitti¹⁵.

Questo però non è un compito/dovere solo o precipuo dello Stato e degli apparati repressivi tradizionali, ma una scelta “realistica” e alla fine “obbligata” della società civile. Le vittime potenziali – cioè tutti – da soggetti da tutelare, siamo invitati a farci protagonisti della nostra difesa, organizzandoci e adottando stili diversi di vita. In qualche modo lo Stato si smarca progressivamente dal ruolo di monopolista nella difesa sociale dal crimine.

Sandro Baratta descriveva questo passaggio in termini lapidari, da pari suo: il passaggio dalla sicurezza dei diritti al diritto alla sicurezza, fa di quest'ultima un bene privato¹⁶. Poniamo mente alle politiche securitarie oggi imperanti che, investendo quasi esclusivamente in strategie di prevenzione situazionale, finiscono per abituarci a vivere “da soli”, cioè senza fare troppo affidamento sugli apparati repressivi e preventivi statuali, in una società ad elevato rischio di criminalità. E sempre in quest'ottica, lo stesso favore crescente nei confronti del paradigma compensatorio a supporto delle nuove strategie mediatriche nel settore della

¹⁵ Cfr. M. FELSON, *Crime and Everyday Life*, Thousand Oaks, Forge Press, 1994; J.K. WILSON, *Thinking About Crime*, New York, Basic Books, 2nd Edition, 1983. Nella cultura criminologica italiana, da ultimo, cfr. M. BARBAGLI, *L'occasione e l'uomo ladro; furti e rapine in Italia*, Bologna, il Mulino, 1995.

¹⁶ A. BARATTA, *Politica criminal: entre la política de seguridad y la política social*, in E. CARANZA (coord.), *Delito y seguridad de los habitantes*, San José de Costa Rica, Siglo XXI, 1997, pp. 85-95.

giustizia criminale, finiscono per suggerire una sorte di rifeudalizzazione dei rapporti sociali di coloritura pre-moderna.

Una delle conseguenze più significative di questo mutamento è registrabile a livello culturale. La criminalità – in particolare quella di massa – cessa sempre più di essere oggetto di conoscenza in una prospettiva causale e quindi, alla fine, cessa di essere oggetto di conoscenza *tout court*, se non nella sola dimensione statistica, la sola utile a misurarla in termini di variazione del rischio. In questo senso si può forse dire che la “nuova criminologia amministrativa” abbia letto con profitto gli apporti della criminologia critica, notoriamente antieziologica. Comunque è una circostanza significativa che i nuovi criminologi oggi *mâîtres à penser* delle politiche criminali attuariali, non siano “criminologi” per collocazione accademica e/o formazione professionale, ma prevalentemente statistici.

Dalla criminalità quindi non ci si difende sconfiggendone le cause, per la semplice ragione che l'azione criminale non è l'effetto di alcuna in particolare, personale o sociale che sia. Dalla criminalità – come realtà nociva – ci si difende riducendo i rischi di vittimizzazione, da un lato, e neutralizzando selettivamente i “nemici”, dall'altro.

È indubitabile che l'ideologia della neutralizzazione selettiva e soprattutto preventiva sia costretta sovente a fare ricorso ad una lettura del criminale come “altro”, come assolutamente “diverso” – nei cui confronti viene bandito sia ogni sentimento di comprensione, tipico delle “criminologie del sé”, sia ogni scrupolo garantista nella repressione. L'“altro” può essere di volta in volta il terrorista, il pedofilo, il serial killer, il mafioso, ma più spesso è il delinquente abituale.

Accanto quindi ad una “criminologia della vita quotidiana”, si sviluppa anche una “criminologia dell'altro”, un discorso sul criminale come nemico la cui pericolosità non può essere in altro modo “gestita” se non attraverso la sua neutralizzazione; e per metterlo nella condizione materiale di non nuocere, alla fin fine non necessita neppure conoscerlo più di tanto. Si faccia mente alla regola aurea che domina oggi le linee guida della politica penale statunitense: *three strikes and you're out*, tre sentenze di condanna e tu sei “eliminato” attraverso una *life sentence*. E la metafora del baseball da cui quella regola del *sentencing* è mutuata, non può essere più calzante, nella sua capacità di rappresentare la guerra sia nella sua strategia difensiva – la difesa della base – che in quella offensiva – l'attacco alla casa del nemico¹⁷.

A ben intendere, ambedue i discorsi criminologici – quello della “vita quotidiana” e quello “dell'altro” – richiamano fedelmente un approccio alla questione criminale di tipo bellico. In stato di guerra, di fronte alla minaccia del nemico, si cerca di minimizzare i rischi di essere aggrediti, adoperandosi in azioni di difesa “passiva”, e nel contempo ci si sforza, in una dimensione “offensiva”, di neutralizzare preventivamente l'aggressore. Difesa ed attacco: più renderò difficile al nemico potermi colpire, maggiori opportunità conquisterò sul campo; più nemici neutralizzerò, da meno nemici dovrò guardarmi. Solo che nella guerra al nemico interno – la criminalità – non si combatte per vincere, come nel baseball, ma solo per mantenere una posizione sempre precaria di “vantaggio tattico” nei confronti del nemico belligerante.

In ultima istanza: il passaggio da un modello inclusivo ad uno esclusivo nella politica criminale è segnato dal negare progressivamente alla criminalità la dimensione stessa di “questione”: nulla di problematico, quindi, che debba essere studiato, capito ed eventualmente

¹⁷ Cfr. D. ANDERSON (ed.), *This Will Hurt: The Restoration of Virtue and Civil Order*, London, Social Affairs Unit, 1995; J. BEST, *Random Violence: How We Tack About New Crimes and New Victims*, Berkeley, University of California Press, 1999.

risolto aggredendone le cause. Non esiste infatti alterità possibile alla normalità del presente disordine sociale. Accettato aprioristicamente questo ultimo, la criminalità è solo un inevitabile costo sociale che va, nei limiti della compatibilità offerta dal sistema politico-economico nel suo complesso (in verità, questi ultimi, assai più contenuti di quanto normalmente e illusoriamente si ritenga), combattuto “militarmente”. Ed infatti l'efficacia della politica criminale si misura oramai solo attraverso veri e propri bollettini di guerra: quanti nemici sono stati neutralizzati (vedi l'enfasi sui tassi di carcerizzazione); quanti soldati posso mettere in campo e quanto mi costano (vedi enfasi sui costi della giustizia penale e forze di polizia); quali e quanti territori sociali e urbani ho liberato o sono stati dal nemico occupati (vedi enfasi sui tassi di delittuosità diminuiti o aumentati nella loro disaggregazione territoriale); ecc.

Una singolare criminologia, come si diceva, che non ha più come referente organizzativo del proprio statuto di sapere i devianti e i criminali, ma l'amministrazione – sovente solo contabile – di uno stato di belligeranza permanente.

6. Carcere e guerra

Assistiamo quindi ad una progressiva egemonizzazione della questione criminale da parte di studiosi e operatori della sicurezza e del diritto penale. Questi non sono altro che i professionali della guerra in corso. E in stato di guerra, il ceto militare guadagna peso politico e visibilità pubblica. L'esigenza di restituire la questione criminale agli studiosi di scienze sociali e di riportare al naturale ruolo marginale i penalisti e gli operatori della giustizia penale è certo condivisibile, ma necessita che prima si ponga fine allo stato di belligeranza.

Il presente stato di guerra non è mai stato esplicitamente dichiarato. Certo, qualcuno, e di molto influente a livello mondiale, alcuni anni fa dichiarava “guerra alla droga”; altri, altrettanto potenti, lo hanno imitato, urlando che era l'ora di passare «dallo studio della criminalità alla lotta ai criminali», altri ancora, che era venuto il momento di «capire di meno e di punire di più». Ma queste scempiaggini – perché di colossali scempiaggini trattasi – erano già state ascoltate in epoche remote e forse sono sempre state pronunciate dalla politica.

La verità è altra: è che ci siamo trovati in guerra senza accorgersene. E non ce ne siamo accorti perché progressivamente la guerra al nemico interno ci ha convinto come una scelta non altrimenti eludibile, alle condizioni che – di volta in volta – si sono presentate come emergenze.

Il passaggio da una cultura bulimica ad una anoressica nei confronti degli esclusi, delle eccedenze, degli scarti è, alla fin fine, obbligata quanto un certo punto di vista si fa progressivamente egemone¹⁸. E questo punto di vista che si è fatto dominante ci ha “convinto” – il che ovviamente non significa che esso dica il “vero” – che nella nuova economia globalizzata l'inclusione attraverso il lavoro non è più possibile per tutti e nel contempo lo Stato non è più in grado di distribuire sufficiente ricchezza sociale a coloro che sono esclusi dal mercato. Per ritornare alle metafore di cui ho fatto cenno in precedenza, “Carcere” e “Società” non sono più proponibili come modelli di disciplina sociale inclusiva.

A ben intendere, questo punto di vista è molto simile a quello che segnò il passaggio dalla Old Poor Law alla New Poor Law, dando poi inizio all'esperienza moderna della deporta-

¹⁸ È J. YOUNG che riprende la terminologia utilizzata da Lévi-Strauss tra “società anoressiche” e “società bulimiche”, in *The Exclusive Society. Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London, Sage, 1997.

zione di massa dei detenuti. Ma allora dominava l'Imperialismo coloniale, e l'esclusione dei poveri, delle prostitute, dei delinquenti dall'Europa, offrì, sia pure nell'altra parte del globo, una nuova opportunità di inclusione sociale. Purtroppo nella narrativa egemone nella post-modernità, non c'è alcuna Australia da colonizzare¹⁹.

Difendersi anche militarmente dagli esclusi è (o appare) quindi una necessità. Così le masse dei migranti che premono ai confini del Primo mondo sono spinte da una fame di integrazione sociale, cioè da un'offerta di lavoro che non trova e mai troverà un'equivalente domanda. Al Primo mondo quelle masse alla fin fine non servono. Certo: per quanto le si incarcerano, li si detenga nei nuovi grandi campi di concentrazione che stanno sorgendo nella civile Europa ed America dell'*habeas corpus* o li si respinga con le armi oltre i confini della nostra ricchezza, alla fin fine – si dirà – si tratta pur sempre di pochi rispetto all'universo degli "esclusi". È vero. Ma questo è sempre valso anche nel passato per quanto concerne le pratiche coercitive di controllo sociale. Quando dominava il paradigma dell'integrazione attraverso la disciplina del lavoro, il "carcere come fabbrica" addomesticava poche decine di migliaia di sottoproletari, cioè nulla rispetto alle masse proletarie della fabbrica fordista. Quando nello splendore dello stato sociale, ci siamo illusi di potere fare a meno del carcere e di altre pratiche di sequestro istituzionale perché confidavamo in una società civile sufficientemente disciplinata e opulenta, la pratica dei servizi sociali in effetti è sempre stata a tal punto segnata dalla penuria di risorse da riuscire a farsi carico soltanto di trascurabili minoranze di bisognosi. Il punto, quindi, non è questo, non è mai stato questo. L'inclusione non si mai data, materialmente, attraverso il "carcere" o attraverso la "società civile", così come oggi l'esclusione non si determina attraverso la "guerra alla criminalità". Il carcere, la società civile e la guerra sono solo espressioni pedagogiche conformi a distinte "visioni del mondo".

A ben riflettere le pratiche e le ideologie penali e di controllo sociale nella storia moderna e contemporanea hanno sempre conosciuto un processo di diffusione ed espansione che alla fine riconduce (nel senso che aderisce) al punto di vista "dominante" (che tale è, perché sviluppatosi nei paesi egemoni) sulla questione criminale.

Come si devono trattare i delinquenti non è qualche cosa che nella modernità e nella contemporaneità sia mai stato lasciato indifferentemente alle contingenze nazionali. Nei fatti, il principio della non ingerenza nelle questioni interne non è mai riuscito a porre un argine all'imporsi culturale del punto di vista dominante sulla penalità. Infatti, il governo della questione criminale è una delle diverse espressioni del modo di intendere complessivamente l'ordine sociale e pertanto è per eccellenza la componente più preziosa che una cultura nel suo complesso esprime. Non deve stupire pertanto che la cultura storicamente egemone – nel caso che qui interessa, quella occidentale dei paesi economicamente più avanzati – tenda naturalmente ad imporsi e farsi progressivamente il "punto di vista" che conta universalmente.

Insomma: più o meno carcere nel mondo (un più o meno, ripeto, apprezzabile più "simbolicamente" che "materialmente") non sembra avere molto a che vedere con la criminalità, con l'ampliarsi o restringersi dell'universo di esclusi dal lavoro, con le variazioni nelle rap-

¹⁹ Uno dei libri più belli, e non solo più interessanti, che ho letto sulla questione criminale, scritto da chi criminologo non è e neppure storico del pensiero penalistico, ma tra i più riconosciuti critici di arte contemporanea, è l'opera sulla ricostruzione storica della deportazione inglese in Australia: D. HUGHES, *The Fatal Shore. The Epic of Australia's Founding*, splendidamente tradotto per i tipi della Adelphi, con il titolo *La riva fatale*, nel 1990.

presentazioni sociali della pericolosità nelle grandi “periferie” del mondo; o meglio ha anche a che vendere con tutto questo, ma nel senso che, nella presente contingenza storica, l'aumento della criminalità, il diffondersi dell'insicurezza sociale, le pratiche di esclusione imposte dal mercato, i nuovi processi di mobilità determinati dalla globalizzazione, la riduzione dello stato sociale, ecc., sono solo gli elementi attraverso i quali – *in primis* nella “capitale” – si costruisce, si impone e alla fine si diffonde universalmente una nuova filosofia morale, un determinato “punto di vista” sul bene e sul male, sul lecito e sull'illecito, sul meritevole di inclusione o di esclusione.

7. *De-carceration/ri-carceration* a confronto e un nuovo discorso pubblico sulla pena

Quanto sopra detto, in parte spiega come sia stato difficile prendere atto che le cose erano profondamente cambiate nel passaggio dalla penalità nel *welfare* alla penalità *post-welfare*. Con lo sguardo volto al passato e alle promesse di un possibile quanto ragionevole superamento dell'egemonia carceraria attraverso le politiche sociali dello stato sociale di diritto, si è faticato nel prendere atto che il nuovo che stava emergendo avrebbe ri-scoperto una nuova centralità della risposta detentiva alla criminalità. Insomma: si sognava ancora la de-carcerizzazione come processo che avrebbe portato al superamento del carcere, mentre la forte ripresa dei tassi di carcerizzazione dava testimonianza inconfutabile di un nuovo processo di ri-carcerizzazione.

Quindi la ri-carcerizzazione è stata tra le più importanti topiche di riflessione penologica di queste ultime due decadi. Descrivere il processo di ri-carcerizzazione è risultato sufficientemente facile. Non altrettanto comprendere perché la criminalità punita con il carcere, cioè la devianza cancerizzata, stava, per quanto contraddittoriamente, aumentando.

Nella parte prima (*Struttura sociale e processi decisionali*) del presente saggio dedicherò spazio sufficiente per esaminare criticamente i modelli esplicativi del nuovo boom carcerario. E da qui, tenterò di avanzare, proponendo un modello esplicativo della penalità per quanto concerne la sua dimensione quantitativa che possa reggere alle verifiche di una comparazione sincronica e diacronica dei tassi di carcerizzazione.

Nella seconda parte (*I discorsi pubblici sulla penalità, oggi*) esaminerò criticamente i contenuti del nuovo discorso pubblico sulla penalità. Come indica il modello esplicativo della carcerizzazione elaborato nella prima parte, i mutamenti determinatisi nel ciclo socio, politico ed economico, assumono specifiche letture della questione criminale che entrano in competizione con altre narrative. Nella competizione che si determina, alcune letture avranno la capacità di trasformarsi in discorsi pubblici sulla penalità, condivisi anche dalla maggioranza dell'opinione pubblica. Determinatesi questa situazione egemonica, è ragionevole attendersi che le agenzie istituzionali e burocratiche coinvolte nei processi di criminalizzazione primaria e secondaria, comincino a produrre quei livelli di penalità e di carcerizzazione adeguati al nuovo discorso sulla questione criminale.



PARTE PRIMA
STRUTTURA SOCIALE E PROCESSI DECISIONALI





CAPITOLO 1

IL GIROMONDO PENITENZIARIO

1. Un'icona penitenziaria e qualche facile calcolo

La crisi della pena moderna è in primo luogo misurabile nel suo grado di inflazione, esattamente come la moneta.

Nel 1890 Vincent Van Gogh dipinse un quadro di modeste proporzioni [80 x 64 cm.], nominato diversamente, ma dai più conosciuto come *La ronda dei carcerati*. Oggi lo si può ammirare nel Museo Puškin.

È un dipinto che, come alcuni altri, è entrato a fare parte dei *topoi* iconografici, non diversamente ad esempio dalla Gioconda di Leonardo, e pertanto è da tutti conosciuto, anche da coloro che non hanno particolare confidenza con la storia dell'arte.

Nello scenario claustrofobico di un passeggio o cortile interno di un carcere – sotto lo sguardo severo ed attento di guardie – è messo in scena l'immagine grottesca di alcuni detenuti (ne conto una trentina), goffi nei loro abiti quasi claueschi di carcerati di fine ottocento, segnati da volti ineбетiti, infantilizzati nel gioco della "ruota", il tutto al fine di comporre una sorta di grottesco girotondo.

Alcuni anni prima di dipingere questo quadro, il folle genio fiammingo a proposito del suo fare pittura, così si esprimeva: «Sia nella figura che nel paesaggio, vorrei esprimere non una malinconia sentimentale, ma il dolore vero». E come non convenire: *La ronda dei carcerati* trasmette un dolore vero.

Questa icona commiserevole della galera di più di un secolo fa mi è tornata sovente alla mente riflettendo sul carcere, oggi. E non perché essa possa rappresentare alcunché di realistico rispetto alla presente penalità, così come ben poco ci illustrano dell'attualità del carcere gli atlanti penitenziari di Lombroso. Quell'immagine mi sovviene per altro e di più marginale: è l'idea della ronda e del girotondo penitenziario che mi cattura ossessivamente, pensando ai processi di ri-carcerizzazione oggi nel mondo. E i percorsi della memoria e della fantasia si annodano, si sa, liberamente, per cui inconsapevolmente mi sono trovato a calcolare le dimensioni di un realistico girotondo di tutti i carcerati oggi nel mondo.

Le stime ufficiali calcolano che agli inizi del nuovo millennio coloro che si trovavano sul pianeta Terra penalmente privati della libertà erano di poco superiori agli otto milioni e settecentomila. Ma già nell'ottobre 2006 si stimavano avere superato la soglia dei nove milioni e trecentomila. Stime deficienti comunque per difetto. Alcuni Stati non forniscono statistiche aggiornate a questo proposito: di questi, possiamo per alcuni fondarci solo su

informazioni vecchie di più di dieci anni; per altri è prudente sospettare che le informazioni siano politicamente edulcorate. Per altri ancora è buio completo, in quanto i governi non offrono alcuna informazione (e questo avviene per paesi come la Corea del Nord, l'Eritrea, la Somalia, il Gabon e la Liberia). Ma non solo: la maggior parte degli Stati offre informazioni statistiche solo per quanto concerne la popolazione penale adulta, ovvero omette di indicare i tassi di internamento in istituzioni psichiatriche giudiziarie¹. Alcuni poi non prendono in considerazione alcune forme di detenzione amministrativa che in altri contesti normativi sono invece disciplinate penalmente².

Finalmente nell'ottobre del 2013 è stata pubblicata la decima edizione del *World Prison Population*³. Essa concerne ben 222 tra Stati indipendenti e territori dipendenti. Certo non tutti i problemi risultano risolti, ma sicuramente si deve brindare al decisivo salto di qualità e soprattutto di precisione della ricerca. Apprendiamo quindi che alla data di pubblicazione la popolazione detenuta a livello mondiale superava i 10,2 milioni. Più di un terzo di questi risulta ristretto penalmente in un numero assai limitato di paesi: USA (2,24 milioni), Russia (0,68 m), Cina (1,64 m., condannati definitivi). Se dovessimo poi a questa cifra totale aggiungere anche i 650.000 in custodia cautelare in Cina e i 150.000 sempre in custodia amministrativa in Nord Corea, dovremmo correggere in 11 milioni la cifra totale. Se il 54% di tutti i paesi e territori censiti conosce un tasso di carcerizzazione su 100.000 abitanti inferiore a 150, per una media mondiale di 144 su 100.000 se assumiamo la cifra totale pari a 10,2 milioni, mentre se utilizziamo quella di 11 milioni, il tasso di detenzione mondiale salirebbe a 155 detenuti per 100.000 abitanti del pianeta. A questo indice relativamente ancora moderato, fanno eccezioni ben pochi paesi, che possono però superare e di molte volte questo indice. Così, a fine 2013, gli USA potevano contare ben 716 detenuti su 100.000 abitanti, seguito da alcune piccole realtà territoriali come St. Kitts & Nevis con 714, Seychelles con 709, U.S. Virgin Is. con 539, Barbados con 521; segue poi Cuba con 510, Ruanda con 492, Anguilla - U.K. con 487, Belize con 476 e quindi la Russia con 475.

Gli indici di carcerizzazione sono assai diversi da continente a continente, e a volte anche tra parti diverse del medesimo continente. Così, in Africa, i paesi dell'ovest hanno un tasso medio di carcerizzazione di solo 46 detenuti su 100.000 abitanti, mentre nei paesi del Sud si raggiunge un indice pari a 205; nei paesi del Sud America abbiamo un indice di carcerizzazione pari a 202, mentre nei Caraibi lo stesso indice sale a 376; in Asia, ci sono paesi come l'India che vantano un tasso medio di carcerizzazione pari a 30, contro la media dei paesi dell'est Asia che raggiunge un indice pari a 159,5. Ma forti differenziazioni sono possibili riscontrare anche in Europa: la media nei paesi dell'Europa occidentale è di solo 98, ma se si

¹ Per alcune realtà nazionali – come, ad esempio, l'Italia – tacere dei condannati psichiatrizzati non altera di molto i tassi di carcerizzazione nel loro complesso, stante il peso trascurabile dei sottoposti a questo tipo di misura di sicurezza detentiva; diversamente, per altre realtà – penso *in primis* ai paesi della ex Unione Sovietica – questa “dimenticanza” rischia di falsare l'immagine quantitativa della pratica della segregazione penale. Lo stesso può dirsi per il diverso peso che la detenzione penale minorile può avere nei diversi contesti nazionali.

² Le pratiche di privazione e limitazione della libertà personale operate direttamente dalla polizia come misure di prevenzione sappiamo essere assai diffuse in molti paesi, in alcuni più delle pene stesse.

³ ICPS (International Centre for Prison Studies), *World Prison Population List*, 10^a ed., a cura di R. Walmleys, 2013.

aggiungano i paesi euro-asiatici come la Russia e la Turchia, l'indice sale a 225 detenuti su 100.000 abitanti. In Oceania (Australia e Nuova Zelanda) la media si attesta invece a 151.

In generale, la popolazione detenuta è cresciuta in tutti e cinque i continenti: negli ultimi quindici anni, l'incremento medio mondiale della popolazione detenuta è salito di poco più del 25%, ma nello stesso tempo la popolazione mondiale ha conosciuto un incremento di circa il 20%, per cui la popolazione carceraria mondiale ha avuto un aumento effettivo del 6% passando da 136 su 100.000 agli attuali 144.

Questi dati hanno un significato apprezzabile solo a livello di contabilità statistica, in quanto registrano i presenti nelle istituzioni penali a fine anno o comunque a giorno definito. Mediamente gli entrati ogni anno dallo stato di libertà in una istituzione di detenzione penale sono più numerosi⁴. Si può azzardare, ancora per difetto: ogni anno nel mondo, più di 25 milioni di persone conoscono una esperienza detentiva.

Bene: se 25 milioni di uomini si danno la mano, creano una fila lunga circa 50 mila Km. Sulla linea dell'Equatore si percorre quasi due volte il mondo. Se a questa fila si aggiungono anche coloro che sono penalmente limitati nella libertà⁵, essa potrebbe abbracciare quattro volte la Terra. Un gigantesco girotondo che abbraccia il mondo, una sorta di "giromondo penitenziario" composto da una colonna umana che solo per sfilare di fronte ad un attonito quanto paziente spettatore impiegherebbe diversi anni.

Alcuni utili strumenti aiutano a mettere a fuoco questa *overview of word imprisonment*: penso alla seconda edizione (ma di molto ampliata rispetto alla prima) del volume a cura di Dirk van Zyl Smit e Frieder Dünkel⁶ e il sito dell'International Centre for Prison Studies⁷.

Cerchiamo di ricavare da questa impressionante massa di dati solo alcuni, che – per quanto scarni – siano utili a tracciare le prime coordinate di un possibile atlante della carcerizzazione mondiale.

⁴ Anche se tecnicamente possibile non è di alcuna utilità calcolare il coefficiente a livello mondiale tra flussi annui di ingressi e presenze medie giornaliere in carcere. Per alcuni paesi (prevalentemente quelli europei occidentali, gli USA, il Canada e l'Australia), segnati da prassi giudiziarie volte a comminare pene detentive mediamente sempre più lunghe e nel contempo a non dare esecuzione alle pene detentive brevi, il rapporto è di circa 1 a 2, nel senso che i presenti a fine anno in carcere sono circa la metà di tutti coloro che hanno subito nell'anno una esperienza detentiva, e questo rapporto si sta progressivamente abbassando. Ad esempio, in Italia, nel 2012, le presenze in carcere a giorno fisso sono risultate superiori agli ingressi in carcere dallo stato di libertà determinatesi nel medesimo anno. Al contrario, in alcune realtà o in fasi storiche passate, è possibile assistere all'esecuzione di pene detentive brevi e brevissime (ad esempio di soli pochi giorni), e questo può determinare che i flussi a base annua siano e di parecchie volte superiori alle presenze a giorni fisso.

⁵ Anche in questo caso, il rapporto tra condannati a pena privativa e condannati a pena limitativa della libertà varia moltissimo da paese a paese. Così se per l'Italia, il rapporto oggi è di circa 2 condannati in carcere e frante di 1 in esecuzione di misura alternativa; per altre realtà – come i paesi scandinavi – esso può lievitare fino ad 1 su 5, vale a dire cinque condannati in esecuzione di pene o di misure in tutto o in parte alternative al carcere ogni condannato in esecuzione di pena detentiva.

⁶ D. VAN ZYL SMIT, F. DÜNKEL (eds), *Imprisonment Today and Tomorrow. International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*, Second Edition, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2001.

⁷ <http://www.prisonstudies.org/> (si raccomanda di fare tesoro della rubrica *links*, l'indirizzo oggi più ricco di siti che direttamente o indirettamente si occupano di questioni carcerarie).

Partiamo quindi con il riportare nella *Tavola 1* i dati più aggiornati sulle presenze carcerarie di 222 paesi, incluso la data del censimento, la popolazione nazionale stimata, nonché l'indice nazionale di carcerizzazione su 100.000 abitanti.

2. Lo spartiacque penitenziario nel mondo

Un primo accorgimento per semplificare e comparare tra loro paesi con popolazione diversa è appunto di riferirsi alla sola percentuale di detenuti su 100.000 abitanti. Se prendiamo come indice di riferimento solo il totale mondiale certo dei detenuti presenti giornalmente, possiamo facilmente calcolare che l'indice mondiale al 2013 è approssimativamente di 144 detenuti per 100.000 cittadini del mondo.

Questo semplice ed in sé inesplicito indice può essere utile per tracciare una sorta di spartiacque, per segnare quali sono i paesi che si attestano al di sotto e al di sopra di essa.

In primo luogo prendiamo atto che la metà delle nazioni del mondo registrano un indice di carcerizzazione inferiore a questa media (esattamente 110 su 221).

Significativamente l'intera Europa centrale e meridionale si attesta abbondantemente al di sotto di questo indice, conoscendo variazioni tra i singoli Stati comprese tra i 47 (vedi l'Islanda) e i 148 (vedi l'Inghilterra), per una media complessiva intorno ai 95 detenuti su 100.000. Anche altre realtà di così vaste proporzioni possono vantare una popolazione detenuta relativamente contenuta. Ad esempio l'Oceania, la maggior parte dei paesi dell'Africa centrale e occidentale unitamente a quelli dell'Asia meridionale con una media complessiva di soli 57 (necessita ricordare a questo proposito che l'India, con più di un miliardo di abitanti, registra solo un indice di 30 detenuti su 100.000 e la Cina, con un miliardo e seicento mila cittadini, denuncia un indice di 121).

Vediamo ora quali sono le realtà che si allontanano per eccesso dalla media ponderata nei tassi di carcerizzazione. In primo luogo gli Stati Uniti d'America con un indice pari a 716, cioè quattro volte la media mondiale; a breve distanza la Russia con un indice di 475 seguita da alcune ex repubbliche sovietiche orientali; intorno ai 400/500 detenuti per 100.000 si collocano molti paesi caraibici, come la stessa Cuba; seguono a distanza alcuni paesi dell'Africa meridionale intorno ai 300 e altri del Nord Africa e dell'Asia centrale vicino ai 200; ed infine vanno ricordati i paesi dell'Est Europa come la Polonia, la Repubblica Ceca e la Romania che registrano indici di carcerizzazione compresi tra i 200 e i 150 detenuti su 100.000.

Questa per quanto grossolana divisione del mondo rispetto alla media ponderata dei tassi di carcerizzazione ad un primo sguardo sembrerebbe essere assai poco intelligibile, nel senso che è difficile intuire la ragione o le ragioni di un ventaglio tanto ampio di differenziazione. Eppure, a ben riflettere, qualche cosa e di importante questi dati sono in grado di esprimere.

In primo luogo questa mappa, in negativo, dice molto.

Ci dimostra, ad esempio, che non è avvalorata l'ipotesi che mette in correlazione diretta i tassi di carcerizzazione con alcune variabili strutturali, quali la densità della popolazione, la composizione demografica per età, la ricchezza della nazione e il benessere economico dei cittadini.

Neppure le variabili politiche sembrano essere significativamente relazionate ai tassi di repressione, come i livelli di democrazia, i sistemi di governo e di rappresentanza.

Ancora. I sistemi normativi di riferimento non sembrano indicare relazioni significative con i tassi di carcerizzazione. Ad esempio il Canada e l'Australia, con tassi che oscillano intorno ai 118 e i 130 detenuti su 100.000 abitanti, conoscono una tradizione e un sistema di giustizia penale che in poco differiscono da quelli statunitensi, mentre i livelli di repressione

penale sono almeno sei volte inferiori. E non diversamente si deve argomentare per i paesi del Centro rispetto a quelli del Sud dell'America: nonostante sistemi di giustizia penale assai simili, i paesi centroamericani spuntano infatti tassi di carcerizzazione mediamente più elevati rispetto a quelli sudamericani.

Ed infine: i tassi di criminalità – per quanto riduttivamente “suggeriti” da quelli di delittuosità o criminalità apparente – non sembrano essi pure relazionati direttamente con quelli di carcerizzazione. Qualche istruttivo esempio: la Colombia – uno dei paesi con il più elevato tasso di omicidi volontari del mondo⁸, per altro afflitto anche da un livello di insicurezza da criminalità predatoria di notevoli proporzioni – ha un tasso di detenzione pari a 245 detenuti su 100.000 abitanti, mentre negli Stati Uniti d'America, ove i tassi di delittuosità sono assai simili a quelli che sono possibili, ad esempio, registrare in Inghilterra, con la sola eccezione degli omicidi da arma da fuoco corta in occasione di rapina⁹, contano una popolazione detenuto tre volte superiore a quella colombiana è sette volta superiore a quella europea. Peraltro i tassi di delittuosità in USA sono in sensibile recessione negli ultimi 10 anni, decennio nel quale la popolazione detenuta è quasi raddoppiata.

In positivo, possiamo invece ricavare una diversa informazione altrettanto utile: più di un terzo dell'intera popolazione detenuta mondiale si addensa in sole due aree – gli Stati Uniti d'America e le nazioni del vecchio Impero sovietico – vale a dire su un universo sociale di soli 500 milioni di abitanti. Se escludessimo quindi queste due aree eccezionali – che unitamente rappresentano solo un quattordicesimo della popolazione mondiale – il tasso medio di carcerizzazione del resto del mondo sarebbe significativamente inferiore a 100 detenuti su 100.000 abitanti.

Non è questa l'occasione per cercare di spiegare scientificamente l'eccezionalità americana e delle ex-repubbliche sovietiche per quanto concerne i tassi di carcerizzazione così fuori dalla norma. Posso solo ricordare che per quanto concerne gli USA esiste oramai una vastissima letteratura in merito¹⁰. Diversamente dicasi per la Russia e alcuni Stati ex-sovietici, dove non è facile consultare una saggistica scientifica che abbia approfondito la topica in esame. Recentemente – seguendo le indicazioni offerte, ad esempio, da A. Uss e A. Pergataia¹¹ – è possibile sospettare che questa eccezionalità sia da mettere in relazione con una

⁸ Le statistiche ufficiali colombiane registrano per il 2000 un totale di 26.280 omicidi volontari consumati, vale a dire un indice su 100.000 residenti pari a 73. L'Italia, sono oramai anni, oscilla intorno a 1 omicidio doloso consumato su 100.000 residenti. In verità, nel 2012, il tasso di omicidi si è ulteriormente abbassato a 0.5 su 100.000 abitanti, facendo dell'Italia uno dei paesi più sicuri della sicura vecchia Europa (che conosce una media di 2 omicidi su 100.000 abitanti). Insomma, il rischio che un residente italiano mediamente corre di venire intenzionalmente ucciso è quindi 150 volte più basso di quello sofferto da un residente colombiano, circa 9 volte di meno di un residente negli USA e circa 3 volte di meno di un residente in Francia o in Germania o in Inghilterra.

⁹ Come felicemente si esprimono F. ZIMRING, G. HAWRING, *Crime is not the Problem: Lethal Violence in America*, New York, Oxford University Press, 1997, con la sola e pur quanto significativa eccezione nei tassi di omicidio, gli USA conoscono tassi di delittuosità non superiori a quelli europei.

¹⁰ Sul punto tornerò diffusamente in seguito. Per ora basti la seguente essenziale bibliografia: A. BLUNSTEIN, J. WALLAN (eds), *The Crime Drop in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; E. CURRIE, *Crime and Punishment in America*, New York, Holt, 1998.

¹¹ A. USS, A. PERGATAIA, *Russia*, in D. VAN ZYL SMIT, F. DÜNKEL (eds), *Imprisonment Today and Tomorrow*, cit., pp. 551-88; ma altre informazioni utili al riguardo, si possono leggere

costante politico-economica e poi di riflesso culturale che segna queste realtà geopolitiche fin dai tempi zaristi: il ricorso al lavoro forzato e di massa come risorsa economica decisiva allo sviluppo economico. La realtà dei gulag e dei campi di lavoro è sempre stata una presenza costante degli ultimi due secoli. Ancora oggi, in Russia, su una popolazione detenuta di poco inferiore ai 700.000 detenuti, ben 500.000 condannati sono internati in colonie penali in cui vige il regime del lavoro coatto¹².

3. La crescita della popolazione detenuta mondiale nelle ultime decadi

La popolazione detenuta è cresciuta nel mondo a far corso dalla ultima decade del secolo passato e sensibilmente. La crescita non è però registrabile ovunque.

Complessivamente nei paesi sviluppati la lievitazione degli indici di carcerizzazione negli ultimi quindici anni si è attestata intorno al 45%: nelle Americhe il fenomeno è stato più radicale (nei sei paesi più popolosi, la crescita è stata sempre superiore al 80%); in Europa più contenuto, con solo metà dei paesi che hanno conosciuto incrementi superiori al 40%. Ma se prendiamo in considerazione i paesi in via di sviluppo – come ad esempio alcuni paesi africani ed asiatici – dobbiamo registrare anche crescite più rilevanti.

E questa tendenza alla crescita non sembra essersi definitivamente esaurita, anche se negli ultimi anni è dato assistere in molti paesi ad un rallentamento. Anche in questa diversa ipotesi, se è sufficiente agevole registrare la tendenza mondiale alla crescita nei tassi di carcerizzazione, più difficile risulta indicare un modello esplicativo del fenomeno stesso, che sia in grado di valere per contesti così diversi tra di loro.

Se infatti per alcune realtà del mondo occidentale (*in primis*: USA, Inghilterra) sono state avanzate ipotesi interpretative sufficientemente soddisfacenti del processo di *ri-carceration*¹³ – che avrebbe un po' ovunque nel Primo mondo della *fin de siècle passé* fatto seguito al processo di *de-carceration* che si era sviluppato dal secondo dopoguerra fino agli inizi degli anni ottanta¹⁴ – non ci sono evidenze che le medesime possano valere anche per le restanti nazioni del mondo.

Il differenziale così marcato nei tassi di carcerizzazione nel mondo induce quindi a sospettare che la pratica del carcere come risposta alla questione criminale sia la risultante di una pluralità molto ampia di fattori, la cui combinazione finisce per segnare con caratteri

in T.S. FOGLESON, P.H. SALOMON JR., *Crime, Criminal Justice and Criminology in Post-Soviet Ukraine*, in *Issues in International Crime*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Program, 2001.

¹² Secondo quanto riporta A. ZUBKOV, nel suo puntuale commento del 1997 alla legislazione penitenziaria della Federazione Russa, citato da A. USS, A. PERGATAIA, *Russia*, cit.

¹³ Più diffusamente in seguito avrò modo di affrontare questa topica. Per ora basti questo sintetico riferimento bibliografico: European Group for the Study of Deviance and Social Control, *The Expansion of European Prison Systems*, Belfast, 1986; B. HUDSON, *The Rising Use of Imprisonment: The Impact of Decarceration Policies*, in *Critical Social Policy*, 1984, n. 11; R. MATTHEWS, *Decarceration and Social Control: Fantasies and Realities*, in *International Journal of Sociology of Law*, 1987, n. 15; A. BLUMSTEIN, A.J. BECK, *Population Growth in U.S. Prisons, 1980-1996*, in M. TONRY, J. PETERSILIA (eds), *Prisons*, Chicago, Chicago University Press, 1999, pp. 17-62; M. TORNEY, *Why are Incarceration Rates so High?*, in *Crime and Delinquency*, 1998, pp. 419-36.

¹⁴ Per tutti, l'opera classica di A. SCULL, *Decarceration: Community Treatment and Deviance*, London, Spectrum, 1977.

di forte specificità le diverse realtà. Una specificità talmente radicale da indurre a ritenere che ogni realtà nazionale determini e quindi necessiti appunto solo di quella popolazione detenuta, la propria.

Questa posizione interpretativa, che alla fin fine è meno semplicistica di quanto possa apparire, riconosce quindi che si possa quantitativamente fare uso del carcere nel mondo in termini tanto diversi. Una diversità che rinvia alla storia (culturale, politica, economica, sociale, ecc.) dei singoli paesi e che non sempre può essere esaurientemente spiegata mettendo a confronto solo alcune variabili, per altro di quelle che possono essere in qualche modo misurate.

Ma questa ultima posizione critica – nei cui confronti, confesso, è andata per un certo tempo anche la mia simpatia¹⁵ – e che induce pertanto ad approfondire il tema della complessità della questione criminale e carceraria a livello locale, come se solo a questo livello fosse possibile comprendere il problema, si mostra in forte crisi di fronte all'incontestabile verità storica che a fare corso dalla decade degli anni novanta del secolo passato in poi la popolazione detenuta è aumentata, pur con intensità diversa, non in tutte, ma nella maggior parte delle dimensioni locali del pianeta.

4. Più in dettaglio: alcune variazioni sincroniche-diacroniche nei tassi di carcerizzazione nel mondo

Prima di avventurarci alla ricerca di modelli esplicativi, conviene ancora dettagliare meglio a livello descrittivo la mappa della carcerizzazione, mettendo in relazione non solo i differenziali nello spazio geografico, ma gli andamenti nei processi di carcerizzazione e quindi i differenziali nel tempo, a far corso dagli inizi degli anni novanta del secolo passato, cioè da quando, nella maggior parte dei paesi, è dato cogliere l'inizio del processo di ri-carcerizzazione.

Cominciamo dall'Europa.

4.1. I processi di carcerizzazione in Europa

Le quattro rappresentazioni grafiche (*Grafici 1.1a,b; 1.2a,b; 1.3a,b; 1.4a,b*) offrono un'immagine complessiva che possiamo per punti così descrivere:

1. Con la sola eccezione dei paesi della ex Europa socialista, tutti gli altri paesi europei sviluppano i loro processi di ricarcerizzazione negli ultimi 25 anni, significativamente al di sotto dei tassi medi mondiali di carcerizzazione (riportati nei grafici dalla linea nera tratteggiata). Solo la Turchia mostra di avere superato questa media mondiale nel 2010; mentre il Portogallo e la Spagna, dopo averla superata, hanno conosciuto una deflazione che li ha portati ad attestarsi al di sotto di questa.

2. I paesi del Nord Europa – con la sola per quanto rilevante eccezione dell'Inghilterra – si mantengono anche nel tempo a tassi di carcerizzazione più bassi di tutti gli altri paesi europei (posizioni distinte comprese tra i 40 e gli 80 detenuti su 100.000) e si può dire che non abbiano conosciuto nelle ultime tre decadi un reale processo di ri-carcerizzazione.

¹⁵ Aderendo a questa ipotesi, ho affrontato anche a livello di analisi esplicativa la statistica penitenziaria in Italia nel Novecento in *La criminalità punita: processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in *La criminalità* (Annali della Storia d'Italia, n. XII), a cura di Luciano Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 981-1031.

Siamo pertanto di fronte ad almeno sei paesi (Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia ed Irlanda) a tassi di carcerizzazione solo in leggero aumento, quasi stabili negli ultimi venticinque anni, mentre l'Inghilterra fa anche in questa diversa prospettiva eccezione, mostrando un crescita rilevante nel tempo.

3. L'area dei paesi europei meridionali è quella che ha nel complesso sofferto nelle ultime tre decadi del processo più spinto di ri-carcerizzazione in Europa. Agli inizi degli anni novanta i sette paesi europei presi in considerazione conoscevano tassi distinti di carcerizzazione compresi tra i 40 (Cipro) e i 100 (Spagna); nel 2013, gli stessi paesi si collocavano in un arco di posizioni comprese da 80 (Cipro) e più di 160 (Turchia). Alcuni paesi come la Turchia e Cipro conoscono crescite nelle ultime decadi di ben tre volte; anche i paesi che conoscono crescite più moderate come l'Italia e la Grecia, nello stesso arco di tempo conoscono una lievitazione degli indici di carcerizzazione di almeno il 40%.

4. I paesi dell'Europa Occidentale presi in esame, si pongono in posizione intermedia tra i paesi dell'Europa del Nord e i paesi dell'Europa del Sud. Complessivamente registrano un lieve aumento, ma all'interno di una certa stabilità nel tempo (esemplari in questo senso la Germania e la Svizzera, che mantengono grossomodo la stabilità). Solo l'Olanda palesa una forte instabilità: ai primi degli anni novanta è uno dei paesi al mondo a più basso indice di detenzione con 49 detenuti su 100.000, ma nel 2004 ha già triplicato la propria popolazione detenuto, toccando l'indice di 123 detenuti per 100.000, tra i più alti in tutt'Europa; segue poi dal 2004 al 2013 una forte contrazione, che permette di portarla ad 82 detenuti per 100.000.

5. I paesi più rilevanti della ex Europa socialista presi in considerazione si collocano invece prevalentemente al di sopra della media mondiale di carcerizzazione (fanno eccezione solo l'Albania e la Bulgaria), anche se sovente in favore di una tendenza alla de-carcerizzazione (vedi Romania) o comunque alla stabilità (Repubblica Ceca). La Polonia, la Slovacchia e l'Albania segnano invece una forte tendenza alla crescita della popolazione detenuta nelle ultime tre decadi.

4.2. I processi di carcerizzazione in Africa

I processi di carcerizzazione nel tempo e nello spazio del continente africano descritti nei cinque grafici (*Grafici 1.5a, b; 1.6a, b; 1.7a, b; 1.8a, b; 1.9a, b*), possono essere così sintetizzati:

1. Con le sole e pur rilevanti eccezioni offerte da tre paesi magrebini del Nord Africa (Marocco, Algeria e Tunisia) e da quattro paesi del Sud Africa (Sudafrica, Botswana, Swaziland e Namibia), il grande continente nero si segnala per una popolazione detenuta relativamente contenuta, significativamente attestata al di sotto della media mondiale nei tassi di carcerizzazione. Ma non solo: negli ultimi trent'anni, ben pochi sono stati i paesi che hanno mostrato significative crescite. Con le sole eccezioni del Marocco, dell'Algeria, e soprattutto dell'Angola e del Ruanda, nelle ultime tre decadi i restanti paesi africani hanno conosciuto o una stabilità o un apprezzabile decremento della popolazione detenuta.

2. Tutti i paesi dell'Africa occidentale, dove peraltro si addensa la stragrande maggioranza della popolazione africana, hanno un indice di carcerizzazione su 100.000 abitanti compreso tra i 30 e i 70 detenuti (tassi da far invidia alla mite e sicura Europa!). Ma in qualche modo altrettanto può dirsi per i paesi dell'Africa centrale, che con le sole eccezioni riguardanti il Camerun e l'Angola, conoscono un tasso medio di carcerizzazione oggi compreso tra i 20 e i 50 detenuti su 100.000 abitanti. Diversamente deve dirsi per i paesi dell'Africa Orientale, ma anche in quest'ipotesi, con la sola eccezione del Ruanda che ha

visto moltiplicare per cinque la propria popolazione detenuta nei soli ultimi vent'anni, i restanti paesi hanno tassi di carcerizzazione in decrescita e comunque tutti al di sotto dei tassi medi mondiali.

3. Giova tenere comunque presente che i tassi di carcerizzazione sono un indice significativo per misurare la penalità prevalentemente nei paesi occidentali e in quelli economicamente sviluppati, dove peraltro non esiste una vera e propria alterità alla pena detentiva, se non appunto in alcune misure alternative e in alcuni processi di diversione processuale. Ma tutto questo per la maggioranza dei paesi dell'Africa, con l'esclusione di alcuni del Nord e del Sud, non vale se non in termini ridotti. In molti paesi africani sono ancora fortemente presenti culture tribali che nei confronti degli autori di molte o alcune condotte illegali, praticano ancora sistemi punitivi a volte di tipo comunitario-vendicativo (vedi le pratiche diffuse di linciaggio), altre volte di tipo privato (vedi le pratiche mediatricie e compensative). In altre parole: pensare che l'autore di un di una condotta vietata meriti di essere privato per un *quantum* di tempo determinato della libertà personale, o che attraverso il sequestro di tipo istituzionale ci si possa difendere dalla criminalità e dalla recidiva, è per l'Africa in generale frutto dell'imposizione sofferta nell'esperienza di dominio coloniale da parte di alcuni paesi europei. Quindi, non deve stupire più di tanto, il contenuto utilizzo della pena detentiva ancora oggi in Africa. Se mai, è degno di nota prendere atto che esso non sia significativamente aumentato nelle ultime decadi.

4.3. I processi di carcerizzazione nelle Americhe

Se l'Africa è mediamente un continente che utilizza con parsimonia la pena carceraria e, pur con alcune rilevanti eccezioni, ma pur sempre eccezioni, mostra nel tempo di usarne sempre meno, il continente americano è, dal Nord al Sud, pur con indici diversi, lo spazio geografico del grande boom penitenziario di queste ultime tre decadi.

Leggiamo nel dettaglio i *Grafici 1.10a,b; 1.11a,b; 1.12a,b; 1.13a,b*.

1. Tutti i paesi delle Americhe del Nord, Centro, Sud e caraibici hanno conosciuto un aumento della popolazione detenuta negli ultimi 30 anni, con la sola eccezione di rilievo del Canada. Dei 34 paesi americani esaminati, solo 5 (Paraguay, Bolivia, Haiti, Guatemala e Canada) si attestano su indici di carcerizzazione inferiori, sia pur di poco, alla media mondiale. Tutti gli altri 29 la superano e sovente anche di molto.

2. Nella classifica mondiale tra i primi 50 paesi per tassi di carcerizzazione si contano ben 40 paesi del Continente americano; negli ultimi 50 paesi, solo 2. Gli USA, con 716 detenuti su 100.000, detengono il primato mondiale per tassi di carcerizzazione, anche se a far corso dal 2009 è dato registrare, dopo più di quarant'anni consecutivi, ad una flessione che lascia ad alcuni sperare in un'inversione nel *trend* di crescita. Comunque, nel 2013, gli USA con meno del 5% della popolazione mondiale, potevano contare circa il 25% dell'intera popolazione carceraria nel mondo. Lo stupefacente fenomeno del boom carcerario in USA di queste ultime decadi, accompagnato appunto da un incremento della popolazione penalmente ristretta di ben 7 volte, nasconde, ad un'analisi più attenta, profili di estremo interesse, che aiutano nell'orientarsi verso ipotesi esplicative del fenomeno. L'incremento della popolazione carceraria non ha segnato e non segna in egual misura tutti gli Stati della Federazione. In verità la lievitazione dei tassi di carcerizzazione a livello federale è stata ed è prevalentemente determinata da un numero assai contenuto di Stati del Sud, quali la Louisiana, il Texas, l'Arizona, l'Alabama, l'Oklahoma e pochi altri. Alcuni Stati della Federazione non hanno mai conosciuto alcun incremento significativo; altri, pochi, addirittura un de-

cremento. Gli stati del Sud che hanno determinato il boom penitenziario, sono tutti segnati non solo da una più elevata presenza di popolazione nera, ma soprattutto sono da sempre stati in cui la questione razziale è particolarmente sofferta. E unanimemente la dottrina ci avverte quanto sia rilevante il conflitto razziale nel determinare livelli elevati di carcerizzazione. Per limitarci agli USA, il tasso di carcerizzazione media di un statunitense di sesso maschile è oggi pari a 1 su 74 abitanti; ma se bianco e non ispanico, il rischio di finire in carcere si dimezza (1 su 147); al contrario, se è nero e non ispanico, si eleva a 1 su 24, vale a dire si moltiplica di ben sei volte. O altrimenti detto: ogni maschio americano – discendente dai deportati dall’Africa come schiavi – su 24 cittadini di colore, conosce annualmente l’esperienza carceraria. Questo consente di affermare che a tutt’oggi ci sono più neri in carcere che afro-americani iscritti all’università e che nell’arco della propria vita un americano di colore su quattro finirà per varcare le porte di un carcere.

3. Tra i paesi centro americani, tutti in significativo aumento nei processi di carcerizzazione, negli ultimi 23 anni, Messico, Guatemala e Nicaragua registrano un raddoppio della popolazione detenuta; Costa Rica e Panama una triplicazione; una quadruplicazione, infine, lo stato del Salvador. In area caraibica, Cuba e Barbados raddoppiano nel medesimo periodo di tempo la propria popolazione carceraria; gli altri fluttuano tra stabilità ed incrementi massimi del 50%; solo le Bahamas registrano una flessione. Nell’America Meridionale, il Brasile nostra un processo di forte ri-carcerizzazione (nell’ordine di 4 volte), seguito da Colombia, Perù e Uruguay (3 volte); ed infine da Bolivia ed Ecuador (due volte).

4.4. I processi di carcerizzazione in Asia

Il grande continente asiatico è tra tutti il più contraddittorio, ove si registrano alcuni paesi tra i più densamente abitati nel mondo, come India, Cina e Giappone, con indici di carcerizzazione tra i più contenuti a livello planetario e altri paesi, che superano più volte il tasso medio mondiale di presenze detenute su 100.000 abitanti. Ma esaminando con più attenzione i *Grfici 1.14a,b; 1.15a,b; 1.16a,b; 1.17a,b; 1.18a,b*, emerge un’immagine complessiva dei processi di carcerizzazione meno schizofrenica di quanto potrebbe a prima vista sembrare:

1. Nell’Asia centrale si addensano ex repubbliche socialiste, che come abbiamo già avuto modo di vedere per i paesi dell’Ex Europa socialista, alla caduta dell’Impero sovietico contavano tassi di carcerizzazione mediamente assai elevati, sempre e comunque abbondantemente al di sopra della media mondiale di carcerizzazione; poi a far corso dal 2000/2001, cominciano a ridurre ed anche significativamente i livelli di repressione carceraria. Così il Tagikistan finisce per primo per attestarsi ad un indice di carcerizzazione inferiore alla media mondiale.

2. Nell’Asia occidentale il solo paese che fa radicalmente eccezione alla media dei paesi dell’area è Israele, con un tasso di carcerizzazione decisamente elevato, che nel 2009 ha sfiorato i 300 detenuti su 100.000 abitanti, ora in consistente calo (nel 2013 ha ridotto i tassi di carcerizzazione a 225). Anche l’Arabia Saudita e gli Emirati arabi superano la media mondiale, sia pure ora in sensibile diminuzione.

3. Il solo paese del medio-oriente in forte crescita è l’Iraq; mentre Yemen e Siria sono in deciso calo, attestandosi a livelli tra i più contenuti al mondo (intorno ai 55 detenuti su 100.000).

4. I paesi dell’Asia centro-meridionale sono tutti ed abbondantemente sotto la media mondiale nei tassi di carcerizzazione, con la sola eccezione dell’Iran, sempre sopra la media mondiale ed attualmente al di sopra dei 250 detenuti su 100.000. Mentre l’India, il paese

più densamente abitato del mondo dopo la Cina, mantiene un tasso di carcerizzazione pari a 30 detenuti su 100.000 abitanti, qualche cosa come ventiquattro volte di meno degli USA.

5. L'Asia del Sud è tutta in crescita nei tassi di carcerizzazione, ma solo Singapore e Thailandia superano la media mondiale.

6. Ma è l'Asia orientale quella che mostra la tendenza più accentuata alla moderazione nella repressione carceraria. La stessa Cina, con un indice di solo 121, si attesta abbondantemente sotto la media mondiale, se non fosse che la Cina non offre alcuna statistica dei detenuti in attesa di giudizio, limitandosi a pubblicizzare quella sola dei definitivi. Ma il Giappone conferma la tendenza all'estrema mitezza della repressione penale in questa parte così significativa anche economicamente del continente asiatico con solo 51 detenuti su 100.000 abitanti. E la stessa Repubblica di Corea, con 99 su 100.000 si allinea ai tassi di carcerizzazioni europee.

4.5. I processi di carcerizzazione in Oceania

I Grafici 1.19a,b si occupano dei soli paesi dell'Oceania, con una popolazione superiore ai 500.000 abitanti. A superare la media mondiale di carcerizzazione ci sono la Nuova Zelanda che si attesta da tempo intorno ai 200 detenuti su 100.000 abitanti, seguita dalle Isole Fiji con 178. L'Australia con 130 già si colloca sotto la media mondiale. Ancor più lo stato di Papua Nuova Guinea con 48 detenuti e le Isole Salomon con 50.

5. Processi di ri-carcerizzazione e paradigmi esplicativi

Ritorniamo al punto di partenza: la popolazione detenuta è cresciuta nel mondo nelle ultime decadi e sensibilmente, non solo complessivamente, cioè come totale, ma nella maggior parte dei paesi.

Indichiamo, sia pure rapsodicamente, ma in termini critici, le ipotesi interpretative che sono state avanzate in letteratura per dare conto dei nuovi processi di ricarcerizzazione, con l'avvertenza che esse sono maturate non solo all'interno della cultura criminologica occidentale, ma con riferimento prevalente alle realtà di alcuni paesi, in prevalenza gli Stati Uniti d'America e l'Inghilterra.

Fondamentalmente le ipotesi avanzate sono state le seguenti.

A. I tassi di carcerizzazione sono aumentati perché è aumentata la criminalità a fare corso dagli anni settanta/ottanta del secolo passato. L'aumento della criminalità – in particolare se non prevalentemente quella di massa e di natura predatoria – viene messa in relazione, più o meno diretta, con distinti fenomeni, quali la crisi dei sistemi di *Welfare*, la lievitazione degli indici di disoccupazione, l'inasprimento dei sentimenti di deprivazione relativa da parte dei ceti marginalizzati¹⁶, la politica di criminalizzazione della droga¹⁷ e l'intensifi-

¹⁶ Sono le tesi sostenute in Inghilterra dagli autori che dalla metà degli anni ottanta sono stati riconosciuti come *leaders* di un "nuovo realismo di sinistra" in criminologia; cfr., J. LEA, J. YOUNG, *What Is Be Done About Law and Order?*, Harmondsworth, Penguin, 1984; R. KINSEY, J. LEA, J. YOUNG, *Losing the Fight Against Crime*, Oxford, Basic Blackwell, 1986; J. YOUNG, *The Exclusive Society*, London, Sage, 1999.

¹⁷ Cfr. P.J. GOLDSTEIN, B.D. JOHNSON, D.S. LIPTON, T. MILLER, E. PREBLE, J. SCHMEIDLER, B. SPUNT, *Taking Care of Business: the Economy of Crime by Heroin Users*, Lexington, Mass., Lexington Books, 1985.

carsi dei flussi migratori¹⁸. Quest'ipotesi esplicativa, a ben intendere, ha poco a che vedere con quella in precedenza esaminata, secondo la quale il differenziale comparato nei tassi di carcerizzazione nei diversi contesti locali in parte veniva messo in relazione significativa con quello nei tassi di illegalità criminalizzata. Questa ultima ipotesi è infatti facilmente contestabile come erronea, non rispondendo alla più semplice verifica statistica, come ho avuto modo di chiarire in precedenza. Diversamente dicasi per quella che vuole mettere in relazione significativa l'aumento della criminalità nel tempo con l'incremento dei tassi di carcerizzazione. In effetti, nelle ultime tre decadi in molti paesi, in particolare in quelli più sviluppati, la criminalità apparente, cioè quella espressa dai tassi di delittuosità, è aumentata. Nonostante ciò, questa ipotesi esplicativa offre il fianco ad almeno due serie critiche che ne inficiano sia pure solo in parte la validità. Vediamole: *a*) non conoscendo scientificamente la criminalità reale, mettere in relazione gli indici di quella solo apparente con i tassi di carcerizzazione, è metodologicamente erroneo perché la registrazione della illegalità manifesta oltre ad essere in ragione degli andamenti di quella reale, dipende da altre variabili altrettanto determinanti, quali la propensione denunciataria delle vittime e dei cittadini e il grado di efficienza delle agenzie repressive ed investigative, quali le forze di polizia e le agenzie giudiziarie. Si tenga presente che le ricerche vittimologiche e quelle sul *policing e sentencing* (nelle poche ipotesi in cui siano scientificamente fondate), con difficoltà riescono a quantificare con la dovuta precisione queste ultime due variabili; per di più, la tendenza maggioritaria espressa in dottrina¹⁹ in favore di una relativa costanza di queste nel tempo non può essere condivisa per ricerche che si dispiegano nell'arco di due decenni, perché purtroppo vent'anni fa queste ricerche non venivano condotte o se condotte lo erano con metodologie poi superate nel tempo. Ergo: allo stato attuale dell'arte è scientificamente problematico verificare l'ipotesi. *b*) Se è vero che alcune forme di delittuosità (cioè di criminalità conosciuta), *in primis* quella opportunistica e predatoria, hanno mostrato di incrementare nel tempo considerato in alcuni paesi, è altrettanto vero che esse sono lievitate con significative discontinuità: ad esempio negli USA, il forte aumento si è registrato solo nel periodo compreso dal 1975 al 1992, mentre in seguito si è conosciuta una significativa riduzione²⁰; in Italia, il forte incremento si è registrato negli anni 1986-1998, dopo di che anche nel nostro paese le statistiche della delittuosità hanno mostrato una tendenza recessiva²¹. Ciò nonostante i tassi di carcerizzazione hanno continuato a lievitare anche negli anni successivi a quello in cui si era raggiunto il c.d. soffitto delle delittuosità in entrambi i paesi.

¹⁸ Per quanto concerne l'Italia, pur con prospettive divergenti, vedi M. BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità*, Bologna, il Mulino, 1998; A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999; S. PALIDDA, *Devianza e criminalità tra gli immigrati*, Milano, Fondazione Ciriaco De Mita, 1994.

¹⁹ Condivide questa posizione ad esempio Marzio Barbagli, certamente in Italia lo studioso che più si è occupato di ricerche vittimologiche e di rappresentazione sociale della criminalità.

²⁰ Cfr., i saggi contenuti nel volume a cura di M. BARBAGLI, *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*, Bologna, il Mulino, 2000.

²¹ Cfr., la pubblicazione del Forum italiano per la sicurezza urbana, *Dieci anni di delittuosità e percezione della sicurezza nelle regioni italiane, 1991-2001*, Bologna, 2003.

B. La popolazione detenuta è cresciuta come conseguenza di legislazioni penali più repressive. Si tratta prevalentemente delle politiche criminali espresse dai governi conservatori negli anni '80 e '90 in USA, in Inghilterra e poi imitate da molti altri paesi, non ultimo l'Italia. In effetti, tutte queste politiche – indifferentemente se portate avanti da governi di destra o di sinistra – si sono contrapposte e si contrappongono a quelle tradizionalmente favorevoli alla cultura e alle prassi special-preventive, per una adesione alle ideologie neo-retribuzionistiche e di incapacitazione della pena, per cui sembrerebbe ragionevole sospettare un loro significativo contributo alla lievitazione della repressione penale e quindi anche di quella carceraria, e tutto ciò indipendentemente da significative variazioni negli indici di delittuosità. Anche di fronte a questa ipotesi interpretativa si possono opporre serie critiche: *a)* in primo luogo, quasi ovunque la stagione della legislazione ispirata al principio di “legge ed ordine” si è sviluppata in un contesto situazionale di aumento della delittuosità, per cui è impossibile riuscire a quantificare disgiuntamente il contributo all'aumento dei tassi di carcerizzazione determinato dalla lievitazione degli indici di criminalità da quello favorito da legislazioni penali più severe. *b)* È un dato fin troppo conosciuto per dovervi dedicare più che un fugace cenno che processi di criminalizzazione primaria più o meno ispirati a criteri di severità non necessariamente si traducono in processi di criminalizzazione secondaria altrettanto ed effettivamente severi. La storia italiana è a questo proposito illuminante e sul punto ho avuto modo di insistere in altra sede, a cui rinvio²².

C. La popolazione carceraria è aumentata in conseguenza di una maggiore severità delle agenzie preposte al processo di criminalizzazione secondaria. A dimostrazione di questa ipotesi interpretativa diverse ricerche mettono in risalto un aumento nella severità nel momento commisurativo della pena nei confronti delle medesime tipologie di reato e/o tipologie di autori, ovvero colgono come in molti paesi l'aumento della popolazione detenuta non sia imputabile ad un aumento delle pene detentive comminate e poi eseguite (anzi, di norma, in diminuzione un po' ovunque), quanto prevalentemente dal rilevante aumento delle severità delle pene, nel senso che sempre meno persone entrano percentualmente in carcere, ma vi permangono per periodi di tempo più lunghi²³. Le circostanze indicate sono corrette, ma esse alla fin fine non sono in grado di spiegare la dipendenza funzionale dell'aumento della popolazione detenuta dalla sola maggiore severità nel processo di criminalizzazione secondaria. Infatti, si può indirizzare contro

²² M. PAVARINI, *La criminalità punita*, cit.

²³ Il peso determinante nei processi di ri-carcerizzazione del fenomeno della maggiore lunghezza delle pene detentive comminate ed eseguite, trova costante verifica in diversi contesti nazionali. Per gli USA, cfr. G. WILSON, F. VITO, *Long-term Inmates Offenders: Special Needs and Management Considerations*, in *Federal Probation*, 1988, n. 52, pp. 21-26; D.L. MCKENZIE, D. GOODSTEIN, *Long-term Incarceration Impacts and Characteristics of Long-term Offenders*, in *Criminal Justice and Behaviour*, 1985, pp. 234-259; per la Francia, vedi C. FAUGERON, *Prisons in France: Stalemate or Evolution*, in D. VAN ZYL SMIT, F. DÜNKEL (eds), *Imprisonment Today and Tomorrow*, cit., pp. 249-73; per l'Inghilterra, cfr. D.A. THOMAS, *Criminal Justice Act 1991: Custodial Sentences*, in *Criminal Law Review*, 1992, pp. 232-241; per la Germania, vedi J. FEEST, *Reducing the Prison Population, Lessons from the West German Experience*, in J. MUNCIE, R. SPARKS, *Imprisonment European Perspectives*, London, 1991, pp. 131-45.

questo modello esplicativo quanto criticamente argomentato nei confronti del secondo modello, vale dire che: *a*) sovente le fasi di ricarcerizzazione sono accompagnate sia da un aumento della delittuosità (ripeto: delittuosità, non criminalità), sia da una legislazione penale più draconiana, sia infine da una maggiore severità delle agenzie della criminalizzazione secondaria, ragione per cui, alla fine, non è possibile valutare il contributo di ciascuna di questi fattori rispetto al fenomeno studiato; *b*) una crescita della delittuosità accompagnata anche da un aumento della severità *in the books* non spiegano (nel senso che la circostanza della compresenza non è una spiegazione) anche una lievitazione della severità *in the facts*²⁴. Peraltro, anche la verifica empirica della correlazione significativa tra due o più variabili non è mai o non è ancora una spiegazione. E siamo di nuovo, punto a capo.

D. A fronte di queste modelli esplicativi di tipo monocausale – per tacere di quelli sincretici o a pluricausalità additiva – si contrappongono quelli che rinviano al paradigma della costruzione sociale²⁵. Percorriamo, a livello esemplificativo, il segmento “a valle” del processo esplicativo comune alla maggior parte dei modelli che si richiamano a questo paradigma, per offrire solo in un secondo momento l’indicazione di alcune delle opzioni causali indicate “a monte”. Si può concordare che nell’ultimo ventennio del secolo passato si è progressivamente diffuso nella società civile un sentimento di insicurezza sociale che ha finto per tradursi in una domanda di maggiore severità a cui il sistema penale ha finito per rispondere elevando la soglia di repressione. Se all’origine di questa ondata di panico sociale securitario²⁶ vengono individuati – pur attribuendo ad essi pesi specifici diversi – vuoi l’aumento della criminalità predatoria, vuoi le cause che sono alla base dell’aumento della stessa (vale a dire la crisi delle politiche assistenziali, l’aumento della disoccupazione, i flussi incontrollati di nuova immigrazione, ecc.), si finisce per avallare l’ipotesi secondo la quale l’aumento dei tassi di carcerizzazione può comprendersi come effetto di

²⁴ Cfr. M. PAVARINI, *Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”?* *Discutendo con Luigi Ferrajoli*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, n. 3, pp. 124-56.

²⁵ A ben intendere i modelli esplicativi che fanno riferimento al paradigma della costruzione sociale [per tutti, cfr., M. SPECTOR, J. KITSURE, *Constructing Social Problems*, Chicago, Chicago University Press, 1986] rimangono, nonostante tutto, ancora compromessi con un modello eziologico, per quanto sembrerebbero a volta a volta a questo contrapporsi; solo che essi rinviano ad un principio causale di grado superiore che si ritiene possa determinare quella particolare costruzione sociale della realtà capace di dare significato anche al fenomeno particolare che si vuole appunto comprendere. Pertanto, correttamente, si deve parlare di modelli esplicativi che si fondano sul paradigma della costruzione sociale al plurale, essendo quantomeno diverso il peso di volta in volta attribuito alla sistema di cause e relazione tra esse che determinano quella particolare costruzione sociale. Certamente al paradigma della costruzione sociale della realtà si deve riconoscere un grado (più) elevato nella comprensione dei fenomeni in quanto capace di dare conto della complessità degli stessi. Non si può nascondere, altre volte, che il riferimento a questo paradigma operi da alibi per non impegnarsi in una ricerca analitica più puntuale ovvero per accreditare un’immagine spesso confusa in cui tutto alla fine si spiega perché tutto finisce per dovere rispondere alla medesima costruzione, finendo così per riproporre una visione “idealistica” e assai poco scientifica della realtà. Riconosco che questo ultimo pericolo criminale è stato sovente percorso dai criminologi.

²⁶ Di una letteratura sul tema oramai alluvionale, ancora insuperabile per acutezza di analisi rimane a mio avviso S. ROCHÉ, *Le sentiment d’insécurité*, Paris, PUF, 1993.

una determinata costruzione sociale all'interno della quale un ruolo fondamentale hanno sia i mezzi di comunicazione di massa, sia il sistema della politica *tout-cour*²⁷. Quale, a questo punto, l'origine del determinarsi di questo nuovo "clima sociale" che finisce per richiedere maggiore repressione e quindi anche maggiore carcerizzazione? Recentemente, per limitarsi al nostro paese, Alessandro de Giorgi²⁸, riprende ed approfondisce le conosciute tesi delle esigenze di governo della popolazione eccedente conseguenti alle scelte economiche neo-liberiste in un contesto di relazioni sociali segnate dalla globalizzazione. La presente epoca sarebbe quindi segnata dal passaggio dalla retorica e dalle prassi del *wel-fare* a quelle definite del *prison-fare*. La crescita della moltitudine degli esclusi politicamente rende irrealistico il progetto di un ordine sociale inclusivo. È la stagione della crisi dell'ideologia della prevenzione speciale positiva e dell'emergenza delle ideologie e delle prassi di incapacitazione dei marginali, oramai intesi come *underdog class*²⁹, in piena sintonia con la teorizzazione di un "diritto penale del nemico"³⁰. Melossi³¹, ad esempio e sempre per rimare nel dibattito italiano, segue questa tesi fino ad un certo punto, cogliendone criticamente l'approssimazione economicistica: il nuovo modello di sviluppo socio-economico nella produzione di crescenti eserciti industriali di riserva non è "naturalmente" aperto solo alla opzione di una loro ulteriore esclusione attraverso la politica di un nuovo grande internamento di elisabettiana memoria, ma piuttosto è il governo politico oggi dominante di questa trasformazione che impone come ideologicamente preferibile escludere che includere, non certo perché si confidi di potere socialmente controllare tutti gli "eccedenti" attraverso la repressione penale e carceraria, quanto piuttosto perché la risposta offerta dalla criminalizzazione della povertà è simbolicamente e quindi pedagogicamente coerente alle avvertite necessità di affermazione delle nuove virtù neo-liberiste: una sorta di nuovo puritanesimo culturale³², che determinerebbe la produzione continua di "crociate morali" con pesanti riflessi anche nelle politiche criminali, di cui la *drug war* della seconda metà degli anni settanta segnerebbe tanto l'epifania quanto il modello paradigmatico a cui in seguito si sono venute ispirando tutte le politiche che si richiamano al bisogno di elevare la morale dei costumi anche attraverso una forte ripresa dell'idea della meritevolezza del castigo. Ma si può anche, sia pure in parte, diversamente argomentare, riferendosi alle vecchie teorie degli esclusi dalla disciplina del lavoro come *classes dangereuses*: sappiamo che le società sembrano atteggiarsi sempre in due modi op-

²⁷ Cfr. A. GARAPON, D. SALAS, *La République pénalisée*, Paris, Hichette Livre, 1996.

²⁸ A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, Derive Approdi, 2000; *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Verona, Ombre corte, 2002.

²⁹ Sul punto, rinvio al mio contributo, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI, *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli Editore, 2002, pp. 255-304.

³⁰ È questo un tema oggi particolarmente dibattuto nella scienza penalistica. Da ultimo, sul punto, cfr. G. JAKOBS, M. CANCIO MELIA (a cura di), *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2003; R.E. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. 1: *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 757-786.

³¹ Cfr. D. MELOSSI, *Discussione a mo' di prefazione: postfordismo e ciclo di produzione della "canglia"*, prefazione a A. DE GIORGI, *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, cit.

³² Il riferimento è all'opera oramai classica di K.T. ERIKSON, *Wayward Puritans: A Study in the Sociology of Deviance*, New York, Wiley, 1966.

posti di fronte a chi è avvertito come pericoloso: o sviluppando un atteggiamento cannibalesco, cercano di fagocitare chi è avvertito in termini di ostilità, nella speranza così di neutralizzarne la pericolosità attraverso l'inclusione nel corpo sociale; o esasperando le pratiche di vero e proprio rifiuto atropemico, vomitando al di fuori di sé tutto ciò che è socialmente avvertito come estraneo³³. Ma ogni società, ed anche la presente, è ugualmente afflitta sia da anoressia che da bulimia, cioè ogni organizzazione sociale – ripeto: anche la presente – esclude ed include nel medesimo tempo, determinando contingentemente una soglia di tolleranza, oltre alla quale non c'è più inclusione, ma solo esclusione. Certo, oggi, registriamo un avanzamento della frontiera della esclusione che lascia sospettare un avanzamento delle pratiche sociali ed istituzionali ispirate all'intolleranza. Ma potrebbe essere solo una fase contingente, dettata ad esempio dalle difficoltà momentanee di governare i nuovi conflitti a fronte di un progressivo processo di esternizzazione della disciplina sociale³⁴, costretta sempre più a rinunciare alle forme di controllo endogene in favore di quelle esogene. O ancora, più recentemente e sempre con riferimento all'Italia, si attribuisce³⁵ al ruolo dominante avuto dall'ideologia neo-liberista nell'accompagnare il processo di globalizzazione, in nome di una flessibilità che si è risolta in precarietà economica e sociale e che a sua volta ha alimentato una domanda di disciplina sociale della marginalità sociale, la ragione di fondo del processo di ri-carcerizzazione di queste ultime tre decadi. Sempre a livello esemplificativo, possiamo ancora ricordare la tesi di Christie³⁶, secondo la quale all'origine di questa stagione di ricarcerizzazione, almeno o soprattutto per quanto concerne gli USA, andrebbe individuato il progressivo e determinante peso politico del settore, tanto pubblico quanto privato, interessato al *business* penitenziario, comparto economico in forte espansione che non diversamente da quello militare costituisce oggi una delle lobbies politiche più influenti nelle politiche nazionali ed internazionali.

E. A prescindere dall'ipotesi esplicativa che può risultare – a seconda delle opzioni ideologico-politiche o scientifiche – più convincente, non c'è dubbio che tutte hanno un grado più o meno elevato di plausibilità con riferimento però solo ad alcune realtà nazionali, prevalentemente gli Stati Uniti, alcuni paesi europei, e pochi altri comunque occidentali, ove effettivamente è dato registrare negli ultimi vent'anni sia un aumento significativo di alcune forme di illegalità, sia un cambiamento nelle politiche criminali in senso più repressivo, sia infine il determinarsi di fenomeni più o meno diffusi di allarme sociale. Come più volte accennato, la compresenza di tutti questi fenomeni non consente in linea di massima di verificare in termini funzionali precisi se e eventualmente come ognuna di queste variabili – aumento della criminalità, maggiore severità nelle politiche criminali e diffusione dell'allarme

³³ Utilizza efficacemente questa immagine – riprendendola da Lévi-Strauss – J. YOUNG, in *Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, London, Sage, 1999.

³⁴ Sul punto, cfr. D. GARLAND, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, Chicago University Press, 1990, nella sua lettura critica del contributo offerto da Elias alla teoria della pena.

³⁵ Cfr. S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2012.

³⁶ N. CHRISTIE, *Crime Control As Industry: Towards Gulags Western Style*, London, Routledge, 1994.

sociale – determini o influenzi la lievitazione nei tassi di carcerizzazione. D'altra parte le tesi che si richiamano al paradigma della costruzione sociale, per quanto possano interessarci perché più sofisticate intellettualmente, alla fin fine insistono sulla presenza egemonica di alcuni fattori economici, politici e culturali – dalla produzione di popolazioni eccedenti alla necessità di imporre una nuova etica, dal ruolo delle *lobbies* del settore militare e di controllo alla crisi irreversibile delle forme di controllo sociale endogene – che sono certo presenti e determinanti, ma solo in alcune aree geo-politiche e non in altre. Ma uno sguardo a livello mondiale, ci mostra come i tassi di carcerizzazione siano lievitati, pur con diverso accento, un po' ovunque, anche in contesti nazionali molto distanti – economicamente, politicamente e socialmente – da quanto occorso in alcuni paesi *leader* del Primo mondo. Infatti, con la sola eccezione degli USA, la crescita mondiale nei tassi di carcerizzazione ha segnato prevalentemente i paesi in via di sviluppo.

Non dubito che gli addetti al lavoro (politici, giudici, poliziotti e criminologi che siano) di ogni singolo paese del mondo potrebbero rispondere alla domanda: «Perché i tassi di detenzione nel tuo paese sono aumentati in questi ultimi anni?». Non dico che la risposta sarebbe in grado di soddisfarmi, ma una risposta comunque mi verrebbe prontamente data.

Faccio tesoro della mia esperienza di docente in alcune università del sud e centro America. Le risposte che ho ricevuto alla mia domanda, da colleghi e da professionali, sono sempre state le stesse, le medesime che in verità vengono offerte in tutto il mondo, a seconda della “visione del mondo” dell'interrogato: «La criminalità è aumentata», «I governi hanno adottato politiche più repressive», «La gente ha sempre più paura della criminalità». E qualche interlocutore più colto, ma non per questo più perspicace, a volte si è spinto oltre, richiamando alcune tesi offerte da qualche brillante criminologo del Primo mondo, ma tesi che palesemente apparivano sconvenienti nel dare conto della realtà del suo paese.

È singolare che vengano fornite ovunque e sempre le stesse risposte, anche se è difficile accettare che la criminalità sia aumentata ovunque, anche perché esistono elementi di fatto – come i tassi di delittuosità – che ci dicono che ciò non si è in assoluto e sempre verificato; ovvero che ovunque siano state adottate politiche criminali e penali più repressive, perché neppure ciò corrisponde al vero (si veda in questo senso il movimento di riforma per un “diritto penale mite” che ha segnato nelle ultime decadi alcune democrazie europee, come la Spagna, il Portogallo e la Germania); e che in tutto il pianeta la gente improvvisamente abbia cominciato all'unisono ad avere sempre più paura del crimine, perché così storicamente non è stato.

A ben riflettere le pratiche e le ideologie penali e di controllo sociale nella storia moderna e contemporanea hanno sempre conosciuto un processo di diffusione ed espansione che alla fine riconduce (nel senso che aderisce) al punto di vista “dominante” (che tale è, perché sviluppatosi nei paesi egemoni) sulla questione criminale. La stessa invenzione penitenziaria del diciottesimo secolo, nata nel contesto delle prime economie capitaliste e a quel sistema economico così profondamente e strutturalmente vincolata, si è poi ben presto imposta in tutto il mondo, per cui, ancora oggi, assistiamo con una certa meraviglia all'edificarsi di carceri panottiche nell'India del XIX secolo o in alcuni stati caraibici o africani, a quel tempo dominati da rapporti di tipo feudale. In seguito, la stagione delle alternative alla pena detentiva, in forte dipendenza con l'imporsi in alcuni contesti nazionali occidentali delle politiche di *Welfare*, si è diffusa ovunque, anche ove non c'era, e mai in seguito neppure si conoscerà, un fantasma di stato sociale. Eppure, mi è sovente capitato di dovere dissertare di *probation* con alcuni operatori penitenziari, ovvero con alcuni politici e penalisti di *white*

collar crime, in paesi in via di sviluppo nei quali le uniche effettive modalità di controllo sociale erano ancora, e ben evidenti, la pratica illegale della pena di morte da parte della polizia o il linciaggio, ovvero quella sistemica della corruzione. E gli esempi, solo avendo un po' di pazienza e di memoria, sono numerosi. Si pensi, per venire a fatti a noi più prossimi, al diffondersi di politiche penali di forte repressione della droga in contesti locali in cui il consumo di alcune di esse era ed è da sempre un fatto socialmente accettato; ed ancora, all'espandersi di legislazioni per la repressione della pedofilia anche dove storicamente e culturalmente i rapporti sessuali tra adulti e minori erano e sono un costume diffuso e non problematico. Forse non è un'esagerazione ritenere che, almeno a fare corso dagli anni '50 del secolo passato, in significativa coincidenza con l'emergenza degli Stati Uniti d'America come "capitale" economicamente, politicamente, culturalmente egemone nel mondo non comunista, con ben poche eccezioni, le sole politiche di controllo sociale che si sono imposte universalmente sono state quelle veicolate attraverso il processo di americanizzazione della "periferia".

Mi rendo conto di dire una cosa alquanto banale, ma di quella specie particolare che forse perché percepita come tale ad essa non si presta la dovuta attenzione. Non è detto che una idea perché lapalissiana non sia buona, almeno credo. Come si devono trattare i delinquenti non è qualche cosa che nella modernità e nella contemporaneità sia mai stato lasciato indifferentemente alle contingenze nazionali, sia pure nel riconoscimento formale della non interferenza nelle questioni interne. Nei fatti, il principio della non ingerenza nelle questioni interne non è mai riuscito a porre un argine all'imporsi culturale del punto di vista dominante sulla penalità. Infatti, il governo della questione criminale è un'espressione del modo di intendere complessivamente l'ordine sociale e pertanto è per eccellenza la componente più preziosa che una cultura nel suo complesso esprime. Non deve stupire pertanto che la cultura storicamente egemone – nel caso che qui interessa, quella occidentale dei paesi economicamente più avanzati – tenda naturalmente ad imporsi e farsi progressivamente il punto di vista che conta universalmente.

Certo il grado di coerenza nell'importazione progressiva di questo punto di vista in contesti culturali distanti e disomogenei è assai differenziata: per alcuni è immediata per altri invece è confusa e compromessa con la sopravvivenza di altre modi di intendere e praticare la questione del governo dell'ordine sociale. Ma pur sempre, alla fine, questo punto di vista dominante esterno conquista un suo spazio di effettività e visibilità, sia pure insieme ad altri. Perché, infatti, in molte realtà del mondo in cui la libertà dei più e in particolare delle maggioranze emarginate non ha mai avuto un valore economico, da almeno due secoli di fatto si punisce anche attraverso la privazione della libertà? Perché di fatto si accetta in queste realtà la contraddizione di dovere sia pure malamente mantenere chi finisce in carcere, quando le classi sociali da cui questi detenuti provengono muoiono di fame, contraddicendo così la regola aurea dell'internamento carcerario, cioè la legge della *less eligibility* che impone di differenziare la qualità della vita tra poveri onesti e poveri disonesti? E che dire, della diffusione delle garanzie processuali (certo: a parole, ben più che nei fatti) in realtà sociali segnate profondamente da rapporti sociali di servitù? I modelli dominanti in politica criminale insomma penetrano ovunque, come l'abitudine di bere Coca-Cola. Poi, certo, accanto a questa, si continuerà ancora, in molte realtà, a masticare foglie di coca, a bere vino, a sorseggiare tè, a fumare tabacco. Ma attenti: sempre meno.

Insomma: più o meno carcere nel mondo (un più o meno, ripeto, apprezzabile più simbolicamente che materialmente) non sembra avere molto a che vedere con la criminalità, con l'ampliarsi o restringersi dell'universo di esclusi dal lavoro, con le variazioni nelle rappresentazioni sociali della pericolosità nelle grandi periferie del mondo; o meglio ha anche a che vedere con tutto questo, ma nel senso che, nella presente contingenza storica, l'aumento della criminalità, il diffondersi dell'insicurezza sociale, le pratiche di esclusione imposte dal mercato, i nuovi processi di mobilità determinati dalla globalizzazione, la riduzione dello stato sociale, ecc., sono solo gli elementi attraverso i quali – *in primis* nella “capitale” – si costruisce, si impone e alla fine si diffonde universalmente una nuova filosofia morale, un determinato punto di vista sul bene e sul male, sul lecito e sull'illecito, sul meritevole di inclusione o di esclusione.





CAPITOLO 2

PER UN MODELLO ESPLICATIVO DELLA CARCERIZZAZIONE IN PAESI DEMOCRATICI ED ECONOMICAMENTE SVILUPPATI

1. Struttura sociale, egemonia e apparati istituzionali-burocratici

Il capitolo precedente, nel palesare l'elevata disomogeneità dei tassi di carcerizzazione nel mondo, induce quantomeno ad una certa cautela nell'ipotizzare la possibilità di un modello esplicativo unico, sufficientemente condiviso e scientificamente valido dei differenziali punitivi. Per questa ragione, non affermo aprioristicamente che l'interrogarsi stesso sulla fattibilità di una penologia comparativa sia scientificamente sensato nel presente momento storico. Questo ovviamente non pregiudica che i processi di carcerizzazione, come di qualsiasi altro fenomeno sociale, siano determinati e che quindi esista una spiegazione scientifica in grado di dare conto del perché si punisca con il carcere di più o di meno nello spazio e nel tempo. E che quindi abbia un preciso significato scientifico procedere anche alla comparazione, come terreno di verifica imprescindibile alla comprensione scientifica della penalità come fatto sociale. Ma, d'altra parte, non ritengo che lo stato attuale della scienza penologica sia pervenuta a quel grado di conoscenza ed elaborazione sufficienti per avanzare questo modello esplicativo. In parole più semplici: in giro per il mondo, non ho trovato ancora chi sia in grado di spiegarmi "esaustivamente" le ragioni del differenziale punitivo. Ma, in giro per il modo, nonostante tutto, circolano alcune apprezzabili e sofisticate ipotesi esplicative in grado di farmi capire qualche cosa – non so ancora se molto o poco – capace comunque di superare quello stato di stupefazione di chi finisce per rifiutare di comprendere "la penalità come fatto", quasi fosse l'esito di un'imponderabile cabala.

Quindi se non l'ordine, qualche cosa di più ordinato della disomogeneità e discontinuità dei dati quantitativi raccolti da un approccio descrittivo alla penalità.

Suggerisco di procedere come segue¹:

1. Si legga la *Tavola 2*. Essa indica per grosse e forse ancora grossolane classi, le variabili strutturali (economiche, politiche, istituzionali, giuridiche e criminali) che, in ragione degli studi criminologici compiuti, si sono mostrate "rilevanti", sia pure a volte solo contingentemente e in parte, nella determinazione dei livelli di penalità. È certo, comunque, che nessuna di queste variabili di per sé sola sia in grado di reggere ad un approccio corporativistico, nel senso che essa, da sola, non "spiega", sempre ed ovunque, il determinarsi dei differenziali di

¹ Seguo in parte il modello proposto da M. CAVADINO, J. DIGNAN, *Penal Systems. A Comparative Approach*, London, Sage, 2006, Part 1: *About Comparative Penology*.

repressione carceraria. E già questa consapevolezza scientifica “in negativo”, segna un avanzamento scientifico significativo.

2. Si tratta ora di assumere l'insieme di queste variabili come criterio di determinazione di insiemi di contesti nazionali e/o di momenti storici omogenei. Omogeneità, ovviamente relativa, ma pur sempre significativa. Così, ad esempio, le variabili economiche, politiche e sociali complessivamente intese consentono di definire alcuni paesi europei come relativamente omogenei con alcuni paesi nord-americani; ovvero consente di comparare alcuni paesi del Centro e Sud America in via di forte sviluppo economico, con alcune realtà nazionali asiatiche. In via di prima approssimazione, una volta determinati alcuni *clusters* relativamente omogenei da un punto di vista socio-politico ed economico, dovremmo attenderci che tanto più è elevato l'indice di omogeneità tanto più simili dovrebbero risultare i tassi che descrivono nel presente storico i processi di carcerizzazione dei singoli paesi in esame. In parole semplici: se il paese A e il paese B, nella contingenza storica X, mostrano un elevato grado di omogeneità politico-economico-sociale-culturale, è ragionevole attendersi che abbiano anche indici simili di repressione penale.

3. Al livello di cui sopra da tempo ci si è scientificamente attestati. Ma spesso, questo secondo passaggio si è poi trasformato nel definitivo capolinea, perché paesi e sistemi socio-politico e economici assai simili, a volte, incontravano, come ancora incontrano, esiti sanzionatori macroscopicamente tra loro distanti. Ora, invece di abbandonare delusi l'ulteriore ricerca, si tratta di procedere ad una più attenta determinazione delle variabili che rendono più o meno omogenei gli insiemi dei paesi e/o dei momenti storici presi in esame.

4. Ed è proprio nella ricerca di quanto oltre alle originali variabili strutturali, politiche e culturali rendono più o meno comparabili paesi e momenti storici, che si colloca l'ulteriore passo in avanti nella ricerca.

Si scopre e di riflesso si teorizza, che la determinazione in grado di offrire una più avanzata ipotesi esplicativa del differenziale dei tassi carcerari, sottostà al verificarsi di due condizioni ambedue necessarie, ma singolarmente non sufficienti. In prima approssimazione possiamo convenire che i tassi di carcerizzazione siano in ragione: *a*) dell'interazione complessiva di specifiche variabili socio-politico-economiche o altrimenti detto di come si realizza il ciclo socio-politico ed economico di un determinato paese in un determinato momento storico; e *b*) di come l'interazione delle variabili strutturali di cui sopra favorisca l'emersione di un discorso pubblico sulla questione criminale e sulla pena sempre più egemonico, al punto da orientare i processi decisionali delle agenzie tanto della criminalizzazione primaria che secondaria in favore di un determinato orientamento repressivo.

Due sono i macro-fattori condizionanti i processi decisionali in tema di criminalizzazione e carcerizzazione: il contesto di organizzazione politico-burocratica all'interno del quale si prendono le diverse decisioni; e la produzione, organizzazione e diffusione di determinate conoscenze sulla questione criminale e il processo attraverso il quale solo alcune diventano prevalenti in una determinata contingenza².

² Il riferimento obbligato a questo proposito rimane il saggio di J. SAVELSBURG, *Knowledge, Domination and Criminal Punishment*, in *American Journal of Sociology*, 1994, 99, pp. 911-943, poi

Per conoscenza possiamo intendere qualsiasi idea o credenza normativa che una collettività assume, in un determinato momento, come vera o giusta o utile. Per quanto concerne la questione criminale, le conoscenze possono concernere la natura del delitto, il carattere dei criminali, la loro pericolosità, ovvero gli scopi della pena e del processo, ecc. Questo tipo di conoscenze è prodotto e diffuso tanto da istituzioni pubbliche che private: mass media, centri di ricerca scientifica, partiti politici, comitati di cittadini, ecc. Chi produce e diffonde conoscenza sulla questione criminale si colloca da un minimo ad un massimo di “altezza” o “distanza” dalla stessa, determinando pertanto “orizzonti artificiali”³ più o meno ampi, ma anche più o meno “emotivi”, attraverso cui veicolare la conoscenza, che ovviamente entra in competizione con altre conoscenze, con maggiori o minori opportunità di dominare il campo. Agli estremi e a livello esemplificativo: c'è l'orizzonte limitato di chi produce saperi “da vicino” e che finisce per prediligere il sensazionalismo informativo e quindi è attratto ad una denuncia scandalistica; ma c'è anche l'orizzonte più ampio di chi si colloca “da lontano”, per cercare di comprendere il medesimo fenomeno nella sua complessità e quindi sovente non è neppure interessato ad offrire immediate e praticabili soluzioni; c'è chi si limita al momento descrittivo e chi predilige quello esplicativo; c'è chi si pronuncia sul “dover essere” e chi su questa questione preferisce essere reticente; c'è chi rivendica la propria conoscenza come scientifica, che le attribuisce la virtù di senso comune e chi ne riconosce una natura partigiana.

Ma il libero mercato delle conoscenze criminologiche è più apparente che reale. O meglio: non tutte le conoscenze, come fatti sociali, finiscono per avere il medesimo valore o peso. Nelle diverse contingenze, alcune conoscenze hanno il sopravvento sulle altre e diventano egemoniche e questo determina mutamenti rilevanti nei processi decisionali. Una conoscenza positivista dell'agire umano, favorisce, ad esempio, un approccio eziologico al delitto e quindi, tendenzialmente, decisioni di natura preventiva; una concezione idealista, incoraggia un diverso approccio al criminale come soggetto responsabile e alla pena come castigo meritato. Ma una conoscenza criminologica fondata sulle opportunità, sviluppa una politica criminale di tipo situazionale; diversamente una “criminologia dell'altro”, che finisce per legittimare scelte di politica criminale neutralizzanti; ecc. Insomma: a seconda di queste diverse conoscenze si determinano distinte narrative criminologiche e penologiche che, a loro volta, possono essere, nelle conseguenze, più o meno severe nei confronti dei criminali o più o meno attente ai diritti degli inquisiti e dei condannati. Si veda, in questo senso la *Tavola 3*, in cui a livello ancora esemplificativo vengono messe in relazione politiche inclusive ed esclusive, rispetto a precise narrative criminologiche e a coerenti sistemi di diritto penale.

Il passaggio seguente, è assai rilevante: il modo e il grado in cui certe conoscenze sulla questione criminale, diventando egemoniche, determinano effetti sui processi decisionali delle agenzie politiche e legali dipende, anche, dal tipo di organizzazione (più o meno decentrata) e dal grado di burocratizzazione (più o meno spinto) delle istituzioni politiche e legali stesse⁴.

ulteriormente rivisitato in *Knowledge, domination and criminal punishment revisited. Incorporating State Socialism*, in *Punishment and Society*, 1999, vol. 1, n. 1, pp. 45-70.

³ Torna utile, sia pure qui richiamato in un contesto diverso, il bel libro di E. CERRETTI, *L'orizzonte artificiale. Problemi epistemologici della criminologia*, Padova, Cedam, 1992.

⁴ J. SAVELSBERG, *Knowledge, Domination and Criminal Punishment revisited. Incorporating state socialism*, cit., pp. 62-65.

Recentemente Michael Tonry⁵, fa riferimento ai modelli esplicativi che si sono succeduti negli USA per cercare di comprendere le ragioni del processo di ri-carcerizzazione in atto dagli anni settanta del Novecento in poi. Ma molte osservazioni avanzate possano valere anche con riferimento ad altre situazioni nazionali. Seguiamo in estrema sintesi e per punti l'argomentazione⁶.

I mutamenti sociali ed economici di larga scala, se non globali, che influenzano i paesi più sviluppati fanno da sfondo alle vicende che concernono i livelli di penalità, ma spiegazioni realmente convincenti sul perché le politiche e le pratiche penali cambino in determinati luoghi si debbono ricercare solo nelle storie e nelle politiche locali. La ricerca di spiegazioni generali, in particolare con riferimento a modelli esplicativi che vedono nei "fattori" strutturali dell'economia neo-liberista e nelle necessità di governo della forza lavoro nell'attuale fase di globalizzazione hanno trovato particolare enfasi negli USA⁷, forse anche perché un po' superficialmente si riteneva che la repentina lievitazione dei tassi di cancerizzazione segnasse tutti i paesi sviluppati, mentre è vero che questo processo si registra nella maggior parte dei paesi sviluppati, anche se alcuni (e non di piccolo conto, come ad esempio la Germania e il Canada) a questa tendenza fanno eccezione⁸; d'altra parte altri paesi in via di sviluppo hanno conosciuto incrementi nei tassi di cancerizzazione particolarmente accentuati (come si è verificato nella maggior parte dei paesi nord-africani o nei piccoli paesi caraibici), sovente più drastici di quelli registrati nei paesi sviluppati.

Sebbene quindi continui ad accumularsi una letteratura incentrata su spiegazioni di carattere generale, alcuni studi più recenti si concentrano sempre più su spiegazioni di carattere nazionale o locale piuttosto che di carattere globale. Secondo Tonry⁹, sono diverse le caratteristiche della storia e della cultura dei singoli paesi che hanno rilievo decisivo per comprendere il fenomeno della penalità. Di queste caratteristiche, una mette in evidenza un fattore "nuovo", che non era mai stato preso in dovuta considerazione in relazione ai processi materiali di penalità: cioè, come un determinato assetto politico-costituzionale, ovvero processi di riforma istituzionale che ne determinino il mutamento, possano "raffreddare" o "riscaldare" l'influenza reciproca tra il sistema della decisione politica, l'opinione pubblica e la produttività degli apparati e delle agenzie di controllo sociale e di repressione penale. Secondo la tesi di Tonry¹⁰ sistemi elettorali fortemente proporzionali determinano governi di ampia alleanza e ciò obbliga ad attivare sistemi di condivisione delle decisioni politiche

⁵ M. TONRY, *Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale*, in *Criminalia*, 2010, pp. 91-124.

⁶ Oltre al saggio richiamato alla nota precedente, cfr. M. TONRY, R.S. FRAUSE (eds), *Sentencing and sanctions in Western Countries*, Oxford, Oxford University Press, 2001; M. TONRY, K. HATLESTAD (eds), *Sentencing Reform in Overcrowded Times, A Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

⁷ Nella sterminata letteratura sul tema, cfr. I. JANKOVIC, *Labor markets and imprisonment*, in *Crime and Social Justice*, 1977, 8, pp. 17-31; M. GOTTSCHALK, *The prison and the gallows. The politics of mass incarceration in America*, Cambridge University Press, 2006.

⁸ Cfr. J.V. ROBERTS, M. HOUGH (eds), *Changing Attitudes to Punishment: Public Opinion, Crime and Justice*, Cullompton, Willan, 2002.

⁹ Cfr. M. TONRY, R.S. FRAUSE (eds), *Sentencing and sanctions in Western Countries*, cit.; M. TONRY, K. HATLESTAD (eds), *Sentencing Reform in Overcrowded Times, A Comparative Perspective*, cit.

¹⁰ Correttamente riportata anche in M. TONRY, *Alle radici delle politiche penali americane*, cit.

da assumere, cioè costringe a mettere in campo sistemi complessi di mediazione politica, i quali di fatto rendono distante se non relativamente indifferente il sistema politico dall'opinione pubblica; così come le agenzie giudiziarie e poliziali finiscono per rispondere più ad una cultura burocratica e a prassi autoreferenziali che ad istanze politiche esterne assai deboli. Diversamente invece in sistemi elettorali che favoriscono governi maggioritari, dove le decisioni politiche non sono sottoposte a lunghi processi di decantazione attraverso la mediazione politica e chi governa esaspera, per necessità di differenziarsi dalle altre forze politiche, un atteggiamento conflittuale rispetto a queste ultime; in questo contesto il rapporto tra opinione pubblica e governo diventa assolutamente centrale, inducendo le forze di governo a rispondere sempre più prontamente alle domande che vengono espresse dall'opinione pubblica, nonché a pretendere che le distinte e diverse articolazioni dello stato amministrativo e poliziale, come l'assetto costituzionale del medesimo potere giudiziario, si adeguino più prontamente alle decisioni politiche assunte.

L'idea che emerge, quindi, può essere così sintetizzata: più la *polity* è distante dalla *policy*, più attenuata sarà l'influenza dell'opinione pubblica sulla decisione politica; e ovviamente si darà la situazione opposta, quando la politica finirà per sovrapporsi, confondendosi, con il governo della cosa pubblica.

2. Narrative criminologiche, processi decisionali e tassi di carcerizzazione

Abbiamo visto come la fenomenologia punitiva sia l'esito terminale di un processo decisionale complesso, in cui interagiscono diversi attori sociali. Per cui se le persone vengono punite di più e di meno è, alla fine, prevalentemente in ragione di complessi processi decisionali. La vittima di un delitto decide di denunciare o meno quanto ha subito; qualsiasi polizia del mondo deve operare una scelta se di fronte ad un fatto delittuoso debba o meno intervenire e come; sociologicamente chi esercita l'azione penale decide in ragione di valutazioni di opportunità, anche in un sistema giuridico che impone l'obbligatorietà dell'azione penale; chi è chiamato a giudicare è costretto ad operare un complesso di scelte sospese tra l'accogliere le ragioni dell'accusa o quelle che vengono offerte dalla difesa; in fase esecutiva o di *sentencing* esistono agenzie chiamate a fare scelte di maggiore o minore severità sanzionatoria nei confronti del colpevole. Nel processo di criminalizzazione secondaria nulla può determinarsi al di fuori di precisi processi decisionali.

Prendere decisioni nel sistema di criminalizzazione secondaria può essere quindi anche inteso come il legame micro-sociologico che unisce le condizioni materiali, strutturali e culturali ai processi di criminalizzazione e carcerizzazione. Ma le decisioni interne ai processi di criminalizzazione vengono assunte in adesione più o meno coerente a determinate narrative criminologiche quando egemonicamente si impongono come discorsi pubblici sulla questione criminale. I processi decisionali si determinano così, anche inconsapevolmente, in adesione ai diversi gradi di istituzionalizzazione delle conoscenze stesse.

Sono stati indicati alcuni criteri assiomatici¹¹ che governerebbero la produzione di conoscenza sulla questione criminale, del tipo:

- *L'istituzionalizzazione delle conoscenze determina dinamiche distinte di conoscenza nei*

¹¹ In particolare da J. SAVELSBURG, *Knowledge, Domination and Criminal Punishment*, cit.; *Knowledge, domination and criminal punishment revisited. Incorporating State Socialism*, cit.

- differenti settori sociali e altrettanto distinti processi di diffusione sociale delle conoscenze;*
- *Cambiamenti nelle conoscenze sulla questione criminale determinano cambiamenti nei processi decisionali sia politici che legali e quindi mutamenti nelle macro-conseguenze di questi ultimi;*
 - *Il modo e il grado con i quali la conoscenza determina macro-conseguenze nel processo decisionale è in ragione della istituzionalizzazione del "potere" e in modo particolare in ragione del livello di burocratizzazione delle istituzioni politiche e legali;*
 - *La direzione che prende il mutamento delle conoscenze sulla questione criminale è in ragione dei conflitti fondamentali all'interno della struttura sociale e dei singoli gruppi sociali.*

Unitamente intesi i punti di cui sopra, possiamo descrivere il processo di relazione tra produzione di discorsi sulla questione criminale e processi decisionali in politica criminale, nei seguenti termini: se ogni processo decisionale è determinato da conoscenze, il variare di queste porta a processi decisionali che determinano conseguenze sul fenomeno oggetto della decisione stessa. In tema di questione criminale, possiamo sostenere che mutamenti nelle conoscenze determinano nuove e diverse politiche criminali che producono a loro volta macro-conseguenze sul fenomeno della criminalità e della penalità.

I processi decisionali in tema di politiche penali e criminali si costruiscono in armonia a specifici "schemi", che sono sempre suscettibili di mutamento. Ritorniamo quindi alla *Tavola 3*: diverse conoscenze determinano diversi schemi che favoriscono distinte narrative penologiche e criminologiche, che – a loro volta – possono essere, nelle conseguenze, più o meno severe, orientando così il dominio di distinti tipi di giustizia penale. Il modo e il grado in cui certe conoscenze sulla questione criminale hanno effetti sui processi decisionali politici e legali dipende però anche dal tipo di organizzazione e grado di burocratizzazione delle istituzioni politiche e legali. In generale, più una istituzione politica (come un partito) e legale (come il potere giudiziario) sono burocratizzati e più difficilmente le conoscenze pubbliche o il loro mutamento sulla questione criminale conosceranno un immediato impatto sui processi decisionali. Situazione inversa si determina in presenza di istituzioni politiche e legali scarsamente burocratizzate.

3. Alcuni modelli ideali di sistema

Il grado di istituzionalizzazione delle conoscenze unitamente al contesto di organizzazione politico-burocratica all'interno del quale si prendono le decisioni in tema di politica criminale, prefigura alcuni modelli euristici di sistema:

1. *Potere decentrato, ma personalistico*

Ci troviamo di fronte a sistemi punitivi relativamente stabili solo nel breve periodo (meno di 3-4 anni), perché in un sistema a potere decentrato, necessita tempo perché si possano avvertire mutamenti, ma che tendono poi a dinamicizzarsi nei periodi medio-lunghi (intorno alle due o tre decadi).

All'interno di questo modello i gruppi di interesse sono poco burocratizzati e assai dinamici in quanto esprimono e difendono interessi poco pluralistici e tra loro omogenei.

Ovviamente gli interessi e i gruppi di interesse cambiano con il mutare della struttura sociale (es.: declino dell'industria pesante, ulteriore crisi del settore agrario, crescente pressione fiscale sui ceti medi, trasferimento delle occasioni occupazionali dal centro alle periferie, ecc.). Come gli interessi e i gruppi di interesse cambiano, mutano anche gli equilibri e le alleanze politiche e tutto ciò conduce a cambiamenti politici. I nuovi gruppi di interesse cercheranno

di influenzare i massa media che a loro volta diffonderanno nuova conoscenza al fine di conquistare nuovo consenso sociale. Il consenso sociale così prodotto cercherà poi di condizionare le agenzie politiche e legali che sono chiamate a prendere decisioni. Tutto ciò avviene velocemente e fluidamente in sistemi dinamici di produzione e socializzazione di saperi e conoscenze sociali, come negli USA. Ed infatti il ceto politico e quello legale sono soggetti attivi di questi processi di mobilitazione in quanto difficilmente subordinati ad organizzazioni burocratiche che si fondano su premesse ideologiche. Un potere tendenzialmente personalistico, determina che i politici, i procuratori, i giudici siano portati a responsabilizzarsi più facilmente e rapidamente nei confronti dei sentimenti collettivi che emergono dalla società civile.

L'emergenza di nuove narrative criminologiche e penologiche finirà per imporre nuovi modelli di decisione in tema di questione criminale. Nel medio e lungo periodo, potrà registrarsi l'alternarsi di politiche penali radicali e quindi mutamenti altrettanto radicali nei processi di criminalizzazione e carcerizzazione.

2. Potere decentrato, ma fortemente burocratizzato

In questo modello i sistemi punitivi sono relativamente stabili anche nel medio e lungo periodo.

Nei sistemi fortemente burocratizzati, i gruppi di interesse e di pressione tendono a riferirsi e a rappresentare interessi plurimi, comunque ad ampio raggio, e questo comporta che essi operino attraverso continui compromessi di tipo neo-corporativo. Pertanto questi gruppi pagano l'inevitabile prezzo di una ridotta dinamicità in quanto rappresentativi di interessi tra loro anche diversi.

Anche in questo modello ovviamente gli interessi cambiano con il mutare della struttura sociale, ma tutto ciò avviene in maniera più lenta nel medio e lungo periodo. Anche quando si determinano nuove coalizioni di interessi, esse non saranno portate a dare immediato supporto in favore di cambiamenti politici radicali. Tutto ciò fa sì che il sistema burocratico e neocorporativo finisca per "raffreddare" sia la produzione di nuove conoscenze, che la loro diffusione sociale.

Il ceto dei politici non è poi spinto alla partecipazione al processo di mobilitazione per il cambiamento, in quanto la maggior parte dei politici fanno riferimento ad organizzazioni partitiche burocratizzate ed ideologizzate. E così le nuove conoscenze sociali si diffondono più lentamente. Permangono più a lungo le vecchie e rodute narrative sulla questione criminale. Coloro che devono prendere decisioni politiche e legali trovano resistenza nel responsabilizzarsi nei confronti di quanto pensa l'opinione pubblica. Finiscono per porre resistenza. D'altra parte i giudici e i procuratori non sono in questi sistemi eletti politicamente, ma esercitano la loro funzione in termini burocratici. Tutto ciò determina stabilità relativa nel tempo dei processi decisionali e quindi anche relativa stabilità nei tassi di carcerizzazione, come avviene ad esempio in Germania¹², ma in parte anche in Italia, quantomeno durante la c.d. Prima Repubblica¹³.

3. Potere centralizzato e fortemente burocratizzato

La produzione materiale della penalità segue un corso spesso febbrile, segnato da dinamiche rilevanti sia nel breve che nel medio-lungo periodo.

¹² Vedi il cap. 7 *Germany: Archetypal Corporativism*, in M. CAVADINO, J. DIGNAN, *Penal Systems. A Comparative Approach*, cit., pp. 101 ss.

¹³ Vedi il capitolo seguente.

In questo modello il potere politico è fortemente centralizzato, spesso trattasi di un esercizio monopolistico del potere a fronte dell'assoluta inesistenza e rappresentatività della società civile. La volontà popolare è quella sola che si esprime attraverso il Comitato centrale del Partito nei paesi socialisti¹⁴ o attraverso la volontà del Capo nelle dittature fasciste. Anche in questi sistemi si determinano cambiamenti nella struttura sociale e di riflesso anche significativi cambiamenti politici in rapporto a crisi interne ed esterne. Ma l'assenza di una società civile, la carenza di un'opinione pubblica riconosciuta, all'interno di un sistema politico tendenzialmente monopolistico, fa sì che i cambiamenti nella produzione e diffusione della conoscenza pubblica si determinino solo se voluti o tollerati da chi detiene l'esercizio del potere politico.

La struttura burocratica è anch'essa interamente nelle mani del potere. Chi deve prendere decisioni le prende solo su indicazioni di chi gerarchicamente comanda, sia esso il Comitato centrale del Partito o il Dittatore carismatico, e non certo per soddisfare la società civile. Ma una volta che le decisioni vengano assunte da chi le può assumere, esse si traducono in direttive che rapidamente condizionano i processi decisionali di chi è burocraticamente chiamato a operare le scelte. Questo può determinare andamenti a zigzag nelle politiche repressive, portate a mutare direzione in ragione dei mutamenti delle disposizioni impartite in via burocratica. Tutto ciò avviene o è occorso nei paesi comunisti. Ma anche – sia pure in forma assai più contenuta – può determinarsi in paesi democratici, ma con elevato indice di centralizzazione burocratica, come ad esempio la Francia.

4. Un modello esplicativo della variazione dei tassi di carcerizzazione in paesi democratici e capitalisti

Nella oramai ricca offerta di analisi di comparazione dei sistemi penali con riguardo al differenziale dei tassi di carcerizzazione, l'analisi offerta da Michael Cavadino e James Dignan è a mio avviso tra le più convincenti. Essa merita di essere attentamente richiamata. Nel presente paragrafo esporrò il metodo e i risultati a cui i colleghi inglesi sono pervenuti, cercando anche di estendere l'analisi da loro compiuta ad un campione più consistente di paesi. Nel capitolo seguente, invece, utilizzerò in parte lo stesso metodo per cercare di dare spiegazione degli andamenti nei processi di carcerizzazione nell'Italia repubblicana.

La progressione metodologica è quella sopra indicata. Si individuano una serie di paesi (nel modello che segue ben 16) in qualche modo tutti segnati, pur in grado diverso, da un'economia politica di tipo capitalistica e dall'adesione ad un regime politico democratico.

Si segue attentamente la *Tavola 4*: tenendo conto di 4 tipologie socio-politico-economiche (neo-liberismo, corporativismo conservatore, corporativismo welferista e corporativismo orientale), definite da 10 indici socio-economici e penali (organizzazione economica; differenziale di reddito, differenziale di status, relazione Stato/cittadini, politiche sociali di inclusione/esclusione sociale, orientamento politico, ideologia penale dominante, modo di punire, domanda sociale di penalità e tassi di carcerizzazione), si ottiene un quadro secondo cui:

a) Paesi come gli USA, l'Inghilterra, l'Australia, la Nuova Zelanda, il Sudafrica, Israele e il Cile sono ad economia politica neo-liberista; il differenziale di reddito delle relative popolazioni è elevato; il differenziale di status è temperato da un egualitarismo solo formale; le

¹⁴ Ampiamente per quanto concerne la Polonia e la Germania comuniste, J. SAVELSBURG, *Knowledge, domination and criminal punishment revisited*, cit., pp. 51 ss.

relazioni tra Stato e cittadini riservano una tutela assai ridotta ai diritti sociali; le politiche sono orientate a favorire forti processi di esclusione sociale; i governi politici sono prevalentemente di destra; l'ideologia penale dominante si ispira alla narrativa tecnocratica di "legge ed ordine" e la pena all'incapacitazione e neutralizzazione dei criminali; le relative società nazionali esprimono una domanda assai elevata di penalità ed effettivamente si registrano tassi di carcerizzazione particolarmente elevati.

b) Paesi come la Germania, la Francia, l'Italia e l'Olanda si caratterizzano per un'economia politica tendenzialmente conservatrice, agita attraverso pratiche diffuse di consociativismo corporativo; pur in presenza di un moderato sviluppo dello stato sociale, conoscono ancora un pronunciato differenziale di reddito nelle relative popolazioni e un sistema di gerarchizzazione di status; i diritti sociali sono riconosciuti, ma non sempre effettivamente tutelati; le politiche sono manifestamente di natura inclusiva anche se vengono praticate esclusioni nei confronti di alcune minoranze, come gli stranieri immigrati; i governi al potere sono prevalentemente centristi; l'ideologia penale dominante è in favore della prevenzione speciale positiva; le modalità di eseguire le pene sono altamente differenziate; la domanda sociale di penalità è moderata come altrettanto moderati sono i tassi di carcerizzazione.

c) Paesi europei nordici, come Svezia, Norvegia e Finlandia, si segnalano per economie politiche c.d. *welferiste*, cioè di economie governate da sistemi di consociativismo corporativo di tipo social-democratico; paesi che pertanto conoscono uno sviluppato stato sociale in prospettiva universalistica; accompagnato da un contenuto differenziale di reddito nelle relative popolazioni e da politiche fiscali e sociali orientate ad un egualitarismo sostanziale e in cui i diritti sociali sono riconosciuti e ad essi è garantito un accesso incondizionato; l'orientamento politico di queste realtà nazionali è prevalentemente di sinistra, l'ideologia penale dominante è attenta alla tutela dei diritti dei condannati, le modalità di esercizio dello *ius puniendi* sono di non pregiudicare i processi di inclusione sociale; le popolazioni relative esprimono una domanda di penalità assai contenuta, come bassi risultano i tassi di carcerizzazione¹⁵.

d) Ed infine un paese come il Giappone, in cui domina un mercato privato assai sviluppato, ma fondato sulla filosofia del "corporativismo del benessere" di stampo paternalistico e burocratico; un paese a differenziale di reddito contenuto, in cui le differenze di status presenti tendono alla conservazione di un ordine tradizionale di tipo patriarcale; le relazioni tra Stato e cittadini sono ancora di natura feudale e regna un forte senso dell'onore e del dovere; le tendenze politiche sono di natura fortemente inclusiva, ma con odiose eccezioni nei confronti di alcune minoranze sofferte come *outsiders*; l'orientamento politico è prevalentemente di centro-destra; l'ideologia penale dominante aderisce tanto al paradigma rieducativo che a quello compensatorio; l'esercizio della penalità è attento alle necessità di tipo inclusivo; la popolazione nipponica esprime comunque una domanda di penalità abbastanza sostenuta, ma i tassi di carcerizzazione permangono comunque tra i più contenuti del mondo¹⁶.

¹⁵ Cfr. H. VON HOFER, *Crime and Punishment in Scandinavia: an Overview*, in Scandinavian Research Council for Criminology, *Social Change and Crime in Scandinavian and Baltic Region*, Copenhagen, 2001, pp. 35 ss.

¹⁶ Y. YAMASAKI, T. HOSAKA, *Social Security in Japon*, Tokio, Foreign Press Centre, 1995.

Il quadro “teorico” che viene così prospettato è volutamente “armonico”, nel senso che è virtualmente costruito sul dominio della struttura socio-economica rispetto alle scelte politiche e a quelle in particolare di politica criminale. Ora si tratta di verificare questo modello teorico nella realtà.

Il primo livello di verifica, peraltro il più facile da accertare, concerne i tassi di carcerizzazione che dovrebbero diversamente segnare i paesi inclusi nelle quattro tipologie socio-economiche. Si leggano pertanto le tavole delle comparazioni dei tassi di carcerizzazione (presenze a giorno fisso dal 1992 al 2013) suddivise per i paesi: 1. a sistema politico-economico neo-liberista; 2. a sistema corporativo-conservativo; 3. a sistema welferista; 4. a sistema corporativo orientale (*Grafici 2.1-2.4*).

Il grado di congruenza tra modello teorico e realtà empirica è a questo primo stadio di verifica elevato.

I paesi neo-liberisti si attestano tutti su livelli di carcerizzazione medio-alti, e con la sola eccezione dell'Australia, registrano processi di carcerizzazione decisamente superiori alla media mondiale; i paesi a sistema politico-economico conservatore di tipo corporativo-consociativo, si collocano, invece, tutti abbondantemente al di sotto della media mondiale, così come, in forma ancor più accentuata, è dato registrare per i paesi di sviluppato *welfare*, e ancor più per il Giappone. La tavola di sintesi (*Tav. 6*) è a questo proposito estremamente eloquente: I paesi ad economia neo-liberista del nostro campione registrano un tasso medio di carcerizzazione pari a 299 detenuti su 100.000 abitanti; la media per *cluster* dei paesi di conservatorismo corporativo è invece di 98 detenuti su 100.000 abitanti, cioè tre volte più bassa di quanto è dato registrare nelle realtà nazionali ad economia neo-liberista; indice che si abbassa ulteriormente di un terzo per il campione dei paesi di sviluppato *welfare* e si riduce del 47% con riferimento al Giappone.

Questo grado di congruenza non è poi significativamente compromesso dal differenziale nei tassi di criminalità registrati nei paesi del campione nell'anno 2013. Premesso che il tasso di criminalità è un indice convenzionale, utilizzato in ambito internazionale ed ottenuto da un complesso calcolo che consente di sommare i pesi “ponderati” dei grandi insiemi di fatti criminosi venuti a conoscenza delle forze di polizia in un anno (omicidi, lesioni, violenze, rapine, furti in appartamento, scippi, borseggi, ecc.) e quindi di registrare un valore solo in parte rappresentativo della dimensione della criminalità reale, è possibile comunque verificare empiricamente che nei paesi neo-liberisti nel loro insieme detto indice di criminalità è pari a 49 punti, indice che si riduce del 20% nell'insieme dei paesi a corporativismo conservatore (punti 39), del 30% nei confronti del *cluster* dei paesi di realizzato *welfare* (punti 34) e del 60% nei confronti del Giappone (punti 18). Quindi è provato all'interno del nostro campione di 16 paesi di democrazia capitalistica che dove ci sono tassi di carcerizzazione più elevati è dato anche registrare indici di criminalità mediamente più sostenuti, ma solo in parte e con riferimento agli indici medi per *cluster*. Per quanto concerne i singoli paesi, invece, molte sono le distonie. Così, ad esempio in Germania si registra un indice di criminalità del 27,14 e quindi più basso di tutti paesi social-democratici e di sviluppato *welfare* presi in considerazione. Pure in Israele l'indice di criminalità pari a 33 punti è più basso della media dei paesi di corporativismo conservato e di sviluppato *welfare* messi insieme.

Per meglio comprendere questo aspetto, vediamo di comparare i tassi di carcerizzazione non solo nei confronti degli indici di criminalità, ma tenendo conto anche di una diversa variabile di estremo interesse, quale quella espressa dall'indice di punibilità (vedi *Tav. 5*).

La tavola restringe la comparazione a soli 11 paesi, i soli che offrono la possibilità comparare tra loro i differenti indici. Ma credo sia ugualmente un campione sufficiente per intendere la questione teorica di fondo.

Spieghiamo ora come si costruiscono le tre serie di indici. *L'indice di carcerizzazione* è quello più comune ed è rappresentato dalle presenze a giorno fisso in carcere su 100.000 abitanti. *L'indice di punibilità* è quello che esprime la domanda sociale di penalità di una determinata comunità ed è fornito dalla percentuale di coloro che per un certo reato rispondono che l'autore meriti una determinata di pena (ad esempio, la pena detentiva senza possibilità di fruire di misure alternative per l'autore di un furto in appartamento di un bene del valore non superiore a 200 euro). Non importa tanto quale sia la domanda rivolta, quanto che sia la medesima per tutti i campioni rappresentativi dei paesi messi a confronto. Nella stagione avviata con la decade degli anni ottanta del secolo passato dalle ricerche vittimologiche e di rappresentazione sociale dell'insicurezza cittadina, è presente una sezione del questionario finalizzata appunto a registrare la domanda di penalità attraverso una serie di domande volte a registrare l'idea di pena meritata offerta dal campione rappresentativo di una determinata comunità. Tanto più l'indice è elevato, tanto più severa si mostra la società nei confronti dei violatori della legge penale. Infine per *indice di criminalità*, come già spiegato, si utilizza la somma dei grandi insiemi di fatti criminosi venuti a conoscenza delle forze di polizia in un anno, attribuendo ad ogni insieme di reati un determinato peso specifico.

Mettendo a confronto questi tre distinti indici (punibilità, criminalità e carcerizzazione) per tutti i paesi presi in considerazione e attribuendo una graduatoria a ciascun indice, siamo in grado di cogliere i profili armonici e disarmonici del modello, che è appunto quanto si vuole ottenere. È possibile una sola posizione limite di coerenza: lo stesso paese occupa lo stesso ordine nella graduatoria dei tre indici (come esempio: il paese che ha più detenuti, ma anche più criminalità e la cui popolazione esprime la più severa domanda di penalità, collezionerebbe tre 1, cioè si attesterebbe al primo posto in tutte e tre le graduatorie); per il resto tutte le altre possibili combinazioni registrano paesi con posizioni nelle graduatorie dei tre indici diverse, più o meno distanti dalla posizione limite di coerenza (esempio: un determinato paese che soffrisse di una elevatissima popolazione detenuta, ma di un'opinione pubblica non particolarmente severa e registrasse un indice medio di criminalità, potrebbe collezionare 1, 7, 4). Bene: possiamo allora assumere che i paesi che registrano posizioni nelle graduatorie degli indici tra di loro assai distanti, necessitano di un approfondimento a livello locale che sia in grado di spiegarne le ragioni.

Per quanto concerne i paesi inclusi tra quelli a sistema politico-economico neo-liberista, il Sudafrica, gli USA, l'Inghilterra e l'Australia, palesano una relativa coerenza, in cui le posizioni nelle singole graduatorie sono sufficientemente allineate entro un margine non superiore a due. E così, nel nostro campione, gli USA mostrano di essere il paese con più detenuti, ma anche il secondo per indice di criminalità e quello in cui la severità della pena espressa dalla società è al secondo posto (1, 2, 2). Il Sudafrica, poi, è del nostro campione certo il paese a più elevato rischio criminalità, dove la collettività esprime i sentimenti più fortemente ostili nei confronti dei delinquenti, ma che ha un indice di carcerizzazione comunque elevato, anche se è di circa la metà di quello registrato negli USA (1, 1, 2). L'Inghilterra poi, mostra essere un paese a tasso medio di criminalità, con un indice di carcerizzazione altrettanto medio, mentre registra una elevata domanda di punibilità (5, 4, 3). L'Australia registra una domanda di punibilità medio bassa, in tutto proporzionata agli indici di criminalità sofferti e un tasso di carcerizzazione assolutamente medio (7, 7, 5). Di-

stonica invece la situazione della Nuova Zelanda: la domanda di punibilità registrata è tra le più contenute, a fronte di un indice di criminalità a metà graduatoria, ma con un indice di carcerizzazione che la colloca al 3° posto tra tutti i paesi in esame (8, 6, 3).

Del sotto-campione di paesi a sistema economico consociativo-corporativo, l'Italia occupa una posizione significativamente elevata negli indici di criminalità (che risultano superiori a quelli registrati da Inghilterra, Australia, Nuova Zelanda), occupando così il 4° posto in questa graduatoria; proporzionata risulta poi la domanda di penalità, che occupa il 5° posto nella sua graduatoria; mentre i tassi di carcerizzazione nonostante tutto sono contenuti (6° posto nella graduatoria). Possiamo comunque ritenere queste variazioni come "modeste" in quanto non superano due posizioni nelle diverse graduatorie. La situazione è invece assai diversa per la Francia, con un indice di criminalità medio-alto, tale da porla al 3° posto nella graduatoria, ma con un indice di carcerizzazione relativamente contenuto (7° posto) e, soprattutto, con un indice di punitività tra i più bassi di tutto il nostro campione, collocandola al penultimo posto del nostro campione. Con 3, 7, 10 la Francia si segnala come il paese con gli indici più distanti e quindi disarmonici da quelli che il modello in esame indica come medi. Pure l'Olanda si segnala per posizioni in graduatoria assai distanti tra loro: paese a contenuto indice di criminalità (9° posto), con un tasso di carcerizzazione altrettanto contenuto (8° posto), ma con una domanda di penalità molto elevata (5° posto).

Nei paesi di realizzato *welfare*, sia la Svezia che la Finlandia mostrano indici tra di loro estremamente coerenti: poca criminalità, poca carcerizzazione e sentimenti miti di punibilità nelle rispettive collettività.

Infine, il Giappone, ultimo per indice di criminalità (11° posto) e per tassi di carcerizzazione (11° posto), è caratterizzato da una società civile che esprime una domanda forte di pena tale da collocare il paese nipponico al 4° posto in questa graduatoria, con una differenza di ben sette punti rispetto alle altre due graduatorie.

Da questa analisi, emerge quindi che ben 4 paesi su 11, quindi più di un terzo del campione, soffrono di un disequilibrio rilevante tra indici di criminalità, punibilità e carcerizzazione e questo si determina in ragione di come le esigenze disciplinari poste dal sistema socio-politico-economico si traducono in discorso pubblico sulla questione criminale, condiviso da un'opinione pubblica maggioritaria capace di esprimere una domanda più o meno coerente di penalità. Ma appunto questo processo di costruzione sociale che influenzerà le agenzie del controllo sociale e della criminalizzazione secondaria in favore di determinati livelli di repressione penale e di carcerizzazione è in ragione del grado di istituzionalizzazione del discorso pubblico sulla questione criminale e del contesto di organizzazione politico-burocratica all'interno del quale le decisioni in tema di politica criminale vengono prese.

Nel prossimo capitolo cercherò di utilizzare questo modello per intendere i processi di carcerizzazione in Italia dal 1947 ad oggi.

CAPITOLO 3

LA PENALITÀ NELL'ITALIA REPUBBLICANA

1. Il carcere in Italia dal 1947 ad oggi

L'Italia repubblicana conosce oggi un processo di ri-carcerizzazione significativo, anche se non comparabile con quello nord-americano. Ma pur sempre un fenomeno eccezionale se inteso in una prospettiva di lungo periodo. Pochi dati, dal 1947 ad oggi, serviranno per intendere le dimensioni eccezionali del processo di ri-carcerizzazione che stiamo vivendo.

Si legga il *Grafico 3.1*.

La tavola è di facile ed immediata lettura:

a) Seguiamo la linea blu. È dato assistere ad una prima fase di significativa riduzione della popolazione detenuta: dal 1947 al 1970 le presenze in carcere passano da più di 65.000 a circa 21.000 (*fase di de-carcerizzazione*).

b) Dal 1971 in poi riprende il *processo di ri-carcerizzazione*: abbastanza contenuto e contraddittorio in una prima fase (fino al 1990), poi di seguito in forte ripresa fino ad oggi.

c) Nel 2009 si registra la stessa popolazione detenuta del 1947.

d) Se si tiene poi conto che a partire dal 1975 con la riforma penitenziaria vengono introdotte per la prima volta in Italia le misure alternative, cioè condanne a pena detentiva che si possono in tutto o in parte scontare in libertà, “virtualmente” si può “fingere” che se non esistesse la possibilità di scontare la pena detentiva in spazi di libertà, chi beneficia di percorsi alternativi finirebbero per scontare la medesima in carcere e quindi per sommarsi ai detenuti presenti. Questo “finzione”, rappresentata dalla linea rossa, è utile per indicare come i tassi di ri-carcerizzazione siano cresciuti e crescano nonostante l'effetto fortemente deflattivo determinato dai percorsi di alternatività.

e) Se visualizziamo la linea di tendenza dei presenti, vediamo come i processi di ri-carcerizzazione indichino una variazione superiore a quelli di segno contrario che caratterizzano la fase di de-carcerizzazione. Se a questi si sommano anche coloro che beneficiano di misure alternative (linea rossa), allora la crescita del totale dei “presi in carico” dal sistema penale nel suo complesso mostra in termini ancora più accentuati una tendenza inflattiva: dal 1970 ad oggi, l'indice delle condanne detentive si è moltiplicato per quattro, toccando un picco nel 2005, in cui le pene detentive risultarono essere più di cinque volte quelle comminate venticinque anni prima.

In sintesi possiamo quindi indicare il succedersi in epoca repubblicana di una prima fase di de-carcerizzazione, poi seguita – a far corso dalla fine della decade degli anni '90 – da una fase ri-carcerizzante, peraltro ancora pienamente in atto (infatti, la tendenza alla crescita non si è nel frattempo “raffreddata”).

2. Nel frattempo la criminalità e la penalità...

Liberiamo in primo luogo il campo da facili letture, come quella che imputerebbe alla crescita della criminalità l'aumento della repressione penale in Italia dal 1990 in poi.

Gli indici di delittuosità (cioè dei reati denunciati o di cui l'autorità giudiziaria è venuta a conoscenza e quindi coincidenti alle azioni penali esperite in un sistema ad azione penale obbligatoria), effettivamente subiscono un aumento a fare corso dal 1990: passano infatti da circa 2.000.000 a 2.700.000, cioè subiscono un incremento di circa il 35%; incremento che, pur con oscillazioni, si mantiene poi costante fino ad oggi. Nello stesso periodo di tempo (1990-2013) la popolazione detenuta invece cresce da 26.000 a 68.000 presenze (a giorno fisso), cioè subisce un incremento del 150%, con tendenza costante alla crescita. Se si tiene poi conto delle condanne penali detentive scontate in misure alternative, nello stesso arco di tempo l'incremento dei tassi di penalità (tanto privativa che limitativa della libertà) subisce un incremento di circa il 300%, cioè triplica.

Altrettanto può cogliersi dagli indici di condanne penali irrogate nello stesso arco di tempo.

Nello stesso arco di tempo, le condanne penali passano da circa 100.000 nel 1990 a 200.000 nel 2007, con picchi superiori nel 1998 e nel 2000 alle 300.000.

In estrema sintesi: negli ultimi vent'anni le condanne penali sono più che raddoppiate e quelle carcerarie triplicate, mentre gli indici di delittuosità sono aumentati solo del 35%.

Da queste ultime osservazioni e tenendo conto di quanto rilevato anche in altri contesti nazionali, possiamo affermare:

- esiste una coincidenza temporale tra crescita della delittuosità e della repressione penale intorno ai primi anni novanta del secolo passato;

- per il resto i tassi di repressione, qui colti nella variazione degli indici delle sentenze di condanna, mostrano di essere sufficientemente irrelati dagli andamenti della delittuosità: mentre dal 1991 in poi quest'ultima è relativamente costante, l'andamento delle sentenze di condanna continuerà a crescere fino a triplicare nel decennio seguente. L'andamento dei tassi di delittuosità e di penalità è riportato dal *Grafico 3.2*.

3. Alcuni profili in particolare

Ricerche puntuali volte a verificare empiricamente la rilevanza eziologica dei diversi fattori strutturali sugli andamenti della repressione penale in queste ultime decadi esistono prevalentemente negli USA. La maggior parte di queste ricerche empiriche, come abbiamo potuto vedere nel capitolo 2 di questa parte prima, alla fine relativizza l'ipotesi di una dipendenza diretta tra andamento del mercato del lavoro e repressione penale; più prudentemente molte ricerche convengono su un'influenza del sistema economico sull'andamento della repressione penale solo quando le necessità del mercato vengono favorite da scelte politiche finalizzate all'inclusione o esclusione sociali. Altre ricerche – sulla falsariga di alcune conosciute anche in Italia, come quelle di Wacquant¹, di Young² e di Simon³ – finiscono poi per collocarsi più decisamente sul versante delle ipotesi favorevoli a riconoscere un peso alla *political choice*

¹ L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Milano, Feltrinelli, 2000; *Punishing the Poor: The Neoliberal Governance of Insecurity*, London, Polity, 2009.

² J. YOUNG, *The Exclusive Society*, London, Sage, 1999.

³ J. SIMON, *Il governo della paura*, Milano, Raffaello Cortina, 2008.

(di volta in volta, di tipo inclusivo o esclusivo) nel produrre livelli più o meno elevati di repressione. La chiave di volta poi di chi attribuisce alle politiche criminali e penali un ruolo decisivo nella determinazione dei livelli di repressione, fa prevalentemente riferimento – in ossequio ad una letteratura anche politologica e mass-mediologica – alla centralità dei media nella produzione e ri-produzione di un'opinione pubblica portatrice di una domanda sociale “patibolare” e come questa domanda condizioni poi le “democrazie d'opinione”.

In Italia, forse con la sola esclusione di alcune ricerche di Melossi⁴ e del sottoscritto⁵ (oramai datate), a tutt'oggi non si progredisce un granché. Pur nello scarso interesse che la topica suscita nel nostro paese, si debbono menzionare alcuni saggi brillanti ad opera di giovani, come i lavori di Alessandro de Giorgi⁶, di Lucia Re⁷ e di Stefano Anastasia⁸. Di scientificamente più interessante è la ricerca che si è sviluppata anche in Italia, a far corso dalla decade degli anni novanta del Novecento, sul tema dell'insicurezza soggettiva da criminalità e di come il sistema politico abbia risposto alle domande crescenti di penaltà⁹.

Almeno altre tre dimensioni fattuali vanno tenute presenti prima di potere formulare qualsiasi ipotesi esplicativa delle ragioni del mutamento radicale dei livelli di repressione penale in Italia negli ultimi venticinque anni. Esattamente:

1. La dimensione sempre più “razziale” della repressione.
2. Le variazioni quantitative nella selettività del sistema di giustizia penale.
3. I mutamenti nella severità delle condanne e nelle politiche clemenziali.

3.1. *Il carcere e la questione immigratoria*

Una delle poche certezze in penologia è quella che riconosce un'elevata sensibilità del sistema repressivo al conflitto razziale, o comunque a quei conflitti che possono generarsi nei confronti di minoranze disomogenee a livello linguistico, culturale e religioso¹⁰.

⁴ D. MELOSSI, *Andamento economico, incarcerazione, omicidi e allarme sociale in Italia: 1863-1994*, in *La criminalità* (Annali della Storia d'Italia, n. XII), a cura di Luciano Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 35-62.

⁵ M. PAVARINI, *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in *La criminalità* (Annali della Storia d'Italia, n. XII), a cura di Luciano Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 981-1031; *Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla “Ronda dei carcerati” al “giromondo penitenziario”*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n. 1-2; *Processi di ri-carcerizzazione e nuove teorie giustificative della pena*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2001, n. 1-3.

⁶ A. DE GIORGI, *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Verona, Ombre corte, 2002.

⁷ L. RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁸ S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2012.

⁹ Tra le molte opere, cfr. M. BARBAGLI, *L'occasione e l'uomo ladro. Furti e rapine in Italia*, Bologna, il Mulino, 1995; M. BARBAGLI, U. GATTI (a cura di), *La criminalità in Italia*, Bologna, il Mulino, 2002; A. CERETTI, R. CORNELLI, *Proprietà e sicurezza. La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno*, Torino, Giappichelli, 2007; *Oltre la paura. Cinque riflessioni sulla criminalità, società e politica*, Milano, Feltrinelli, 2013; M. PAVARINI (a cura di), *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Roma, Carocci, 2006.

¹⁰ Per tutti, cfr. M. TONRY, *Malign Neglect: Race, Crime and Punishment in America*, New York, 1995.

Per quanto concerne l'Italia, la letteratura concorda nel riconoscere che negli ultimi due decenni, a fronte di un forte processo migratorio, si sia diffusa una cultura xenofoba se non propriamente razzista nell'opinione pubblica¹¹. A fronte di questa opinione pubblica tanto il sistema politico-legislativo quanto la discrezionalità delle agenzie giudiziarie e poliziali si sono orientati verso una repressione accentuata nei confronti delle minoranze immigrate, senza che questa affermazione debba negare il contributo significativo del processo migratorio nei confronti degli indici di criminalità.

Si legga il *Grafico 3.3*.

Il divario crescente segnato dalle due curve rappresenta il contributo degli immigrati al processo di ri-carcerizzazione nell'arco di tempo 1990-2013: percentualmente gli immigrati in carcere passano dal 5% sull'intera popolazione penalmente ristretta al 37%, in soli vent'anni, cioè da poco più di 5.000 ad oltre 23.000. Ma ancora di più significativo: escludendo i detenuti stranieri, la popolazione carceraria in questi ultimi ventitre anni sarebbe rimasta praticamente costante, fluttuando intorno alle 40.000 unità.

3.2. Variazioni nella produttività del sistema di giustizia penale

Per cogliere la crescita di "effettività repressiva" determinatasi in Italia, sempre a far corso dall'inizio della decade degli anni novanta del secolo passato, riflettiamo ulteriormente sulle tendenze già sopra evidenziate dal *Grafico 3.2*.

A fronte di un attestarsi, dai primi anni novanta, delle azioni penali esperite intorno a 2.700.000/3.000.000 unità (segnando una crescita rispetto al decennio precedente valutabile intorno 35%), le condanne penali comminate nello stesso arco di tempo solo lievitate da poco meno di 100.000 fino a più di 300.000 all'anno, segnando un incremento percentuale valutabile intorno a più del 300%. *Ergo*: se la delittuosità è cresciuta di circa 1/3 (esattamente del 38%) e la penalità di più di 3 volte (esattamente del 306%), significa che l'area dell'ineffettività penale è progressivamente scemata o, leggendo il medesimo processo nella prospettiva della repressione, che quest'ultima è aumentata. Nel lessico del sistema giustizia come impresa, si può quindi dire che la giustizia penale dagli anni novanta in poi è diventata sempre più produttiva, riducendo significativamente l'area dell'ineffettività sanzionatoria.

A livello esemplificativo in ragione del rapporto tra condanne comminate e reati denunciati, possiamo calcolare così che nel 1990 si contava una condanna ogni 21 azioni penali esperite, e in particolare: una condanna per omicidio ogni 6 omicidi perseguiti, una per rapina ogni 7 denunciate e una per furto ogni 66. Dopo ventitré anni, registriamo una condanna penale ogni 10 reati denunciati, di cui una condanna per omicidio su 2 denunciati, una per rapina su 4 penalmente perseguite, e una per furto su 30 azioni penali esperite.

3.3. Severità nelle condanne e politiche clemenziali

Uno dei criteri più utilizzati nella statistica penale e penitenziaria per misurare la severità delle condanne detentive effettivamente espiate è il confronto tra presenti in carcere a giorno

¹¹ Tra le molte opere, cfr. M. BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità in Italia*, Bologna, il Mulino, 1998; *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, il Mulino, 2002; A. DAL LAGO, *Non-Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999; A. SBRACCIA, *Migranti tra mobilità e carcere. Storie di vita e processi di criminalizzazione*, Milano, Franco Angeli, 2007; A. COLOMBO, *Etnografia di un'economia clandestina: immigrati algerini a Milano*, Bologna, il Mulino, 1998.

fisso (in Italia il 31 dicembre) rispetto al flusso degli entrati dallo stato di libertà nell'intero anno.

Il totale delle presenze in carcere a giorno fisso corrisponde al flusso degli entrati dallo stato di libertà su base annua solo nell'ipotesi scolastica in cui chi entra in carcere vi permane esattamente per un anno. Ovviamente così nei fatti non avviene. Di norma l'ammontare che indica il flusso degli entrati in carcere durante l'anno è superiore a quello delle presenze a giorno fisso perché una percentuale rilevante, tanto dei definitivi che di coloro che tali non sono, rimane in carcere per periodi inferiori e di molto ai dodici mesi.

Diamo uno sguardo al *Grafico 3.4*.

Tanto più ampio è il divario tra presenti ed entrati dallo stato di libertà su base annua, tanto più la custodia cautelare in carcere e l'esecuzione delle pene detentive sono mediamente di durata breve, cioè inferiore all'anno. E così fu all'inizio dell'Italia repubblicana, quando gli entrati dallo stato di libertà erano ben 4 volte superiori ai presenti a fine anno. Questo divario si è venuto progressivamente riducendo, tanto che nel 2012 i presenti hanno superato gli entrati (65.071 contro 63.020). Questa riduzione sta a indicare che le condanne a pene detentive brevi nonché molte custodie cautelari non vengono più eseguite in carcere, ma in spazi extra-carcerari (prevalentemente in misure alternative), e quindi di riflesso chi si trova in carcere sovente vi si trova perché non può fruire o si ritiene opportuno non debba fruire di percorsi di alternatività e questa valutazione ostativa è anche connessa alla circostanza di dover espiare pene medio-lunghe. In sintesi e per quanto qui interessa, il processo di ri-carcerizzazione non è quindi imputabile ad un aumento degli ingressi dallo stato di libertà, che tutto sommato, pur con significative oscillazioni, permane il medesimo negli ultimi sessant'anni (nel 1960 gli ingressi in carcere erano circa 61.000; nel 2013 erano poco più di 59.000), quanto alla circostanza che le pene in esecuzione carceraria tendono a diventare sempre più lunghe. O detto altrimenti: l'esperienza detentiva nel lungo periodo (dal 1948 ad oggi) concerne mediamente circa lo stesso numero di persone ogni anno; mentre la popolazione detenuta a giorno fisso aumenta (determinando le crisi per sovraffollamento) – passando dai 35.000 del 1960 ad oltre i 68.000 nel 2010 e per poi ridursi leggermente ai 66.000 del 2013 – perché chi entra in carcere vi permane per periodi più lunghi.

L'ultimo dato da tenere sempre presente in quanto assai peculiare del nostro sistema, concerne la funzione dei provvedimenti clemenziali di massa (indulti ed amnistie) nel governo politico ed amministrativo dei processi di carcerizzazione nell'intera storia dello Stato italiano. Dal 1860 all'avvento del fascismo si possono contare ben 150 provvedimenti di clemenza (ovviamente non tutti delle medesime dimensioni de-carcerizzanti). Anche il ventennio fascista ne fece un uso costante, con più di 50 provvedimenti di indulto ed amnistia. E questa prassi passò in eredità anche all'Italia repubblicana, almeno per quanto concerne le politiche penali e penitenziarie della c.d. Prima Repubblica.

Si veda il *Grafico 3.5*.

Esso è di immediata lettura: l'effetto de-carcerizzante dei provvedimenti di indulto ed amnistia è stato costante anche nella prima lunga fase post-bellica, praticamente fin al 1992, anno in cui una legge ha imposto una diversa maggioranza qualificata all'approvazione delle leggi di indulto ed amnistia. Da quel momento in poi, si registra un solo provvedimento di indulto di notevoli proporzioni, esattamente quello che suscitò tante polemiche e che fu approvato in un governo di centro-sinistra dal Guardasigilli, on. Mastella.

I provvedimenti clemenziali dal 1949 fino al 1992 ebbero comunque un'indubbia efficacia nella riduzione della popolazione detenuta. Riguardarono complessivamente in 44 anni ben

123.000 persone in carcere, vale a dire circa 2.800 ogni anno, a cui debbono sommarsi coloro che ebbero la pena ridotta o estinto il reato trovandosi in stato di libertà. Sempre nel medesimo periodo alcuni provvedimenti ridussero la popolazione detenuta di circa un terzo.

4. Agenzie di controllo sociale e processi decisionali

Credo che i pochi elementi descrittivi sopra richiamati siano sufficienti per avanzare un'ipotesi esplicativa scientificamente plausibile del fenomeno della ri-carcerizzazione in Italia a far corso dal 1990, in ossequio al modello teorico esaminato nel capitolo precedente, cioè all'interno di un modello che metta al centro dell'analisi il ruolo dei processi decisionali¹², per cui la fenomenologia punitiva deve essere assunta come l'esito di un processo complesso, in cui interagiscono diversi attori sociali ed istituzionali.

Questa tesi, come abbiamo già avuto modo di esaminare, non pregiudica la validità euristica delle ipotesi teoriche che nella scienza penologica vengono riconosciute per porre al centro del modello esplicativo i rapporti tra struttura sociale e penalità¹³. Superata criticamente un certa ingenuità di stampo positivista, fiduciosa di trovare un rapporto diretto tra tassi di carcerizzazione e alcune variabili strutturali, come la composizione demografica, la ricchezza collettiva ed individuale, la distribuzione sociale della stessa, alcuni indici di benessere effettivo di un paese, ecc., oggi chi si avventura nel cercare alcuni rapporti tra andamento della repressione penale e variabili strutturali, è consapevole che ogni dato significativo e rilevante è mediato dal sistema istituzionale-politico-culturale¹⁴; pertanto la questione a cui non si può sfuggire rimane connessa al processo decisionale attraverso cui le agenzie del sistema istituzionale-politico-culturale interpretano, operano e cercano di governare la complessità sociale.

Punire di più o punire di meno, dipende anche se non soprattutto dalla catena decisionale in cui si struttura il processo di criminalizzazione secondario. Prendere quindi decisioni, in questo caso, può essere inteso come «il legame micro-sociologico che unisce le condizioni materiali, strutturali e culturali ai processi reali di criminalizzazione e carcerizzazione»¹⁵.

Per quanto concerne la situazione italiana sopra descritta, la fase di de-carcerizzazione (1947-1975) o di relativa stabilità nella popolazione detenuta (1976-1990) corrisponde grossomodo alla c.d. Prima Repubblica, periodo segnato da tendenze moderate in favore della decentramento dei poteri decisionali, ma accompagnato da una forte spinta alla burocratizzazione delle agenzie politiche e legali. Nei sistemi altamente burocratizzati, come abbiamo visto, i gruppi di interesse e di pressione sono costretti a farsi portatori di interessi plurimi e a volte antinomici e questo li obbliga ad operare attraverso compromessi di stampo neo-corporativi. L'esempio più facile da intendere: sistemi elettorali radicalmente propor-

¹² Cfr. M. CAVADINO, J. DIGNAN, *Penal Systems. A Comparative Approach*, London, Sage, 2006, in particolare parte seconda, capitolo secondo: *Globalized penal crisis?*

¹³ Per tutti, cfr. G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Control*, New York, Columbia University Press, 1939.

¹⁴ Cfr. D. MELOSSI, *Punishment and social action: changing vocabularies of punitive motive within a political business cycle*, in *Current Perspectives in Social Theory*, 1985, 6, pp. 169-197; *Gazette of morality and social whip: punishment, hegemony and the case of the USA, 1970-92*, in *Social and Legal Studies*, 1993, 2, pp. 259-279.

¹⁵ J. SAVELSBURG, *Knowledge, Domination and Criminal Punishment revisited. Incorporating state socialism*, in *Punishment and Society*, 1999, 1, p. 46.

zionali e conseguenti alleanze di governo molto aperte, da un lato; scelte in favore di una elevata autonomia burocratica delle agenzie repressive (polizie e magistratura) dall'altro lato. Indubbiamente anche in questo modello gli interessi cambiano con il mutare della struttura sociale, ma tutto ciò avviene in maniera lenta perlomeno nel medio periodo. Tutto ciò fa sì che il sistema burocratico e neo-corporativo finisca per "raffreddare" sia la produzione di nuove conoscenze che la loro diffusione sociale. Il sistema politico è sempre prudente nel partecipare al processo di mobilitazione per il cambiamento, in quanto la maggior parte del ceto politico fa riferimento ad organizzazioni partitiche burocratizzate e fortemente ideologizzate. Le nuove conoscenze si diffondono più lentamente e pertanto permangono più a lungo le vecchie e rodute narrative anche sulla questione criminale. Coloro che devono prendere decisioni politiche e legali-giudiziarie finiscono per porre una certa resistenza nel responsabilizzarsi a quanto pensa l'opinione pubblica. D'altra parte il sistema giudiziario quanto quello poliziale esercitano in questi sistemi una funzione burocratica che li mette in parte al riparo da ingerenze politiche. Questo modello segnato da un potere decentralizzato ma fortemente burocratizzato determina stabilità relativa nel tempo dei processi decisionali e quindi anche relativa stabilità nei tassi di carcerizzazione. Gli esempi che vengono più di sovente proposti in letteratura sono infatti la Germania e l'Italia. Ma per quanto concerne il nostro paese, il sistema di relativo conservatorismo neo-corporativo entra in profonda crisi con la decade degli anni ottanta. Da un lato la crisi dell'originario sistema partitico, finisce per espellere i partiti ideologici e per percorrere un'evoluzione in favore di una democrazia sempre meno rappresentativa e sempre più d'opinione. Dall'altro lato, il momento decisionale sempre più si allontana dai luoghi del compromesso politico non direttamente responsabilizzati alle urgenze di governo dei processi di controllo sociale, per favorire quelli più direttamente coinvolti nel prendere decisioni, in particolare in tema di politica criminale. Si pensi, solo per fare un esempio, a come tutta la questione securitaria abbia visto un orientamento indiscusso in favore di una delega ai sindaci e alle loro amministrazioni nelle politiche di governo della sicurezza urbana¹⁶. Le agenzie più direttamente coinvolte nell'azione repressiva – penso *in primis* al potere giudiziario – hanno finito per trovare sempre meno legittimazione burocratica e sempre più hanno confidato in una diversa, di natura democratica-populista.

Nel contesto italiano, la riforma elettorale a livello comunale segna questo passaggio. E se debbo fare tesoro dell'esperienza diretta nelle politiche locali di sicurezza di questi ultimi vent'anni, non posso che testimoniare come i sindaci, indistintamente, non siano riusciti a porre una sufficiente distanza tra piano della decisione politica e un'opinione pubblica che esprimeva domande di maggiore penalità di fronte a presunti o reali problemi di sicurezza e di degrado del vivere urbano. Al contrario: a livello locale i sindaci si sono prontamente – anche se, forse alcuni, *oborto collo* – trasformati in moltiplicatori dell'allarme sociale e soprattutto in solerti promotori di una aumento dell'efficienza repressiva. La linea telefonica tra ufficio del Sindaco e gli uffici del Prefetto, del Questore e del Procuratore generale si è fatta nelle ultime due decadi sempre più rovente. Ho di persona assistito allo sforzo praticato dai vertici del potere poliziale e giudiziario a livello locale per opporre una qualche resistenza alla pressione dei primi cittadini in favore di interventi più repressivi, adducendo di volta in volta ragioni di diritto e di opportunità politica che, è innegabile, sovente celavano solo

¹⁶ Cfr. M. PAVARINI (a cura di), *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Roma, Carocci, 2006.

storiche inerzie ed inefficienze burocratiche. Ma ho anche visto, un progressivo cedere e uno adeguarsi, per quanto sovente svogliato, del potere giudiziale e poliziale a livello locale alle istanze repressive portate avanti, in nome della comunità locale, dai sindaci.

5. Una storia ancora da scrivere...

Dell'immagine descrittiva del processo di ri-carcerizzazione in Italia offerta all'inizio del presente capitolo, il modello teorico sviluppato nel capitolo 3 invita ad offrire la seguente spiegazione.

Procedo per punti:

1. Nell'Italia repubblicana, il passaggio da prassi de-carcerizzanti a prassi di ri-carcerizzazione è stato "accompagnato" da significativi mutamenti culturali nella lettura della questione criminale nel suo complesso. In verità questo mutamento di prospettiva culturale non può essere semplicisticamente inteso, almeno per quanto concerne il nostro paese, dal succedersi di modelli politico-ideologici "esclusivi" a modelli politico-ideologici "inclusivi", ma certo questa alternanza nel punto di vista culturale sulla questione criminale ha anche a che vedere con quanto Lévi-Strauss chiamava "cultura bulimica" e "cultura anoressica" di fronte a chi è socialmente avvertito come problematico o pericoloso. La politica criminale della Prima Repubblica – in cui le culture cattolica, marxista e socialista hanno avuto un peso determinante – si è sostanzialmente confrontata con la questione criminale, condividendo, pur da sponde distinte, un medesimo pre-giudizio, umanista e positivista nello stesso tempo: la criminalità è un fenomeno sociale inevitabile in una società diseguale ed ingiusta e l'Italia è ancora una società diseguale e segnata da profonde ingiustizie, per cui, alla fine, coloro che finiscono in carcere, sono più vittime che pericolosi nemici da cui difendersi. Si legga, a questo proposito, l'illuminante fascicolo de *Il Ponte* del 1949¹⁷ dove su invito di Calamandrei tutti i leader politici che avevano conosciuto il carcere fascista, ebbero modo di esprimersi "politicalmente" sulla penalità. La "coscienza" che emerge in tutti gli interventi è quella che veniva negli stessi anni cinematograficamente esaltata in "Ladri di biciclette" e la proposta politica che viene sovente avanzata è o utopico-abolizionista o, altrimenti, "giustificazionista". Il sistema della giustizia penale italiano è risultato così caratterizzato, fino agli inizi della decade del novanta del secolo scorso, da una elevata severità sanzionatoria nelle leggi, quale riflesso sia del sistema legale autoritario degli anni trenta, ancora in vigore, che della successiva legislazione democratica che ha risposto contingentemente alle numerose emergenze ulteriormente elevando la soglia della penalità. La scelta di una politica criminale particolarmente severa a livello di processi di criminalizzazione primaria è stata però sempre contraddetta da prassi amministrative e giudiziarie, cioè di criminalizzazione secondaria, particolarmente benevoli se non apertamente indulgenziali. In qualche modo, la presenza stessa di una legislazione severa ma nello stesso tempo delegittimata politicamente in quanto fascista, ha favorito il processo di mitezza nell'irrogazione ed esecuzione dei castighi legali in epoca democratica.

2. La riforma penale, per ragioni diverse, non si è mai data. Questa mancanza ha legittimato prassi diffuse di "ammorbidente" del rigore penale in fase applicativa: con pochissime

¹⁷ Da lodare la ristampa anastatica de *Il Ponte*, marzo 1949, unitamente agli atti di presentazione della ristampa stessa, avvenuta nel 2002 a cura del Dipartimento della Amministrazione Penitenziaria.

eccezioni l'autorità giudiziaria ha costantemente applicato solo i minimi di pena legislativamente previsti, nonché la sospensione della pena e la liberazione condizionale. Peraltro lo stesso legislatore democratico incapace di riformare la legge penale e spesso tentato di ulteriormente inasprirla, ha fatto ricorso a generosi provvedimenti di amnistia ed indulto fortemente calmierando nei fatti i livelli di repressione penale. Questa confusa situazione nella sua apparente irrazionalità si è però rivelata utile nel conciliare la dimensione oramai sempre più simbolica della legge penale con le necessità di duttilità nella risposta repressiva in ragione dei crescenti livelli di complessità sociale. Il fenomeno interessante da comprendere non risiede nella antinomia tra una legge severa e una prassi repressiva mite, quanto nella determinazione delle condizioni storiche, culturali, politiche e istituzionali per una severità smodata solo "a parole" e una indulgenza paternalistica nelle prassi. Sempre più severi a parole, ovvero il ricorso inflazionato alla legge penale deve essere inteso in relazione alle trasformazioni qualitative che vengono a prodursi sul sistema legale per effetto (anche) dello Stato sociale, e ancora più in particolare, per lo sviluppo che consegue da una disciplina dirigitica dello Stato sugli interessi che formano l'oggetto (ed anche lo scopo) dell'intervento penale. I livelli effettivi di repressione ben poco hanno mostrato quindi di dipendere dall'allocatione diseguale di una penalità artificiale nel sociale, quanto piuttosto dalla domanda sociale di repressione, cioè dalla domanda sociale di maggiore o minore penalità. E in ciò forse risiede la peculiarità della situazione italiana: la domanda di penalità è di fatto, e per lungo tempo, risultata debole a livello sociale.

3. I conflitti e le crisi sociali non si sono tradotti in domande sociali altrettanto forti di penalità. Le compagne di "legge e ordine", per quanto ripetutamente promosse da forze politiche conservatrici e spesso da molti fin troppo paventate, hanno sempre dato modesti risultati in termini di diffusione del panico sociale. Complesse e in un certo senso mai approfonditamente indagate le ragioni che per lungo tempo hanno impedito che si producessero a livello sociale mutamenti del vocabolario punitivo in favore di un elevamento particolarmente significativo della soglia di punibilità. Perché, in diverse parole, la gente non è stata facile preda – almeno fino agli inizi degli anni Novanta del secolo passato – di rappresentazioni diffuse di insicurezza dal crimine, pur essendo certo non più sicura materialmente di chi ha sofferto in altri paesi e in altri momenti di questa paura?; che cosa ha in parte impedito che la questione criminale entrasse per lungo tempo nella "testa" della gente come uno dei problemi più gravi e urgenti da risolvere attraverso la repressione? Posso in questa occasione indicare solo per punti alcune delle "ragioni forti" che mi sembra possano offrire una spiegazione agli interrogativi sopra esposti: 1) la forte e diffusa percezione sociale della criminalità come questione politica; 2) un'altrettanta forte e diffusa percezione sociale – e in modo particolare tra le classi subalterne – del sistema di giustizia penale come strumento violento di conservazione di una società diseguale; 3) la circostanza che in Italia la questione criminale ha per lungo tempo finito per identificarsi anche con la "questione meridionale", questione politica per eccellenza; 4) infine, il ruolo decisivo giocato negli anni settanta e primi anni ottanta del Novecento dai fenomeni del terrorismo politico e della lunga lotta di repressione; ambedue questi processi hanno ulteriormente rafforzato nella società civile italiana la percezione appunto politica tanto della criminalità quanto del sistema della giustizia penale. Sia in conseguenza delle ragioni sopra esposte, sia per cause altrimenti condizionanti, contro il sistema della repressione penale si sono per lungo tempo prodotti forti anticorpi di resistenza. Una cultura del sospetto, della diffidenza e quindi della resistenza nei confronti delle agenzie repressive ben

più che nei confronti dei pericoli della criminalità. Tutto ciò ha concorso a mantenere il livello di legittimazione del sistema penale molto basso, se non sempre in crisi e di conseguenza a frenare la produttività stessa del sistema repressivo. Tra i molteplici effetti, quindi, anche una contenuta carcerizzazione. Queste ragioni certo complesse unitariamente intese rinviano ad un dato politico e culturale assai peculiare della storia italiana: per lungo tempo e diversamente da quanto è dato registrare in altre realtà nazionali, i sentimenti collettivi di insicurezza hanno avuto modo di esprimersi come domanda politica di cambiamento e di più intensa partecipazione democratica. Vale a dire che la comunicazione sociale attraverso il vocabolario della politica ha favorito una costruzione sociale del disagio e del conflitto al di fuori delle categorie (moralì e giuridiche) della colpa e della pena.

4. La ragionevolezza di questa ipotesi interpretativa è in parte avvalorata dalla situazione ben diversa che poi è seguita: a far corso dagli anni novanta assistiamo al diffondersi di un atteggiamento di indignazione morale portato a delegare alla sola "spada della giustizia" la soluzione di molti problemi. Come se ogni conflitto potesse essere risolto nella individuazione di un nemico e nella sua punizione legale, si invocano socialmente e si legittimano istituzionalmente livelli sempre più elevati di penalità.

5. Ripetiamo: con gli inizi della decade degli anni novanta la delittuosità aumenta e ragionevolmente aumenta la stessa criminalità. Ma forse, ancor più della crescita della criminalità, si assiste al mutamento significativo della distribuzione del rischio sociale da vittimizzazione. Il diffondersi soprattutto del crimine c.d. predatorio od opportunistico, espone, forse per la prima volta, le classi popolari e medie al rischio di più elevata vittimizzazione. E tra queste classi, per prime, comincia a diffondersi un certo panico sociale da criminalità. Le prime, e per l'Italia pionieristiche ricerche empiriche sulle rappresentazioni sociali e i rischi di criminalizzazione registrano, a far corso dalla metà degli anni novanta, la crescita dell'onda del panico securitario e della conseguente domanda di penalità soprattutto nelle classi medie e popolari. E sono appunto queste classi che mostrano di prediligere narrative criminologiche e penologiche in parte diverse da quelle da tempo dominanti¹⁸. Quindi, la cultura criminologica e penologica socialmente cambia. Probabilmente questo cambiamento culturale non avrebbe determinato in precedenti momenti storici mutamenti altrettanto significativi sui processi effettivi di criminalizzazione secondaria. Ma questo processo avviene nella crisi della Prima Repubblica, che in parte determina e in parte amplifica la crisi del sistema della politica e della rappresentanza e dall'altro lato modifica radicalmente il sistema delle elezioni amministrative a livello comunale, favorendo sistemi di elezione diretta e non mediata della figura del sindaco. E così il tema della difesa sociale dalla criminalità viene politicamente tradotto come problema di sicurezza urbana di cui il primo cittadino diventa il protagonista principale delle politiche volte a garantirne la soluzione. Ma le politiche locali di sicurezza urbana sono di fatto improvvisazioni non meditate, operate da amministrazioni locali che non hanno né la capacità né le opportunità per pensare politicamente ad una strategia di sicurezza a medio e lungo termine. Esse sanno che devono agire subito, se vogliono sperare di essere riconfermate alla prossima consultazione elettorale. Esse pertanto si offrono come me-

¹⁸ Cfr. C. CESARONI, A.N. DOOB, *The decline in support for penal welfarism. Evidence of support among the elite for punitive segregation*, in *British Journal of Criminology*, 2003, 43, pp. 434 ss.

gafono politico alle domande di penalità manifestate dall'elettorato di riferimento e quindi tendono a interpretare l'insicurezza urbana come nuovo dispositivo di *governance*.

6. Per concludere

Se la carcerizzazione è determinata da processi decisionali, è scontato che attraverso il mutamento delle decisioni si possono alterare i tassi di carcerizzazione. Quanto si punisce è comunque l'esito di precise scelte che possono sempre cambiare. Sono numerosi gli esempi in cui un determinato Stato si è impegnato a ridurre, e a volte in termini radicali, la propria popolazione detenuta in un arco di tempo contenuto, riuscendoci. Si veda la Finlandia, ad esempio. La questione è pertanto un'altra: se un paese o una determinata comunità sono in grado di esprimere una volontà politica in favore di una riduzione della repressione penale e decidere di conseguenza. E per quanto sopra detto, è scontato che il perseguimento di questo obiettivo non interagisca significativamente con l'andamento della criminalità e quindi della sicurezza oggettiva e soggettiva dei cittadini.

Il problema così posto, lo riporta correttamente al livello in cui si origina il problema stesso. Per intenderci: ai processi di egemonia politico-culturale. In una democrazia, il governo della penalità "verso il basso" è possibile solo nei limiti storicamente concessi alla politica di costruire, orientare, egemonizzare un discorso pubblico sulla giustizia e penalità favorevole al contenimento della repressione. Non è affatto scontato quindi che sia sempre possibile governare una penalità in una strategia riduzionista. Il potere politico potrebbe contingentemente essere in forte deficit egemonico e pertanto non riuscire ad imporre una strategia riduzionista della pena socialmente condivisa. Ma è altrettanto possibile che il sistema della politica preferisca imporre un discorso pubblico di maggiore penalità, cogliendo nella domanda sociale di sicurezza l'occasione per approfittare di un nuovo dispositivo di *governance*, come acutamente osserva Jonathan Simon a proposito di «come la guerra al crimine [abbia] trasformato la democrazia americana e creato una cultura della paura»¹⁹.

Onestamente non saprei dire se il nostro paese oggi si muova all'interno del primo o del secondo scenario.

¹⁹ Così traduco il sottotitolo dell'edizione originale di J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, Oxford University Press, 2007.



TAVOLE E GRAFICI





Tavola 1
WORLD PRISON POPULATION LIST – 10^A EDIZIONE

AFRICA	Popolazione detenuta	Data censimento	Popolazione stimata	In. carceriz. (per 100.000 abit.)
<i>Nord Africa</i>				
Algeria	60.000	5/13	36.96m	162
Egitto	c. 66.000	/11	82.5m	c.80
Libia	5.328	24/1/13	6.55m	81
Marocco	72.000	1/1/13	32.75m	220
Sudan	20.000	/11	36m	56
Tunisia	21.300	/12	10.7m	199
<i>Africa occidentale</i>				
Benin	6.908	/10	9.2m	75
Burkina Faso	4.899	31/12/12	17.68m	28
Capo Verde	1.348	/12	504.000	267
Costa d'Avorio	7.086	31/12/12	20.8m	34
Gambia	c.1.000	31/12/12	1.8m	c.56
Ghana	14.021	26/8/13	26.18m	54
Guinea (Conakry)	c.2.600	/12	10.5m	c.25
Liberia	1.930	/12	4.2m	46
Mali	5.817	28/9/11	15.94m	36
Mauritania	1.602	/12	3.6m	45
Niger	6.899	/12	16.6m	42
Nigeria	54.144	31/5/13	169.9m	32
Senegal	8.428	21/12/12	13.25m	64
Sierra Leone	3.281	18/9/13	6.28m	52
Togo	4.060	20/12/12	6.35m	64
<i>Africa centrale</i>				
Angola	21.634	6/13	20.64m	105
Camerun	24.000	12/11	20.2m	119
R. Centrale Afr.	845	11/11	4.5m	19
Chad	4.831	25/1/12	11.7m	41
Congo (Brazzaville)	c.1.300	32/12/12	4.25m	c.31
Rep. Dem. Congo	c.22.000	/10	66m	c.33
Guinea Ecuator.	c.650	/12	686.000	c.95
Gabon	c.2.750	2/06	1.4m	c.196
Sao Tome e Princ.	217	/12	169.000	128
Sudan del Sud	c.7.000	4/13	10.7m	c.65
<i>Africa orientale</i>				
Burundi	6.477	28/2/13	8.95m	72
Comoros	c.120	/12	773.000	c.16
Gibuti	750	/11	906.000	83
Etiopia	112.361	2009-10	82.42m	136
Kenia	52.000	10/12	42.97m	121
Madagascar	18.507	/12	21.19m	87
Malawi	12.236	31/12/12	16.05m	76
Mauritius	2.663	16/113	1.32m	202
Mozambico	15.249	10/10	23.56m	65
Ruanda	55.618*	31/12/12	11.2m	492
Seychelles	628	30/1012	88.600	709
Tanzania	36.552	1/13	47.0m	78
Uganda	34.940	30/11/12	36.0m	97
Zambia	17.021	17/9/13	14.29m	119
Zimbabwe	16.902	2/13	13.1m	129

Mayotte (Fr.)	185	1/9/13	218.300	85
Réunion (Fr.)	1.138	1/9/13	878.000	130
<i>Sud Africa</i>				
Botswana	4.241	12/12	2.07m	205
Lesotho	2.564	/12	2.12m	121
Namibia	4.314	10/11	2.26m	191
Sudafrica	156.370	20/8/13	53.1m	294
Swaziland	3.411	3/12	1.2m	284

(*) In questo totale sono inclusi anche alcune migliaia di condannati o di imputati detenuti in relazione al genocidio del 1994.

Dati non disponibili: Guinea Bissau, Eritrea e Somalia

AMERICHE	Popolazione detenuta	Data censimento	Popolazione stimata	In. carceriz. (per 100.000 abit.)
<i>Nord America</i>				
Canada	40.544(*)	2011-12	34.45m	118
USA	2.239.751	31/12/11	312.73m	716
Bermuda (U.K.)	271	5/12	65.000	417
Greenland (Danimarca)	170	1/12/12	56.400	301
<i>America centrale</i>				
Belize	1.562	31/12/12	328.000	476
Costarica	14.963	31/7/12	4.77m	314
Salvador	26.568	27/5/13	6.3m	422
Guatemala	16.336	13/8/13	15.5m	105
Honduras	12.263	1/13	8.0m	153
Messico	246.226	30/6/13	117.05m	210
Nicaragua	9.168	31/12/12	6.0m	153
Panama	15.126	31/8/13	3.68m	411
<i>Caraibi</i>				
Antigua & Barbuda	371	25/7/13	92.000	403
Bahamas	1.600	8/12	360.000	444
Barbados	1.507	21/6/13	289.000	521
Cuba	57.337	5/12	11.25m	510
Dominica	266	3/13	68.000	391
Rep. Dominicana	24.744	10/5/13	10.3m	240
Grenada	441	/12	104.000	424
Haiti	9.936	4/8/13	10.4m	96
Giamaica	4.201	22/9/13	2.77m	152
St. Kitts & Nevis	330	26/8/13	46.200	714
St. Lucia	568	11/12	179.000	317
St. Vincent & Grenadines	410	/12	109.000	376
Trinidad & Tobago	3.800	media giornaliera 2012	1.35m	281
Anguilla (UK)	75	18/12/12	15.600	487
Aruba (Olanda)	235	9/12	104.700	224
Isole Cayman (UK)	185	media giornaliera 2012	56.100	330
Curacao (Olanda)	440	/12	152.000	289
Guadeloupe (Francia)	871	1/9/13	470.000	185
Martinique (Francia)	918	1/9/13	411.000	223
Porto Rico (USA)	11.452	31/12/11	3.68m	311
St. Maarten (Olanda)	180	11/12	39.000	458
Isole Vergini (UK)	138	7/12	20.000	460
Isole Vergini (USA)	587	11/11	109.000	539
<i>Sud America</i>				
Argentina	60.789	31/12/11	41.33m	147
Bolivia	14.770	/13	10.53m	140
Brasile	549.003	12/12	199.8m	274

Cile	46.716	31/7/13	17.57m	266
Colombia	118.201	31/7/13	48.24m	245
Ecuador	21.080	12/12	14.15m	149
Guyana	1.962	31/10/12	755.000	260
Paraguay	7.901	23/9/12	6.71m	118
Peru	61.390	12/12	30.34m	202
Suriname	994	/12	535.000	186
Uruguay	9.524	31/7/12	3.39m	281
Venezuela	48.262	/12	30.0m	161
Guiana Fran. (Francia)	694	1/9/13	250.000	278

(*) Popolazione carceraria media giornaliera che include anche i detenuti minorenni (1.04.2011- 31.3.2012).

ASIA	Popolazione detenuta	Data censimento	Popolazione stimata	In. carceriz. (per 100.000 abit.)
Asia Occidentale				
Bahrain	2.307	/12	839.000	275
Irak	37.014	30/6/12	33.7m	110
Israele	17.279	1/12/12	7.75m	223
Giordania	6.066	6/12/11	6.4m	95
Kuwait	4.179	/10	3.05m	137
Libano	5.094	13/12/12	4.33m	118
Oman	1.403	/02	2.3m	61
Qatar	c. 1.150	/11	1.92m	c.60
Arabia Saudita	47.000	2/13	29.1m	162
Siria	10.599	/04	18.2m	58
Emirati Arabi	11.193	/06	4.7m	238
Yemen	14.150	2/13	25.93m	55
Asia Centrale				
Kazakhstan	48.684	1/1/13	16.49m	295
Kyrgyzstan	9.828	1/1/12	5.43m	181
Tajikistan	9.317	12/10	7.15m	130
Turkmenistan	10.953	/06	4.9m	224
Uzbekistan	c. 42.000	3/12	27.7m	c.152
Asia Centro Meridionale				
Afghanistan	25.289	/12	33.1m	76
Bangladesh	72.104	16/4/13	170.58m	42
Bhutan	1.001	7/11	740.000	135
India	385.135	31/12/12	1266.8m	30
Iran	217.000	25/12/12	76.4m	284
Maldiva	994 (*)	/12	324.000	307
Nepal	14.936	8/12	31.08m	48
Pakistan	74.944	31/12/12	194.8m	39
Sri Lanka	27.000	9/13	20.5m	132
Asia sud orientale				
Brunei	507	9/12	414.500	122
Cambogia	15.397	11/12	14.52m	106
Indonesia	144.332	31/12/12	245.081m	59
Laos	4.020	/04	5.8m	69
Malesia	39.144	6/13	29.77m	132
Myanmar	60.053	/09	50.0m	120
Filippine	108.305	31/12/12	97.2m	111
Singapore	12.504	31/12/12	5.44m	230
Tailandia	279.854	1/8/13	70.4m	398
Timor-Leste	295	/12	1.17m	25
Vietnam	130.180	/12	89.7m	145

<i>Asia Orientale</i>				
Cina	1.640.000 (*)	/12	1345.1m	121
Giappone	64.932	30/6/13	127,26m	51
Korea (Repubblica della)	48.497	30/6/13	48.84m	99
Mongolia	8.193	1/10/12	2.85m	287
Taiwan	65.288	20/4/13	23,34m	280
Hong Kong (Cina)	9.189	30/6/13	7.19m	128
Macau (Cina)	1.083	31/10/12	566.000	191

(*) Soltanto detenuti definitivi. Il totale non comprende coloro che sono ancora in attesa di giudizio o si trovano in "detenzione amministrativa".

Dati non disponibili: Nord Corea

EUROPA	Popolazione detenuta	Data censimento	Popolazione stimata	In. carceriz. (per 100.000 abit.)
<i>Europa del Nord</i>				
Danimarca	4.091	1/9/13	5.61m	73
Estonia	3.186	30/9/13	1.34m	238
Finlandia	3.134	1/1/13	5.43m	58
Islanda	152	1/9/13	321.400	47
Irlanda	4.068	30/9/13	4.6m	88
Latvia	6.117	1/1/13	2.01m	304
Lituania	9.729	1/1/13	2.96m	329
Norvegia	3.649	1/9/13	5.1m	72
Svezia	6.364	1/10/12	9.53m	67
Regno Unito				
-Inghilterra e Galles	84.430	27/9/13	57.06m	148
-Irlanda del Nord	1.851	27/9/13	1.84m	101
-Scozia	7.855	27/9/13	5.33m	147
Is. Faeroe (Danimarca)	10	media giornaliera 2012	48.230	21
Guernsey (UK)	97	4/13	65.800	147
Isola di Man (UK)	97	9/9/13	86.700	112
Jersey (UK)	163	10/9/13	98.750	165
<i>Europa meridionale</i>				
Albania	4.505	1/1/13	2.85m	159
Andorra	33	1/1/13	86.900	38
Bosnia & Erzegovina				
-Federazione	1883	1/1/13	2.35m	80
-Republika Srpska	1.027	31/12/12	1.4m	73
Croazia	4.741	1/1/13	4.38m	108
Cipro	905 (*)	1/9/11	854.700 (*)	106
Grecia	12.479	1/1/12	11.29m	111
Italia	64.835	31/8/13	61.14m	106
Kosovo	1.691	31/12/12	1.82m	93
Macedonia	2.515	1/9/11	2.06m	122
Malta	610	1/7/13	420.050	145
Montenegro	1.297	1/1/13	622.600	208
Portogallo	14.264	1/9/13	10.49m	136
San Marino	2 (**)	1/9/11	32.100	6 (**)
Serbia	10.226	31/12/12	7.21m	142
Slovenia	1.357	1/9/13	2.06m	66
Spagna	68.220	23/8/13	46.27m	147
Gibilterra (UK)	70	media giornaliera 2011	29.450	238
<i>Europa Occidentale</i>				
Austria	8.273	1/1/13	8.48m	98
Belgio	12.126	1/1/13	11.19m	108
Francia	62.443 (***)	1/9/13	63.94m (***)	98

Germania	64.379	31/3/13	81.96m	79
Liechtenstein	9 (****)	1/1/13	36.800	24 (***)
Lussemburgo	656	1/1/13	538.000	122
Monaco	27 (*****)	1/1/13	36.900	73 (*****)
Olanda	13.749	30/9/12	16.76m	82
Svizzera	6.599	5/9/12	8.01m	82
Europa/Asia				
Armenia	4.756	1/1/13	2.9m	164
Azerbaijan	37.989 (*****)	1/9/11	9.19m	413 (*****)
Georgia	10.202 (*****)	30/4/13	4.54m (*****)	225
Fed. Russa	681.600	1/9/13	143.4m	475
Turchia	137.133	17/9/13	76.43m	179
Europa Centr. e Orient.				
Bielorussia	31.700	1/10/12	9.45m	335
Bulgaria	10.996	10/12	7.3m	151
Repub. Ceca	16.257	30/8/13	10.54m	154
Ungheria	18.388	13/6/13	9.9m	186
Moldavia	6.710 (*****)	1/4/13	3.56m (*****)	188
Polonia	83.610	31/8/13	38.55m	217
Romania	33.015	24/9/13	21.25m	155
Slovacchia	10.152	31/8/13	5.42m	187
Ucraina	137.965	1/9/13	45.21m	305

(*) Non include la Repubblica Turca del Nord Cipro (TRNC), internazionalmente non riconosciuta.

(**) In accordo con l'Italia, la maggior parte dei condannati in San Marino scontano poi la pena in carceri italiane.

(***) Si intende la c.d. Francia Metropolitana, con esclusione pertanto dei territori francesi in Africa, Americhe e Oceania.

(****) In accordo con l'Austria, alcune persone condannate o detenute in Liechtenstein posso essere detenute in carceri austriache.

(*****) In accordo con la Francia, persone condannate o detenute a Monaco possono scontare la pena in carceri francesi.

(*****) Totale che include anche coloro che sono in custodia cautelare ma non detenuti nelle carceri del Ministero di Giustizia.

(*****) Non include i detenuti in Abkhazia e Sud Ossetia, che sono stati dichiarati indipendenti dalla Georgia.

(*****) Non include Transnistria/Transnistria/Pridnestrovie, internazionalmente non riconosciuto.

OCEANIA	Popolazione detenuta	Data censimento	Popolazione stimata	In. carceriz. (per 100.000 abit.)
Australia	29.383	30/6/12	22.68m	130
Fiji	1.537	11/12	882.000	174
Kiribati	118	10/12	103.650	114
Isole Marshall	c.32	12/12	55.000	c.58
Micronesia	90	31/12/12	112.000	80
Nauru	26	31/12/12	9.400	277
Nuova Zelanda	8.597	30/6/13	4.47m	192
Palau	62	/12	21.000	295
Papua Nuova Guinea	3.467	/12	7.2m	48.
Samoa	c.430	/12	188.650	c.228
Isole Salomon	321	30/9/13	584.000	55
Tonga	158	31/12/12	105.000	150
Tuvalu	12	12/12	10.000	120
Vanuatu	194	31/12/12	255.000	76
Samoa (USA)	167	31/12/11	69.500	240
Isole Cook	25	21/11/11	23.000	109
Polinesia Francese (Francia)	427	1/9/13	280.000	152
Guam (USA)	696	4/6/13	161.000	432
Nuova Caledonia (Francia)	402	1/9/13	264.000	152
Is. Northern Mariana	162	31/12/11	61.300	264

Tavola 2

CICLO SOCIO-POLITICO-ECONOMICO E TASSI DI CARCERIZZAZIONE

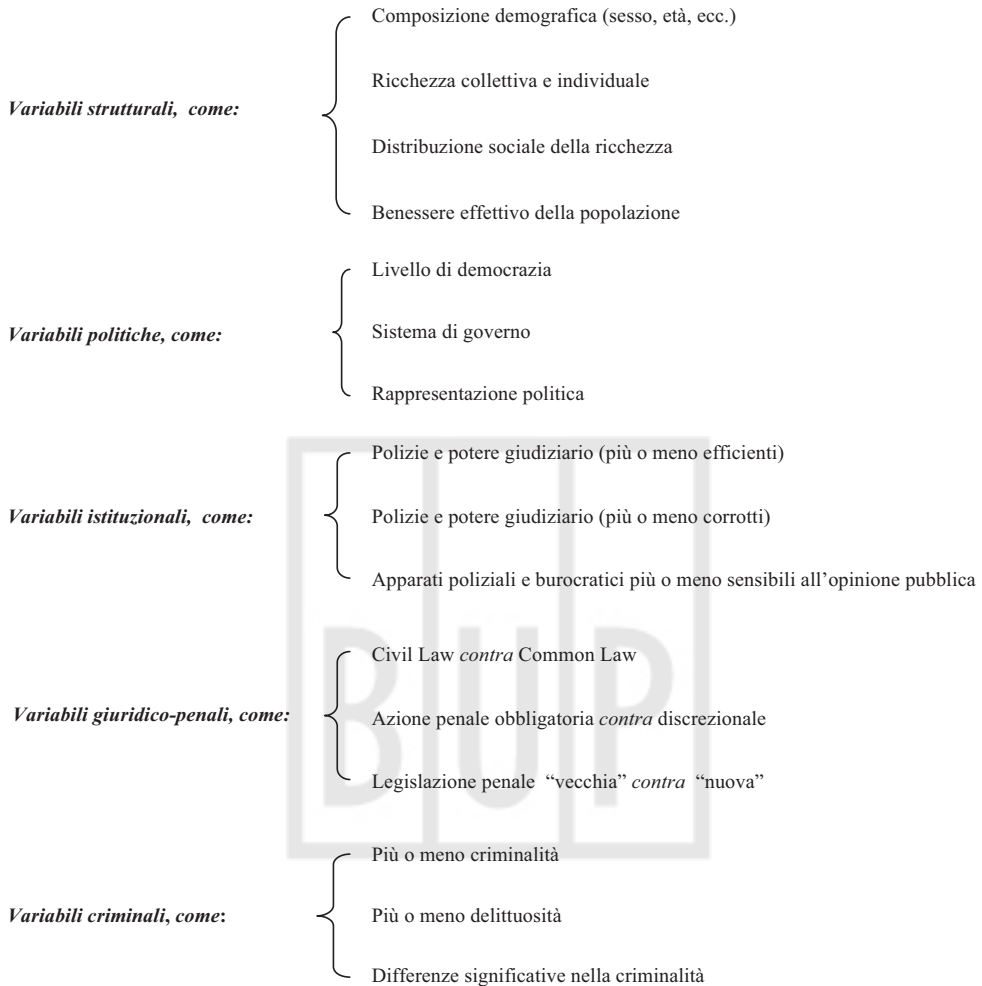


Tavola 3

TIPOLOGIE DI ECONOMIE POLITICHE E RELATIVE TENDENZE PENALI

INDICI SOCIO-ECONOMICI E PENALI	NEO-LIBERISMO	CORPORATIVISMO E CONSOCIATIVISMO CONSERVATIVO	CORPORATIVISMO E CONSOCIATIVISMO SOCIAL-DEMOCRATICO	CORPORATIVISMO E CONSOCIATIVISMO ORIENTALE
ORGANIZZAZIONE ECONOMICA E POLITICO-SOCIALE	Libero mercato, Stato sociale minimale o residuale	Stato sociale moderatamente sviluppato, ma nel rispetto delle differenze di status	Stato sociale sviluppato, ma in una prospettiva universalistica	Mercato privato fondato sul 'corporativismo del benessere' paternalistico e burocratico
DIFFERENZIALE DI REDDITO	Estremo	Pronunciato	Contenuto	Molto contenuto
DIFFERENZIALE DI STATUS	Egualitarismo formale	Moderatamente gerarchizzato in ragione delle differenze occupazionali	Egualitarismo sostanziale, pur nel rispetto delle differenze occupazionali	Rigidamente gerarchizzato secondo l'ordine patriarcale e tradizionale
RELAZIONI STATO/ CITTADINI	Diritti sociali limitati	Diritti sociali moderatamente riconosciuti	Diritti sociali diffusi ad accesso relativamente incondizionato	Di natura ancora feudale, segnate da un forte senso del dovere
INCLUSIONE/ ESCLUSIONE SOCIALI	Pronunciata tendenza all'esclusione sociale	Tendenzialmente inclusivo, con alcune eccezioni nei confronti di alcune minoranze	Pronunciata tendenza all'inclusione sociale	Tendenzialmente inclusivo, con limitate eccezioni nei confronti di alcune minoranze
ORIENTAMENTO POLITICO	Destra	Centrista	Sinistra	Centro-destra
IDEOLOGIA PENALE DOMINANTE	Legge e ordine	Rieducativa	Garantista	Rieducativa-compensatoria
MODO DI PUNIRE	Con finalità manifeste di esclusione sociale	Misto	Con finalità manifeste di inclusione sociale	Con finalità manifeste di inclusione sociale
DOMANDA SOCIALE DI PENALITÀ	Alta	Modesta	Bassa	Bassa
TASSI DI CARCERIZZAZIONE	Alti	Moderati	Contenuti	Molto contenuti
INDICE DI CRIMINALITÀ	Usa = 50,15 Inghilterra = 42,62 Australia = 41,23 Cile = 47,09 Israele = 33,28 Sudafrica = 78,53	Germania = 27,14 Francia = 47,28 Italia = 45,59 Olanda = 37,07	Svezia = 38,28 Norvegia = 33,73 Finlandia = 29,16	Giappone = 18,10

Tavola 4
POLITICHE, NARRATIVE CRIMINOLOGICHE E SISTEMI DI GIUSTIZIA PENALE

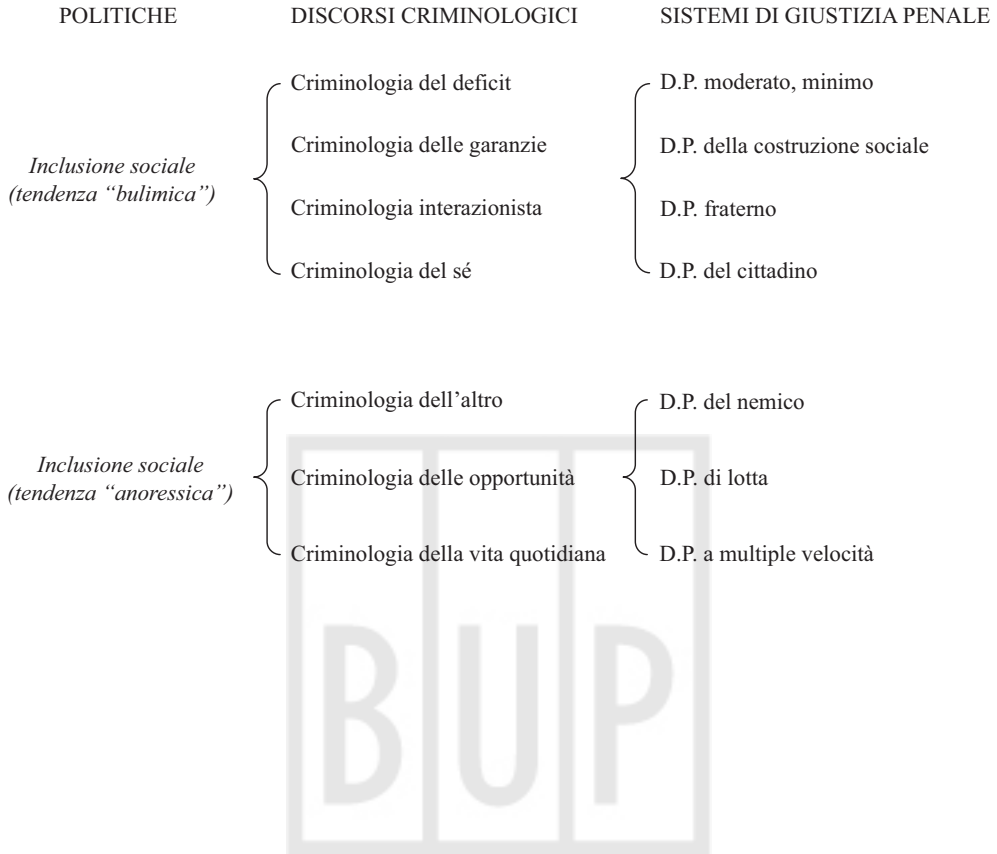


Tavola 5

TASSI DI CARCERIZZAZIONE E DOMANDA SOCIALE DI PENALITÀ (INDICE DI PUNIBILITÀ)

	Indice punibilità	Indice punibilità per cluster	Tassi di carcerizzazione	Indice di criminalità	Graduatoria punibilità	Graduatoria carcerizzazione	Graduatoria criminalità
Paesi neo-liberali		13,6					
Sudafrica	31		307	78,53	1	2	1
USA	16		716	50,15	2	1	2
Inghilterra	12		150	42,62	3	4	5
Australia	5		130	41,23	7	5	7
N. Zelanda	4		194	43,85	8	3	6
Paesi corporativo consociativi		4,7					
Italia	6		112	45,59	5	6	4
Olanda	6		82	37,07	5	8	9
Francia	2		101	47,28	10	7	3
Paesi socialdemocratici		2					
Svezia	3		70	38,28	9	9	8
Finlandia	1		60	29,16	11	10	10
Paesi corporativi orientali		10					
Giappone	10		54	18,10	4	11	11

Tavola 6

TENDENZE NEGLI ANDAMENTI DI CARCERIZZAZIONE NEI 16 PAESI IN ESAME ALLA TAVOLA 5 (CON RIFERIMENTO AL TASSO DI CARCERIZZAZIONE MONDIALE MEDIO AL 2013)

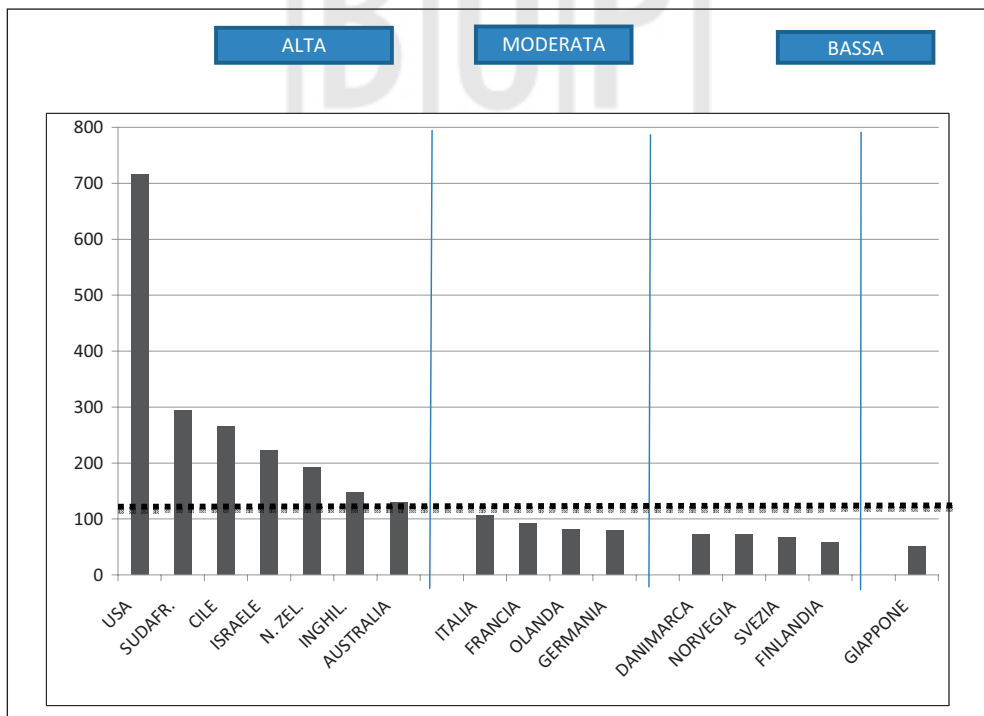
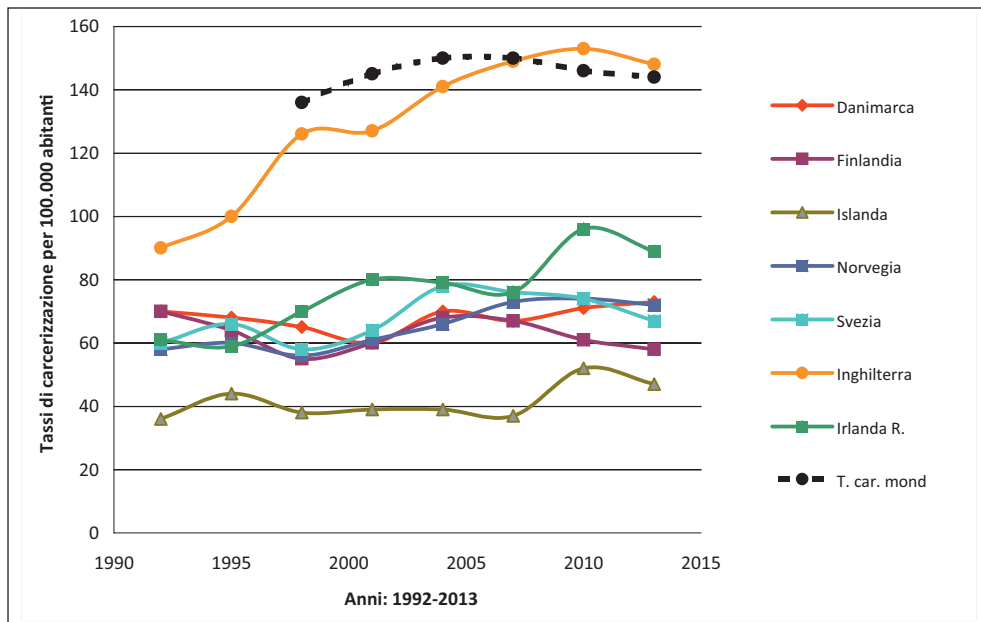
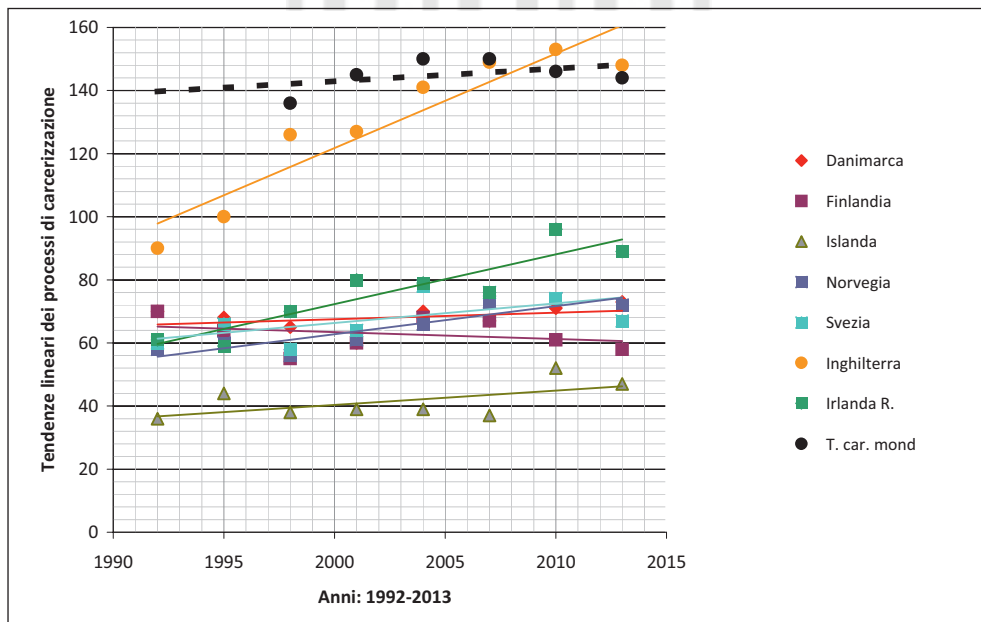


Grafico 1.1
 ALCUNI PAESI DELL'EUROPA DEL NORD

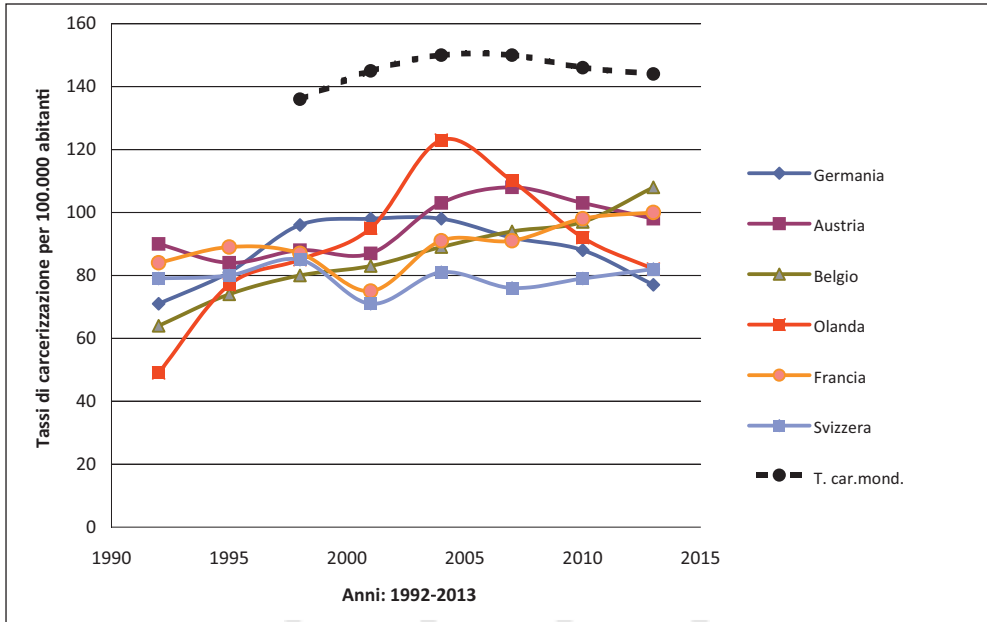


a

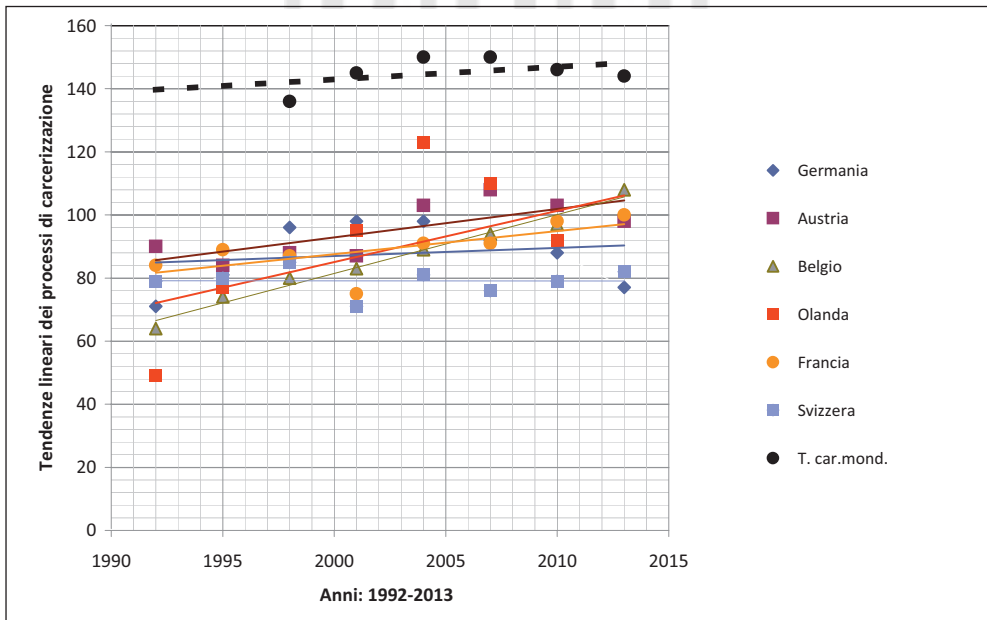


b

Grafico 1.2
ALCUNI PAESI DELL'EUROPA OCCIDENTALE

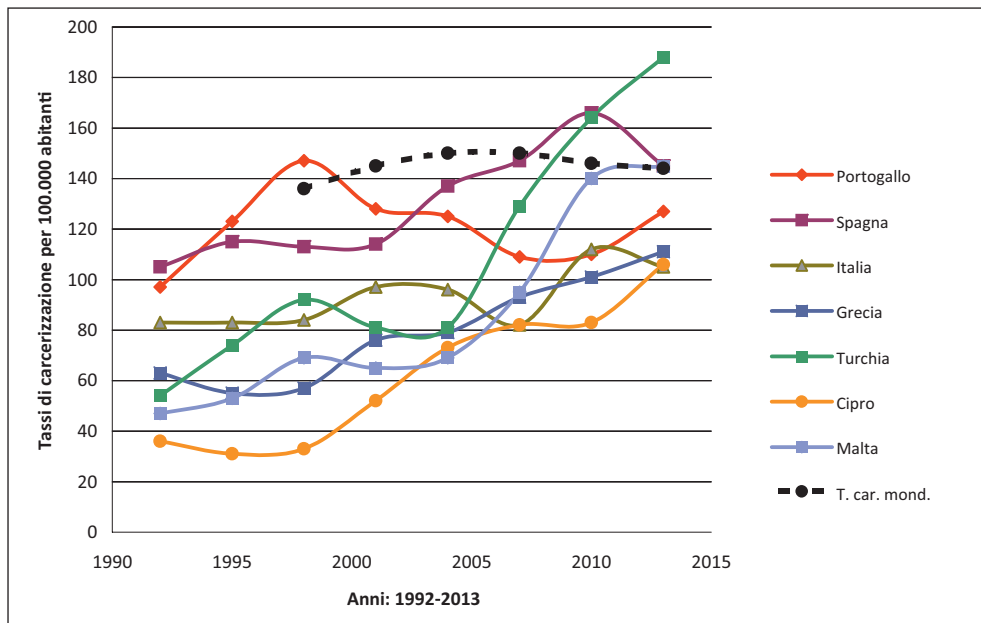


a

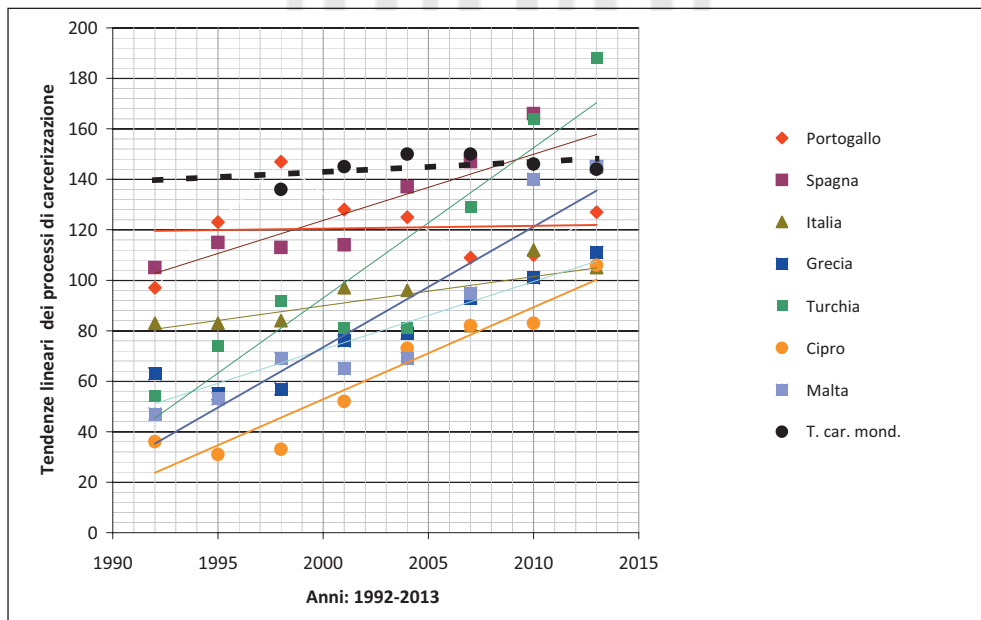


b

Grafico 1.3
 ALCUNI PAESI DELL'EUROPA MERIDIONALE

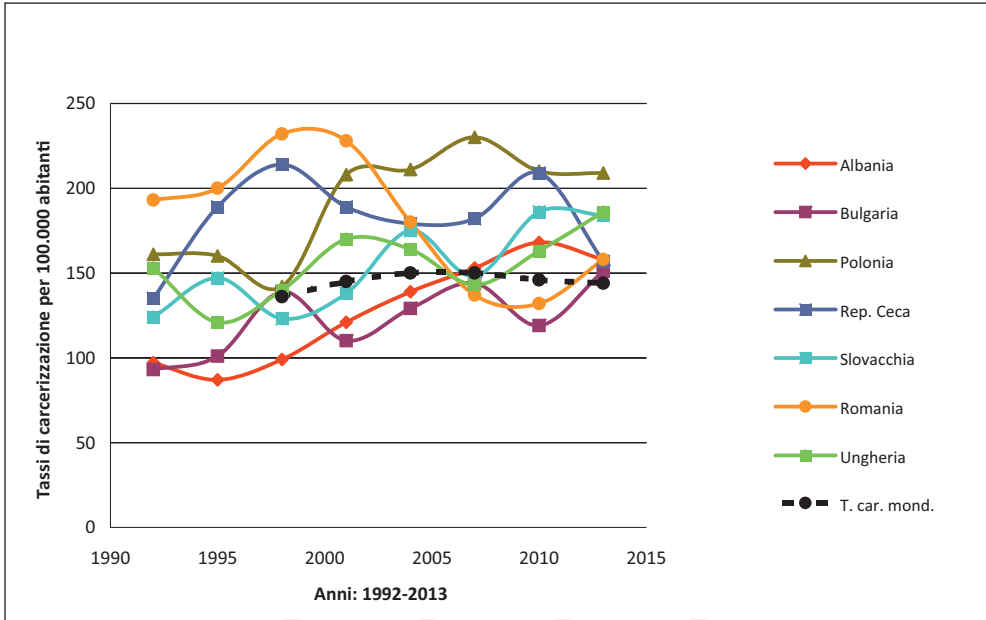


a

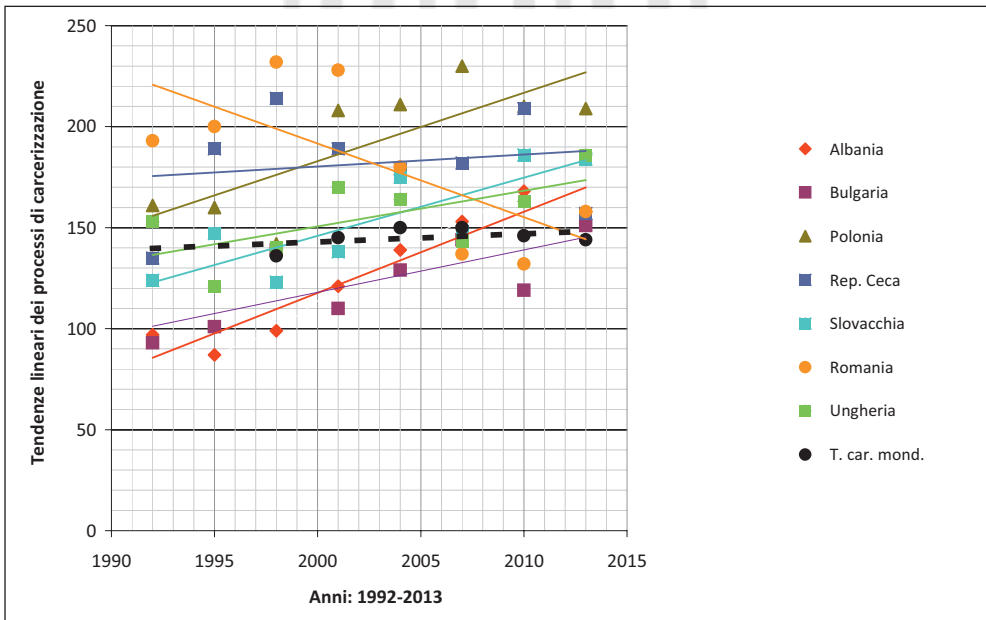


b

Grafico 1.4
ALCUNI PAESI DELL'EUROPA EX COMUNISTA

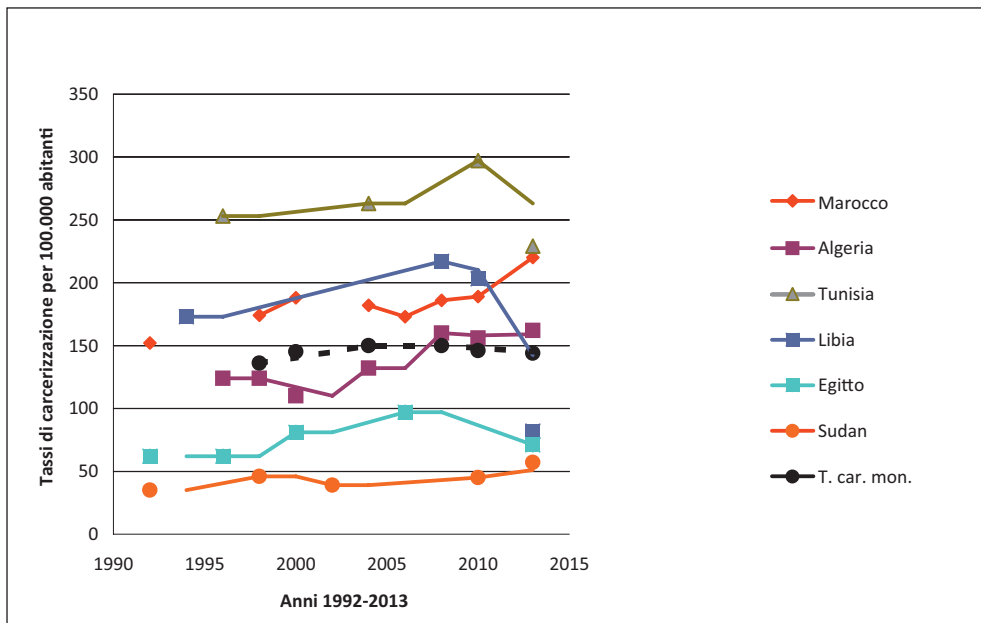


a

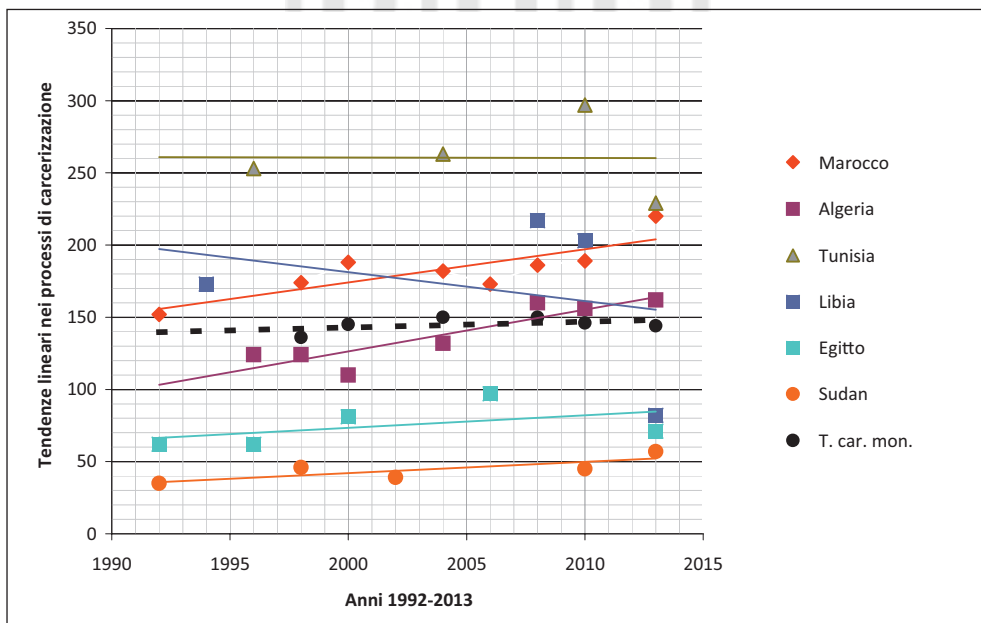


b

Grafico 1.5
 ALCUNI PAESI DEL NORD AFRICA

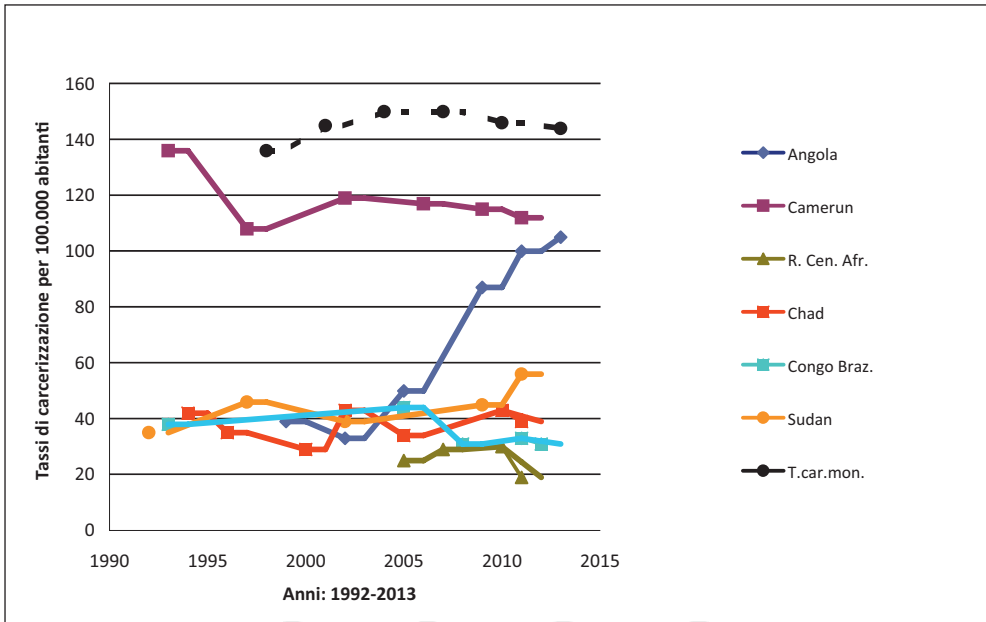


a

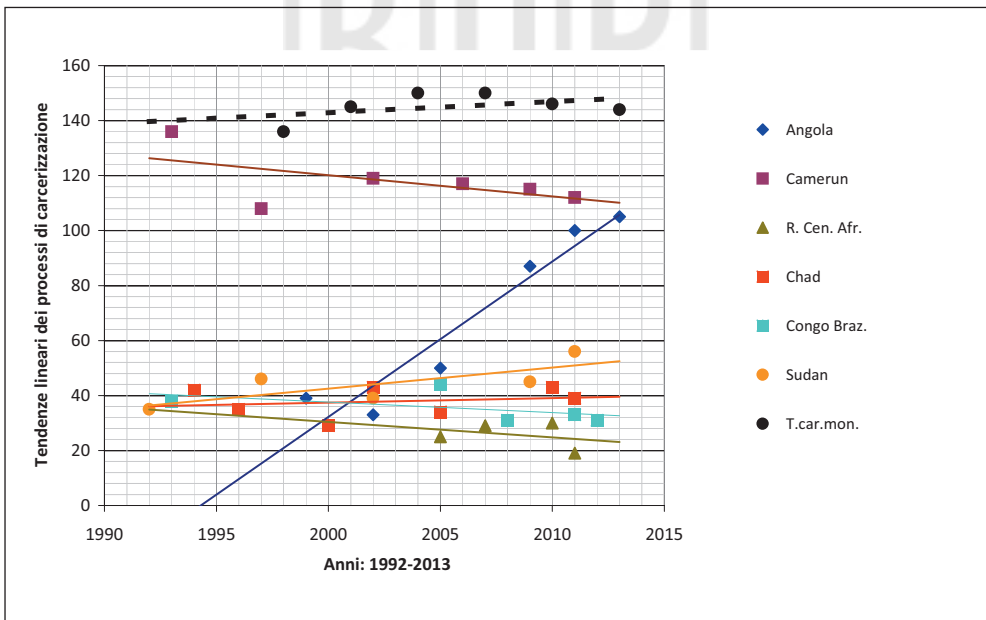


b

Grafico 1.6
ALCUNI PAESI DELL'AFRICA CENTRALE

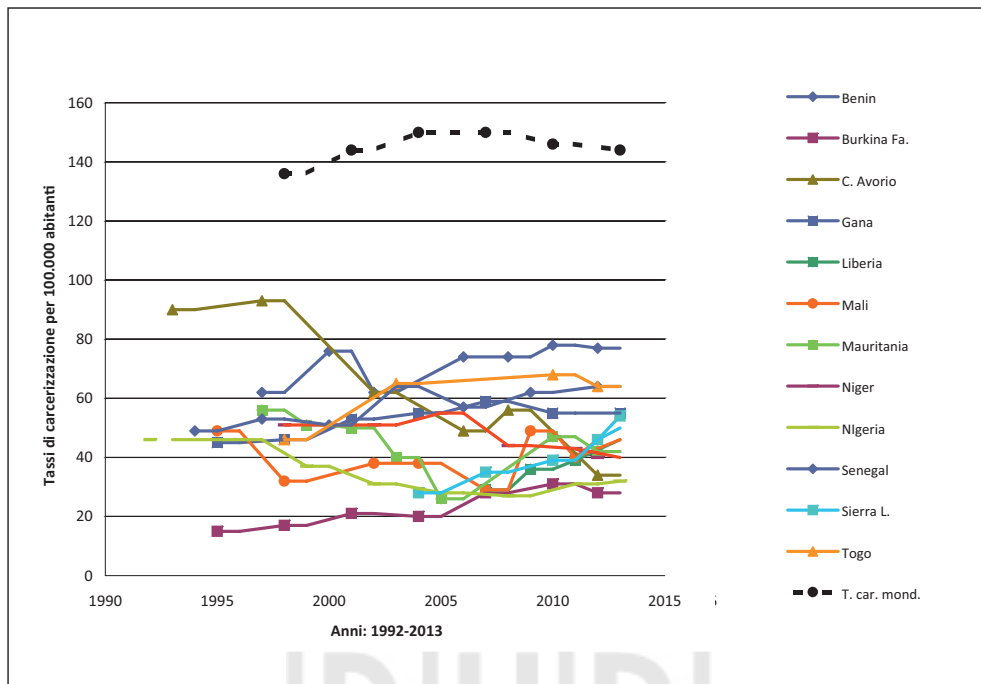


a

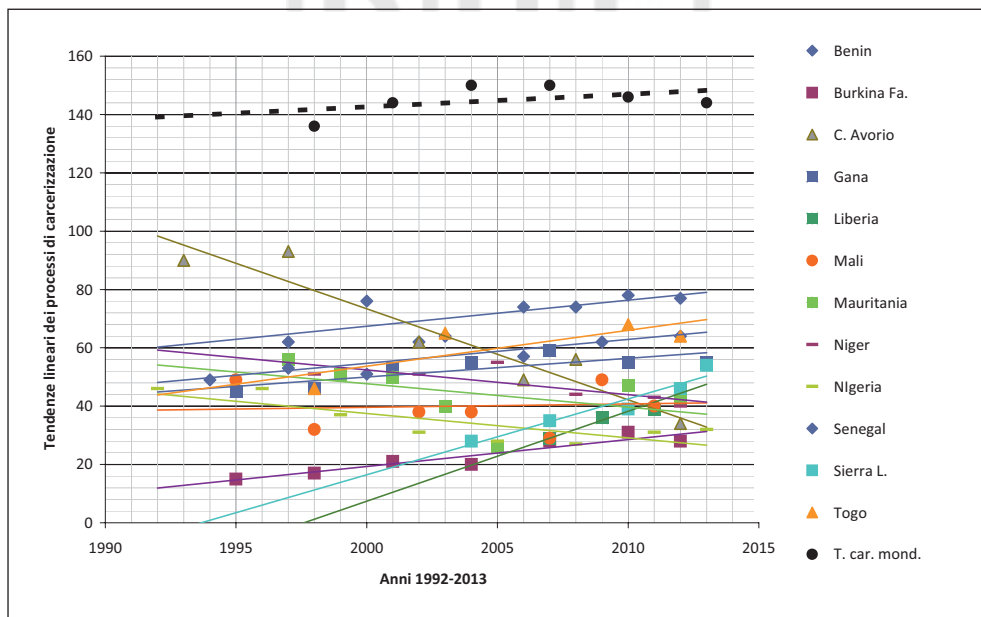


b

Grafico 1.7
 ALCUNI PAESI DELL'AFRICA OCCIDENTALE

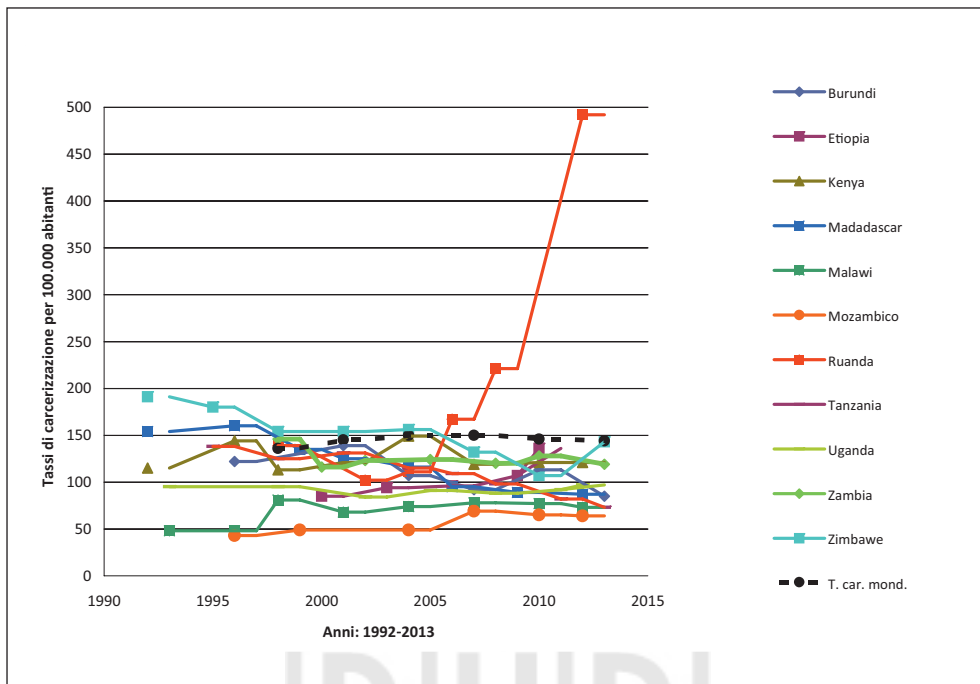


a

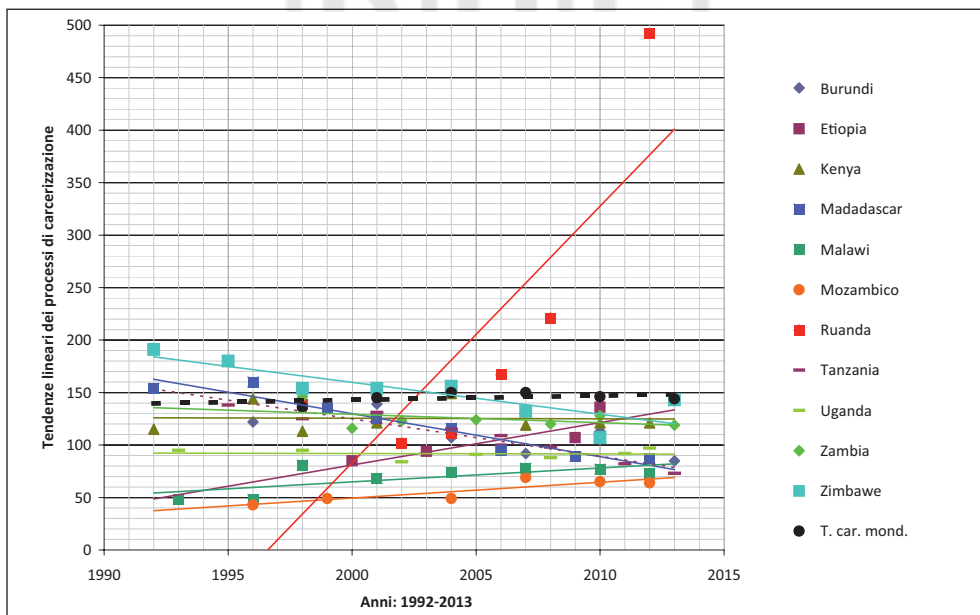


b

Grafico 1.8
ALCUNI PAESI DELL'AFRICA ORIENTALE

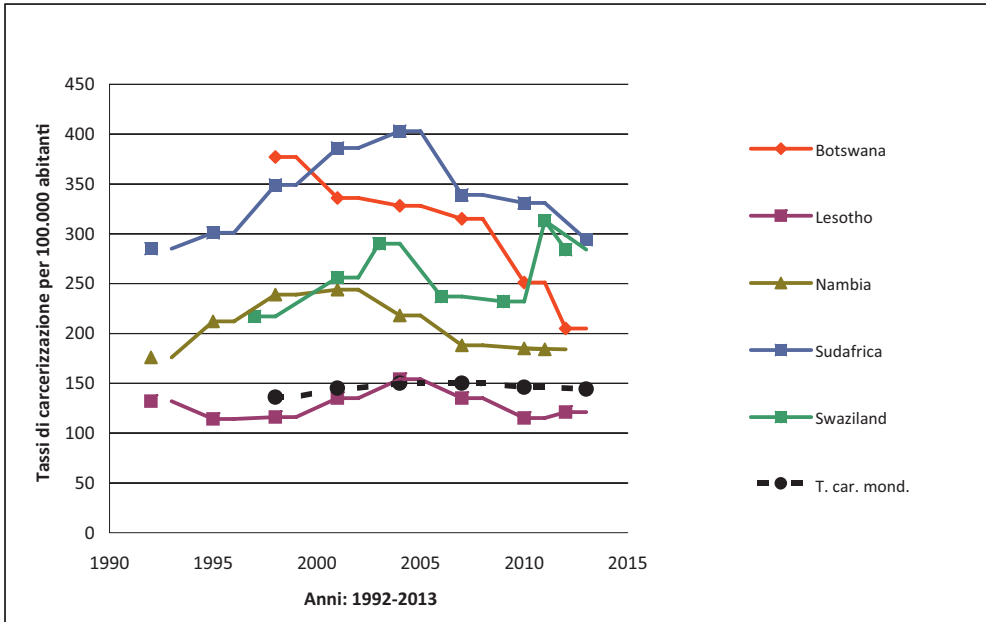


a

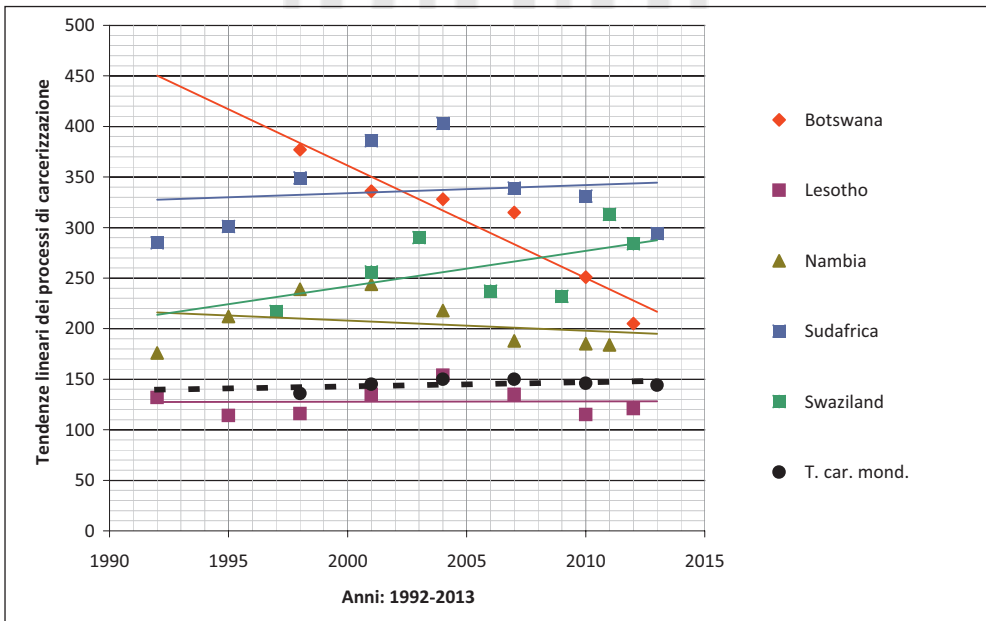


b

Grafico 1.9
 ALCUNI PAESI DELL'AFRICA MERIDIONALE

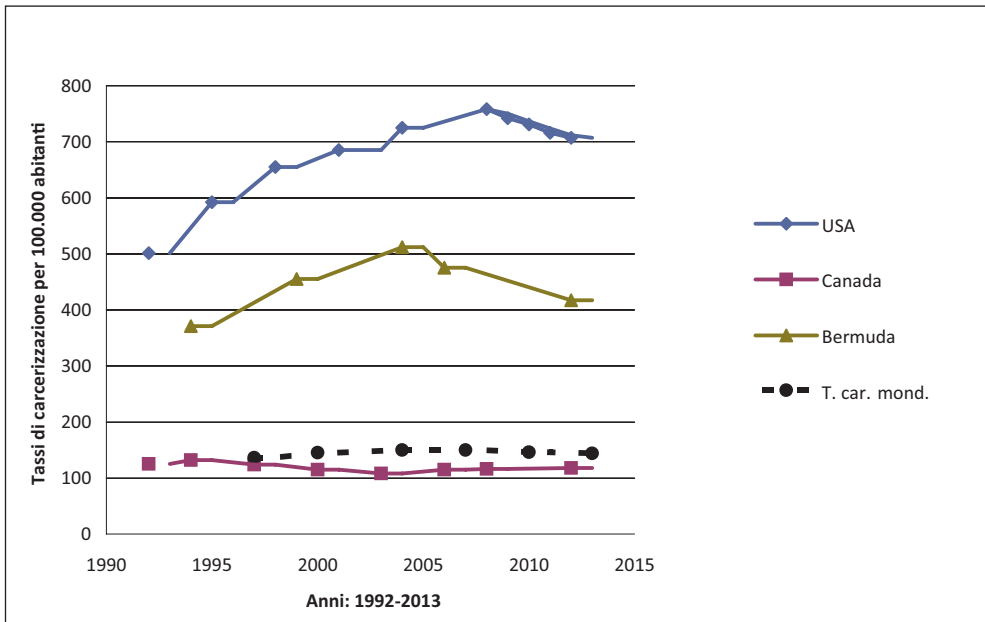


a

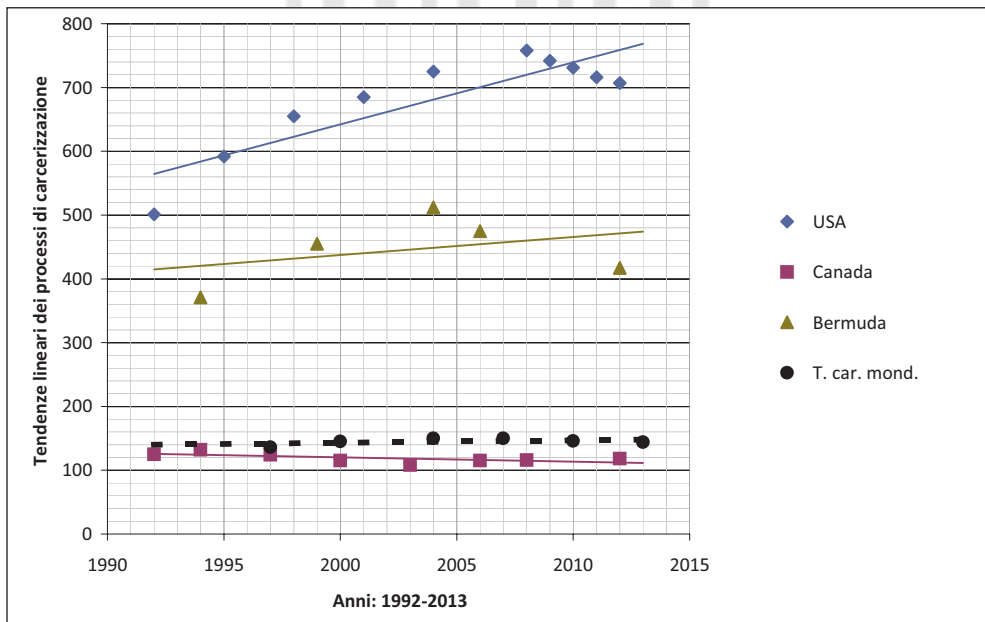


b

Grafico 1.10
ALCUNI PAESI DEL NORD AMERICA

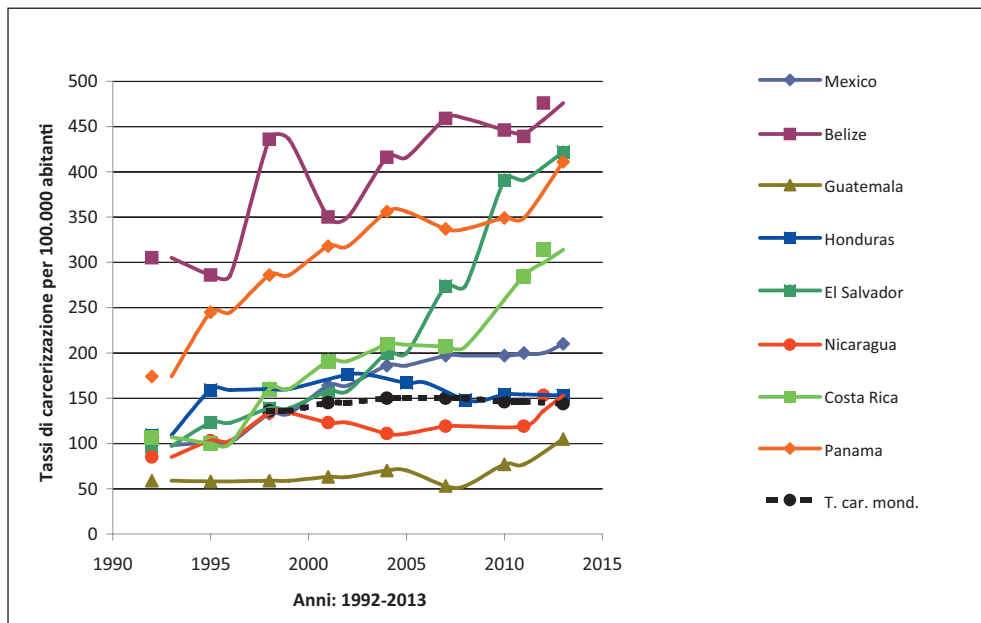


a

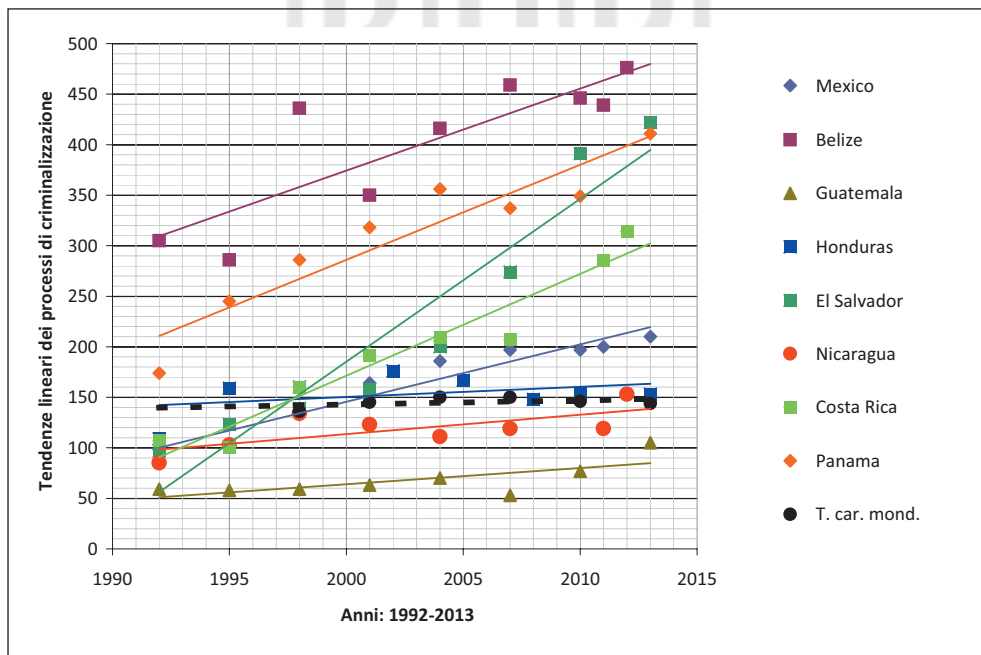


b

Grafico 1.11
 ALCUNI PAESI DELL'AMERICA CENTRALE

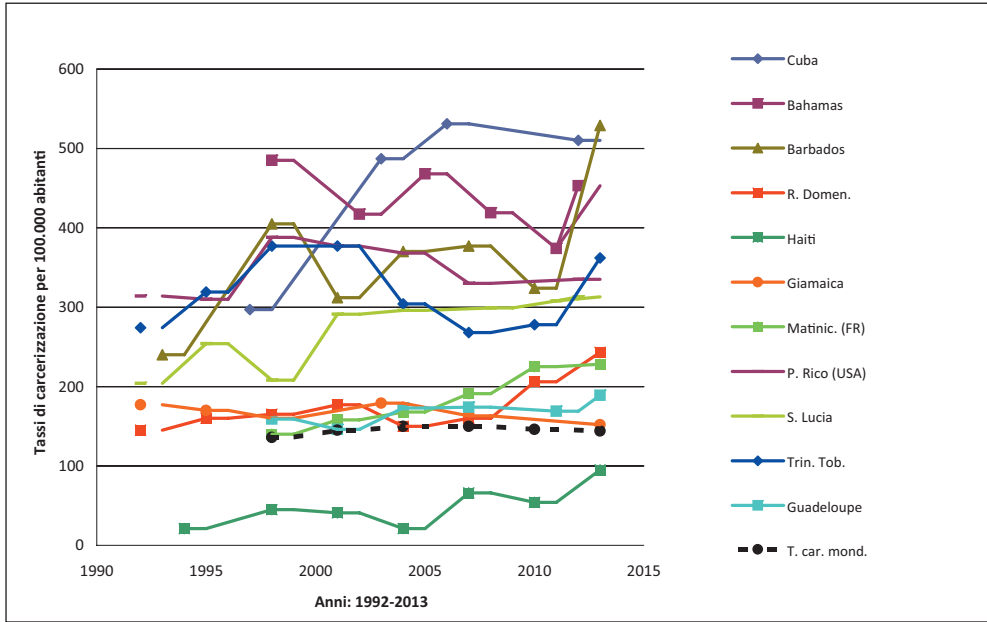


a

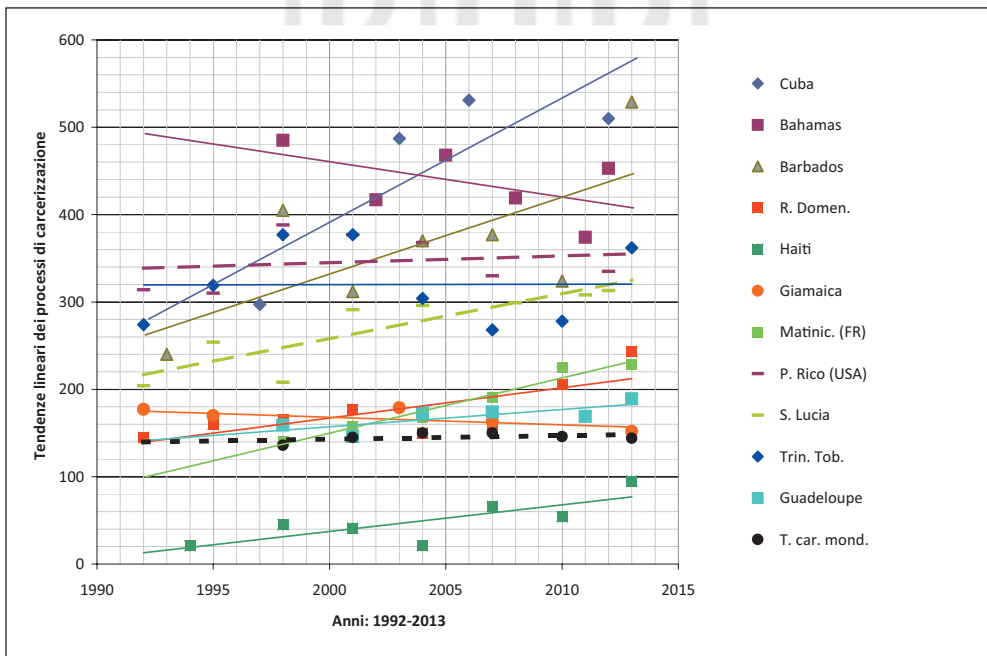


b

Grafico 1.12
ALCUNI PAESI CARAIBICI

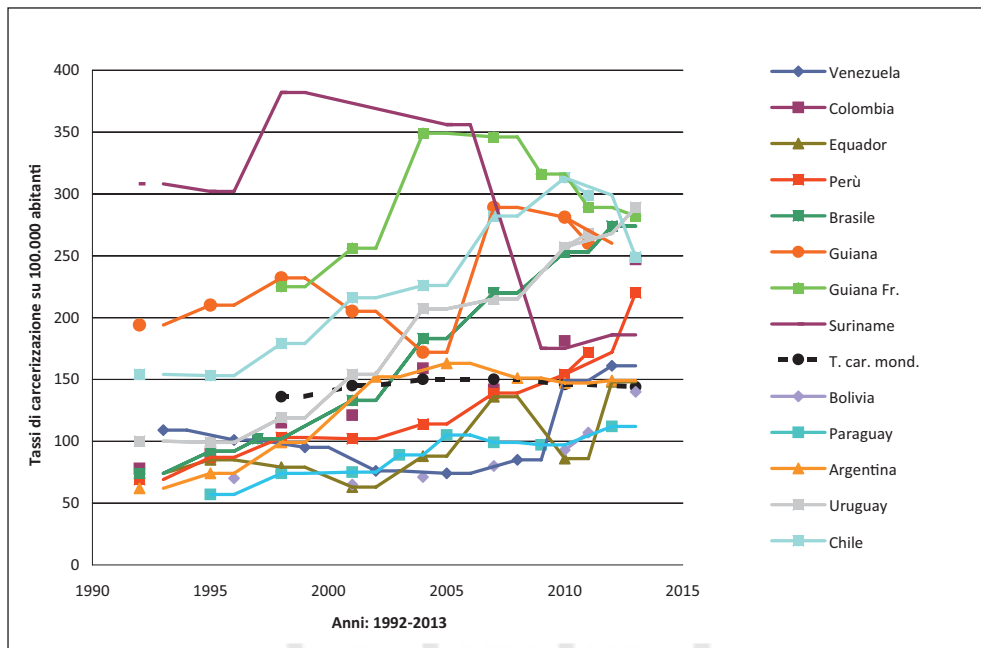


a

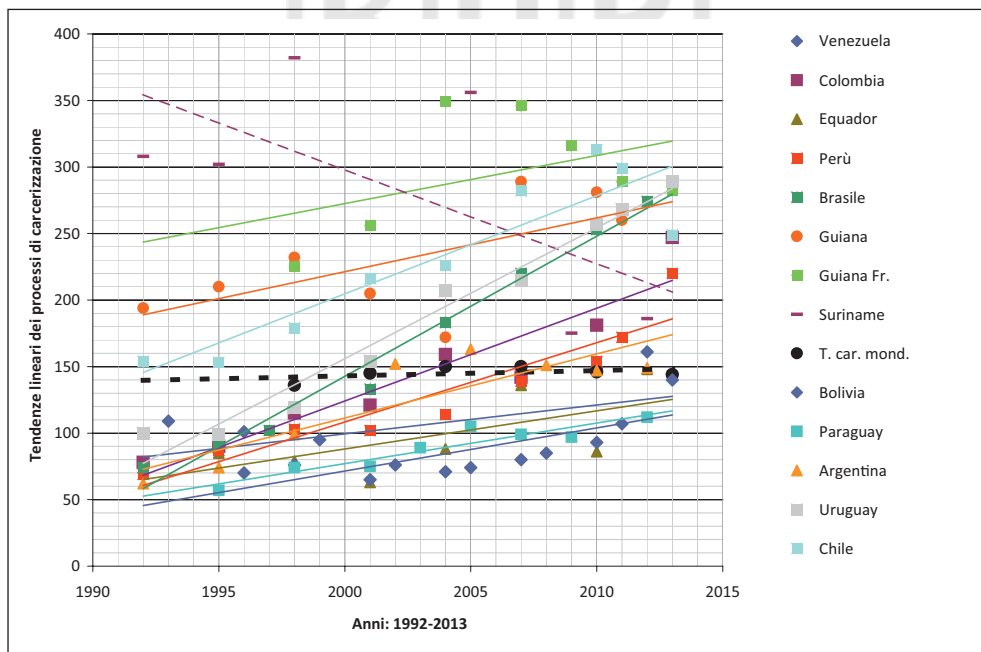


b

Grafico 1.13
ALCUNI PAESI DELL'AMERICA MERIDIONALE

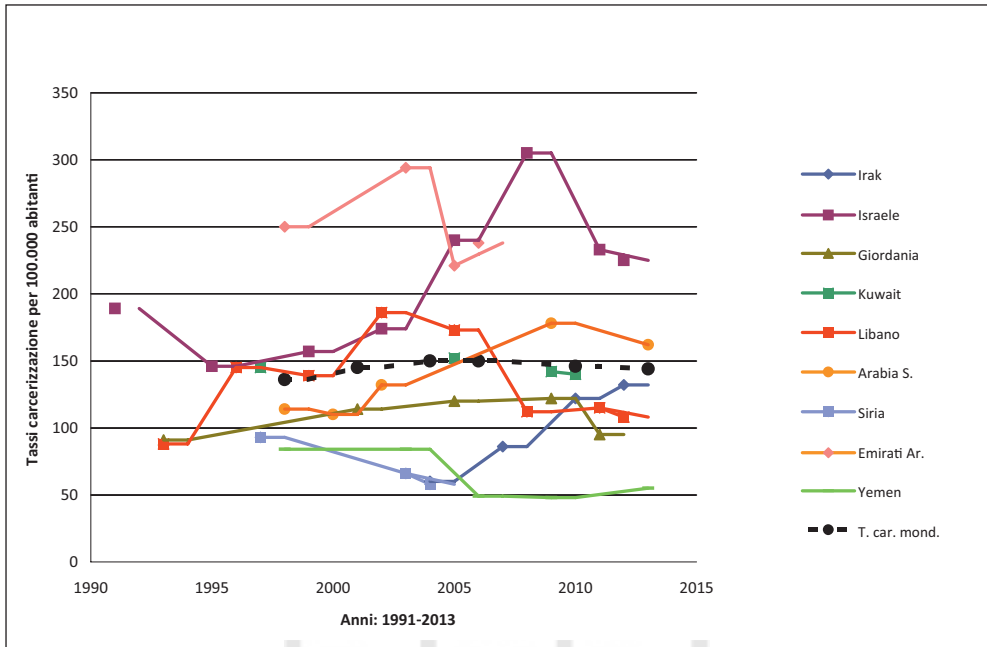


a

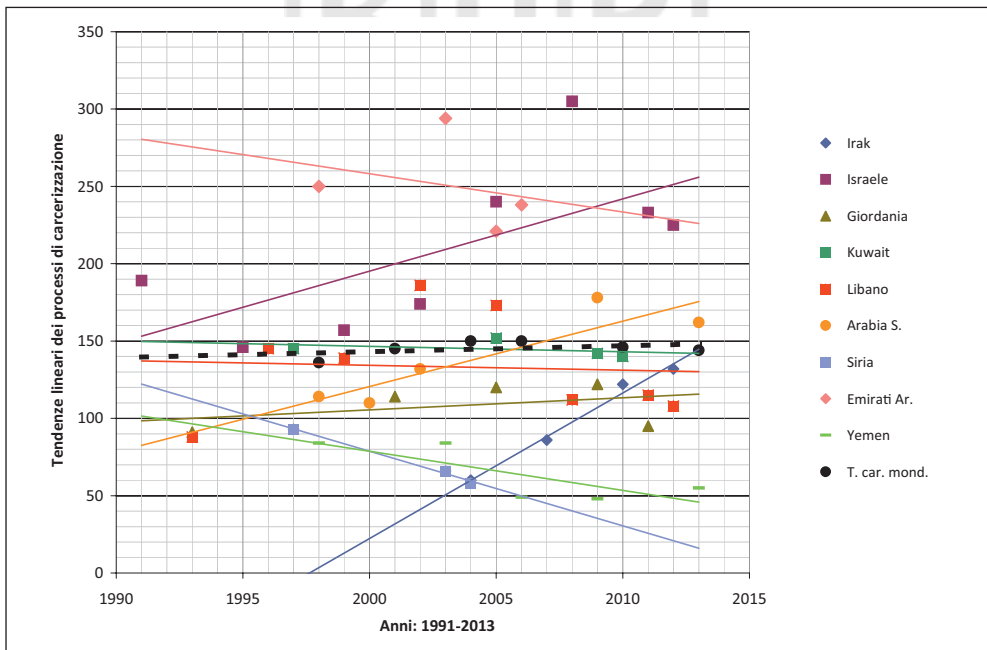


b

Grafico 1.14
ALCUNI PAESI DELL'ASIA OCCIDENTALE

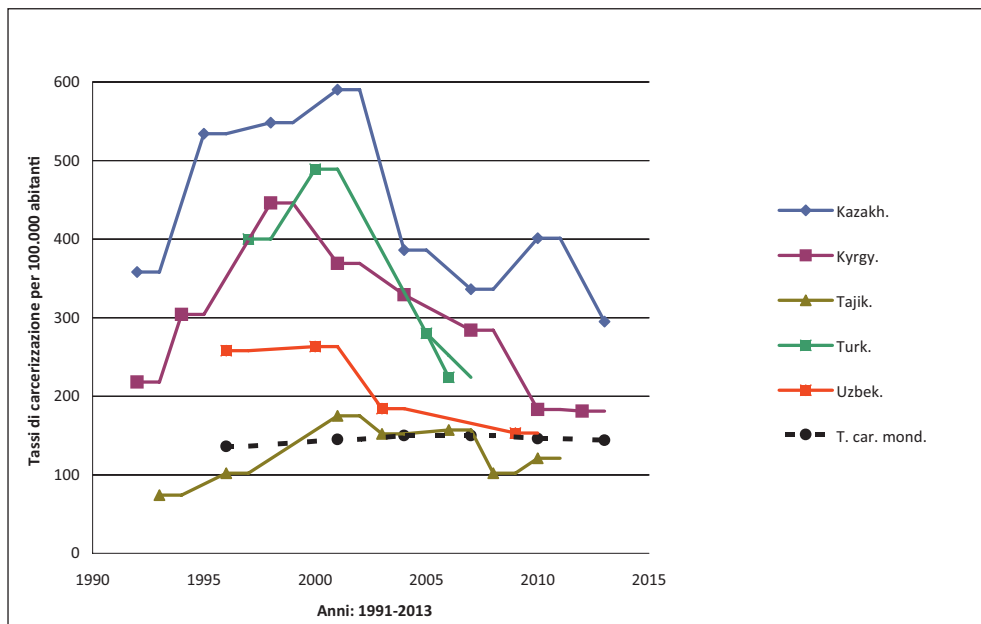


a

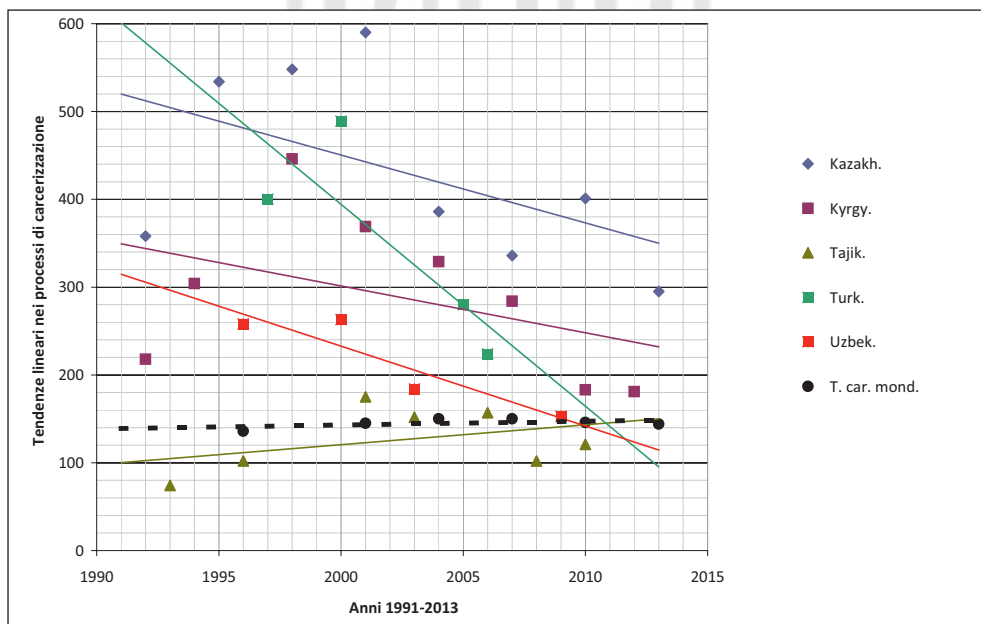


b

Grafico 1.15
 ALCUNI PAESI DELL'ASIA CENTRALE

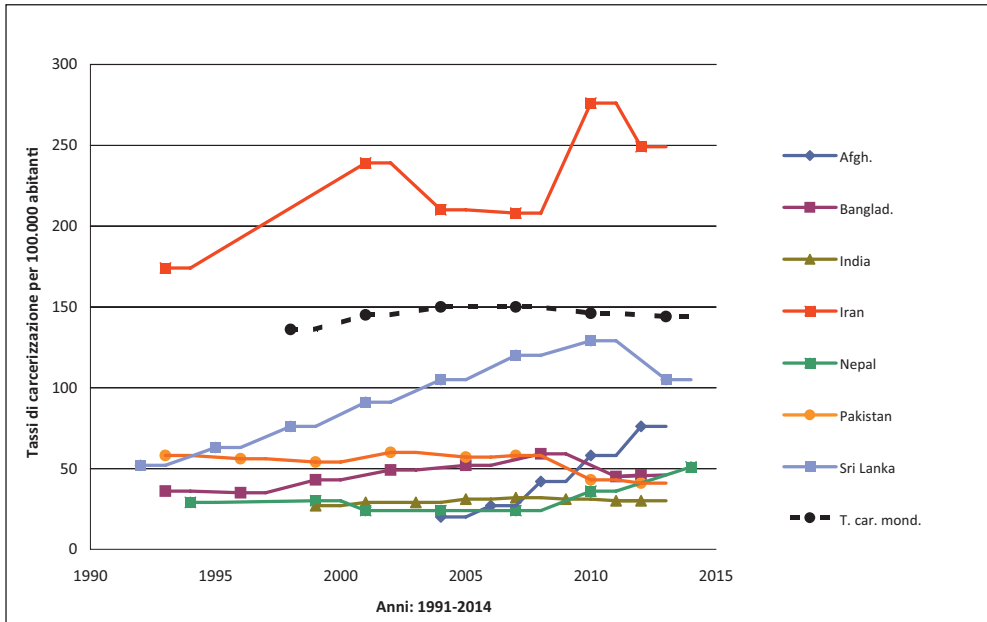


a

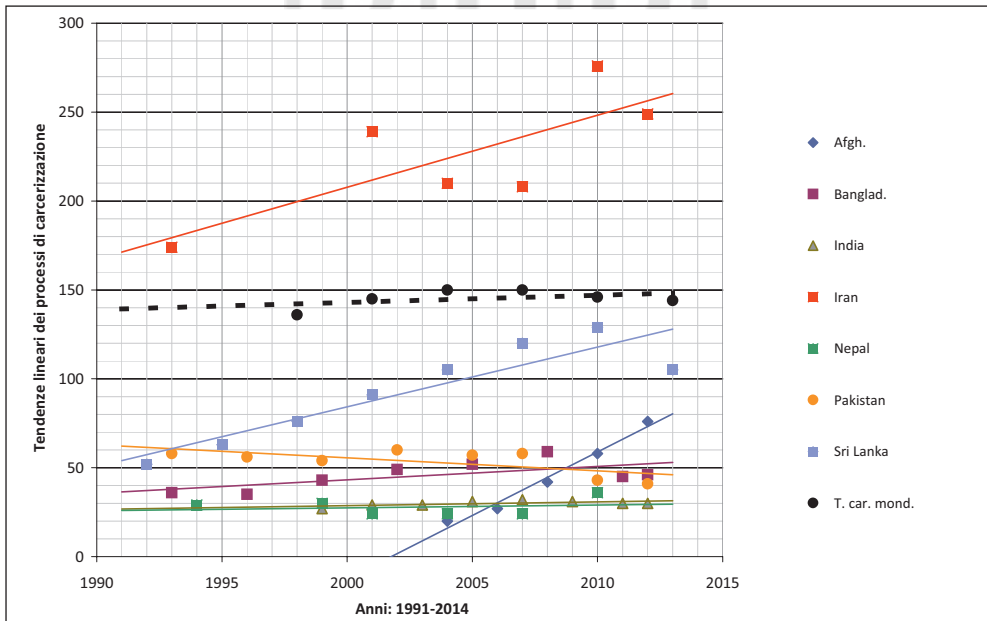


b

Grafico 1.16
ALCUNI PAESI DELL'ASIA CENTRO-MERIDIONALE

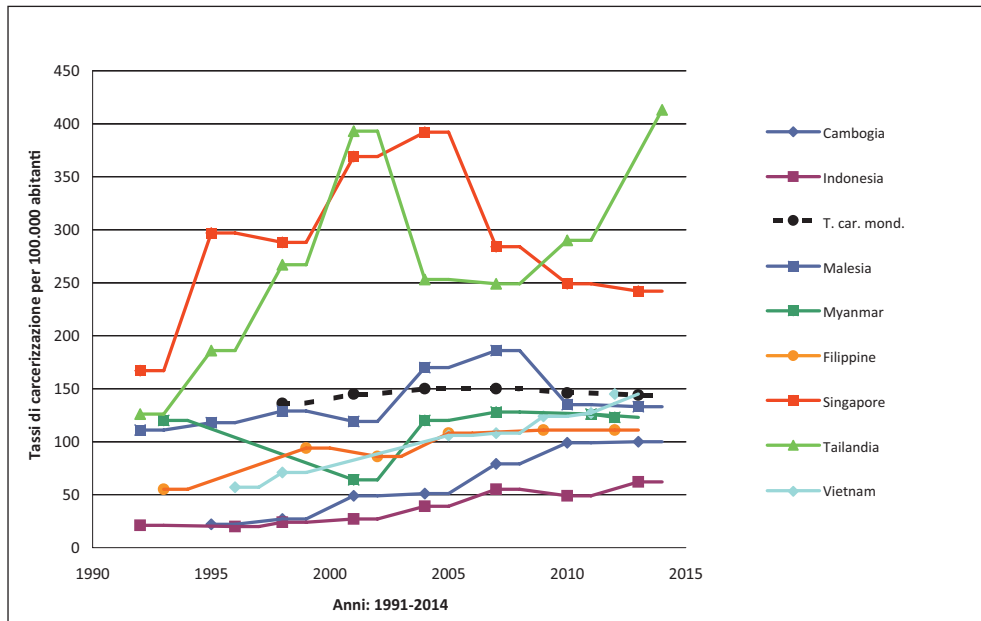


a

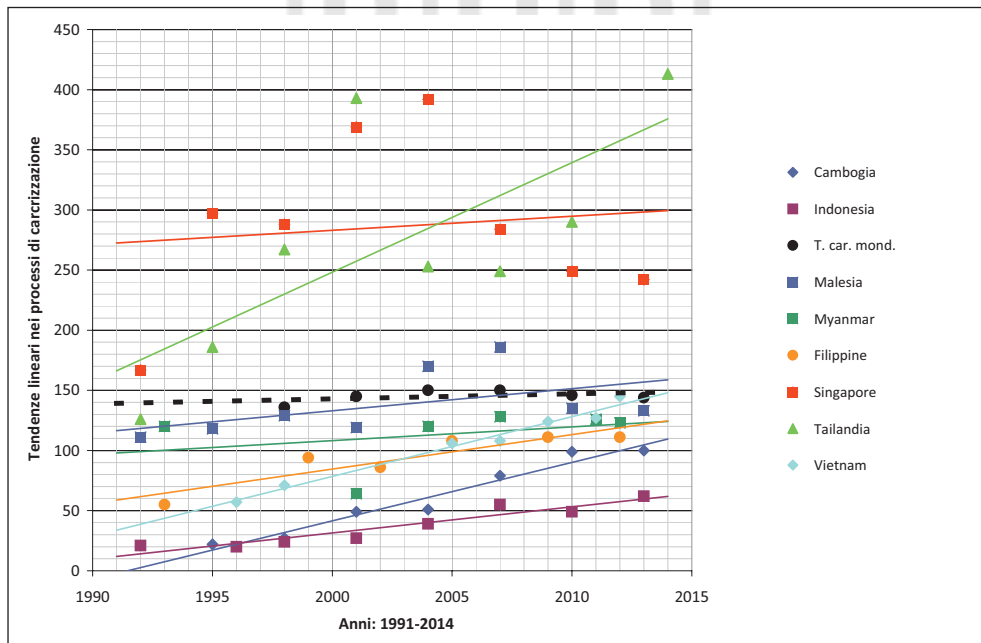


b

Grafico 1.17
ALCUNI PAESI DELL'ASIA DEL SUD

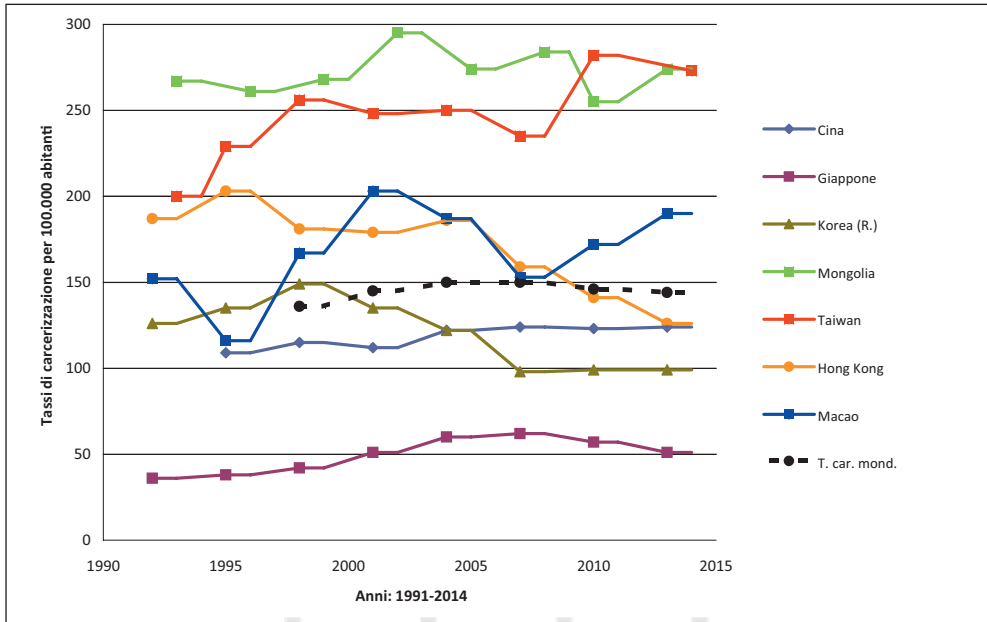


a

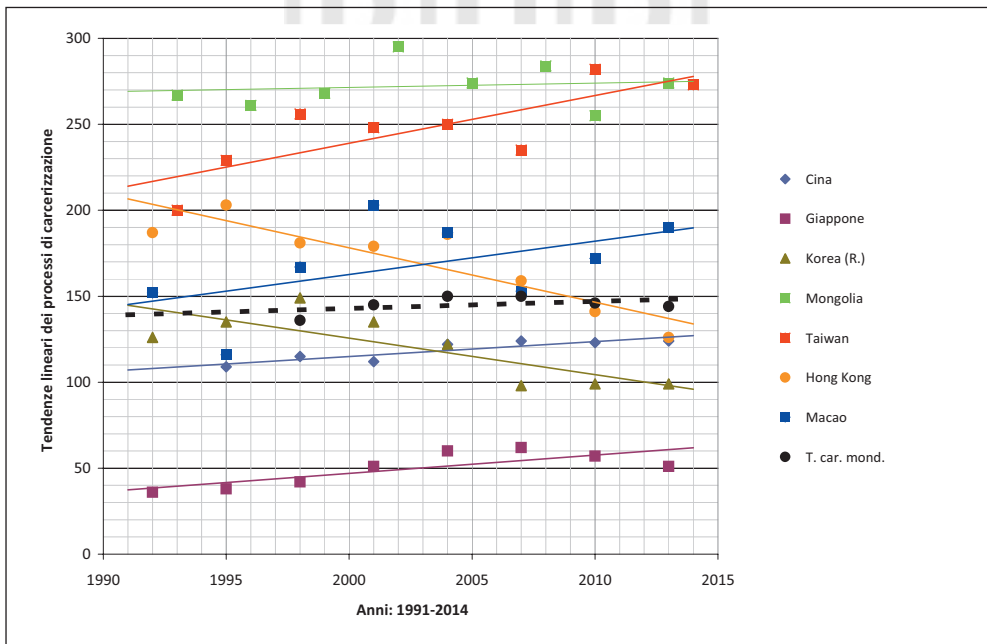


b

Grafico 1.18
ALCUNI PAESI DELL'ASIA ORIENTALE

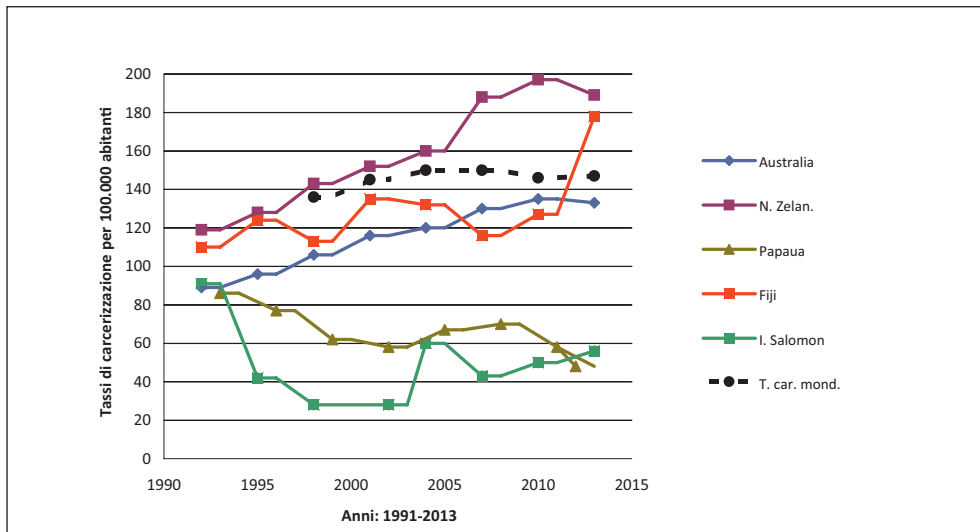


a

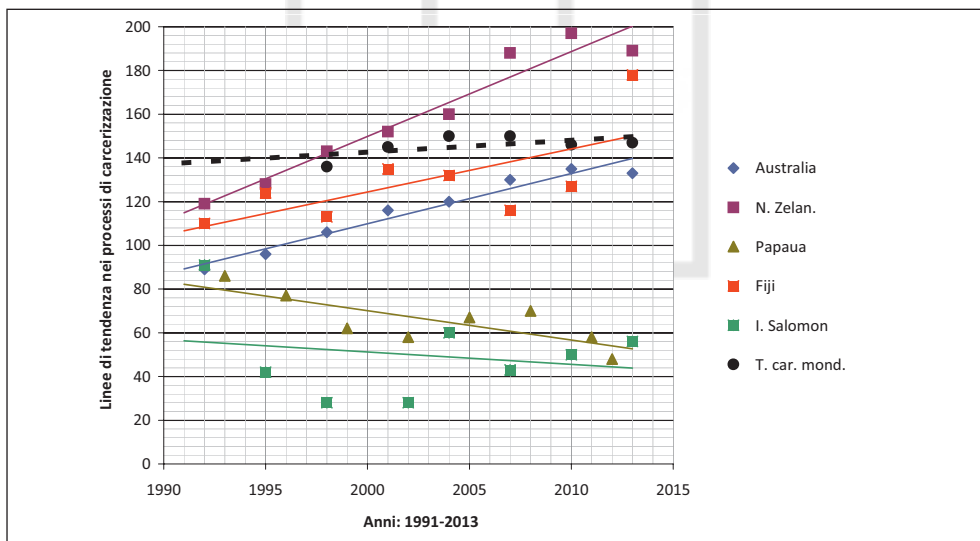


b

Grafico 1.19
 ALCUNI PAESI DELL'OCEANIA



a



b

Grafico 2.1

VARIAZIONE NEI TASSI DI CARCERIZZAZIONE PER 100.000 ABITANTI DI PAESI A SISTEMA POLITICO-ECONOMICO "CORPORATIVO-CONSERVATIVO"

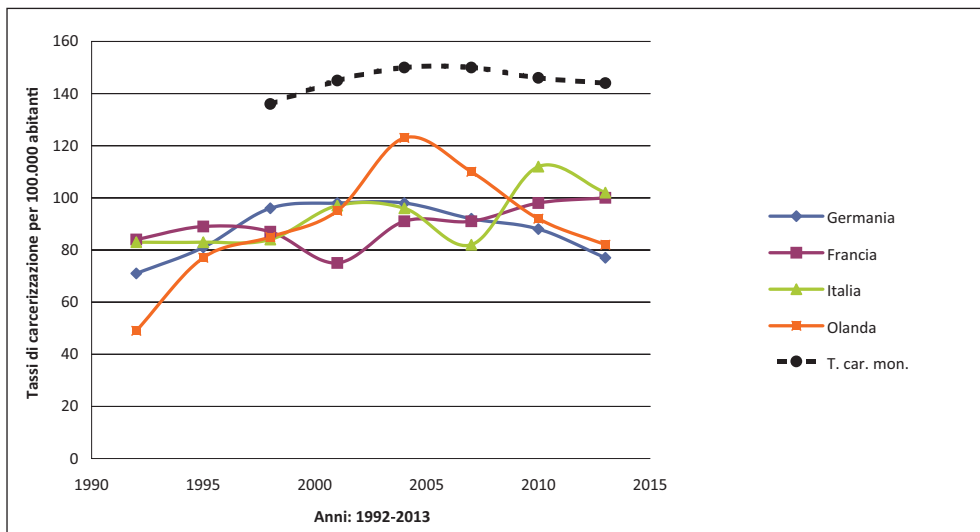


Grafico 2.2

VARIAZIONE NEI TASSI DI CARCERIZZAZIONE PER 100.000 DI PAESI A SISTEMA POLITICO-ECONOMICO "NEOLIBERISTA"

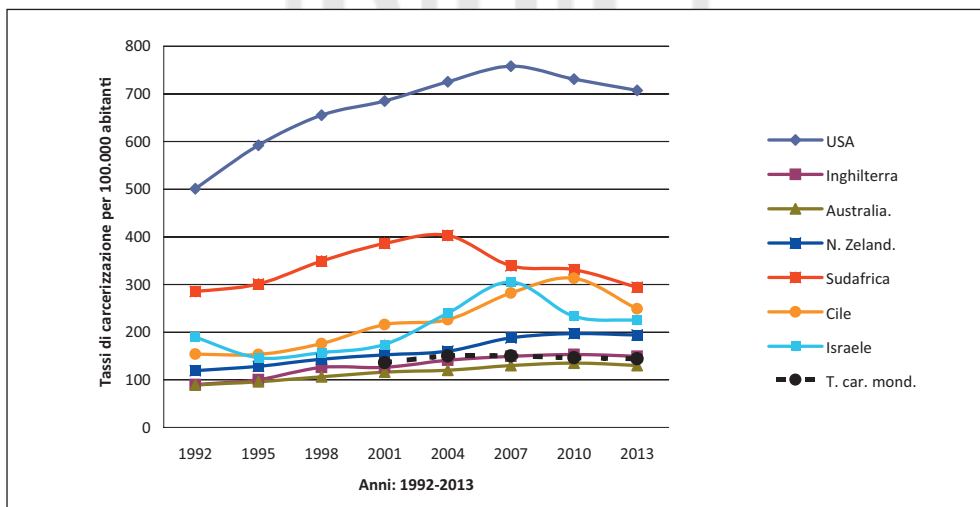


Grafico 2.3

VARIAZIONE NEI TASSI DI CARCERIZZAZIONE PER 100.000 ABITANTI DI PAESI A SISTEMA WELFERISTA

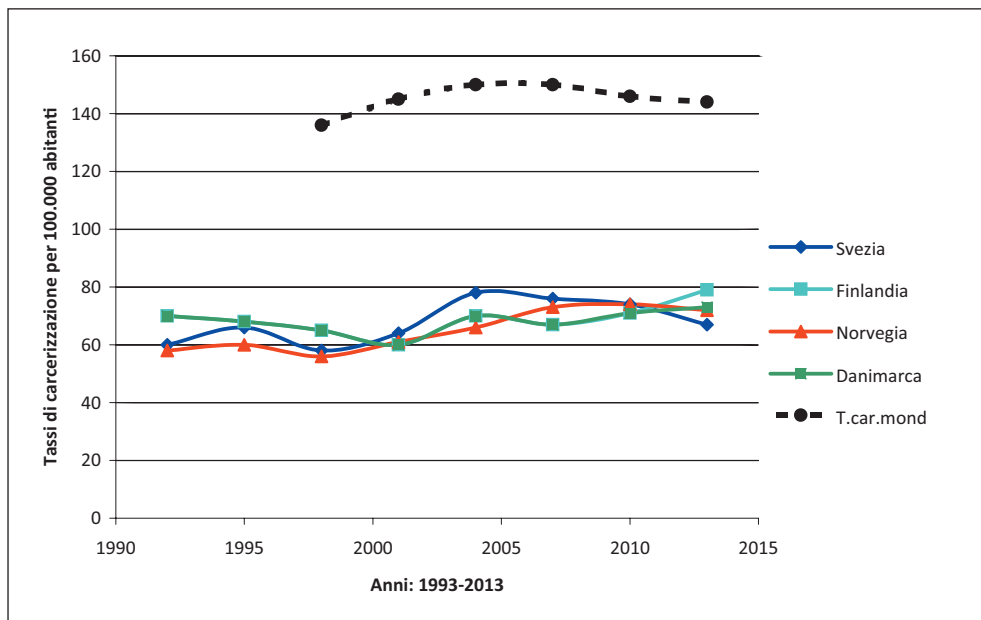


Grafico 2.4

VARIAZIONE NEI TASSI DI CARCERIZZAZIONE PER 100.000 ABITANTI IN UN PAESE A SISTEMA POLITICO-ECONOMCO "CORPORATIVO ORIENTALE"

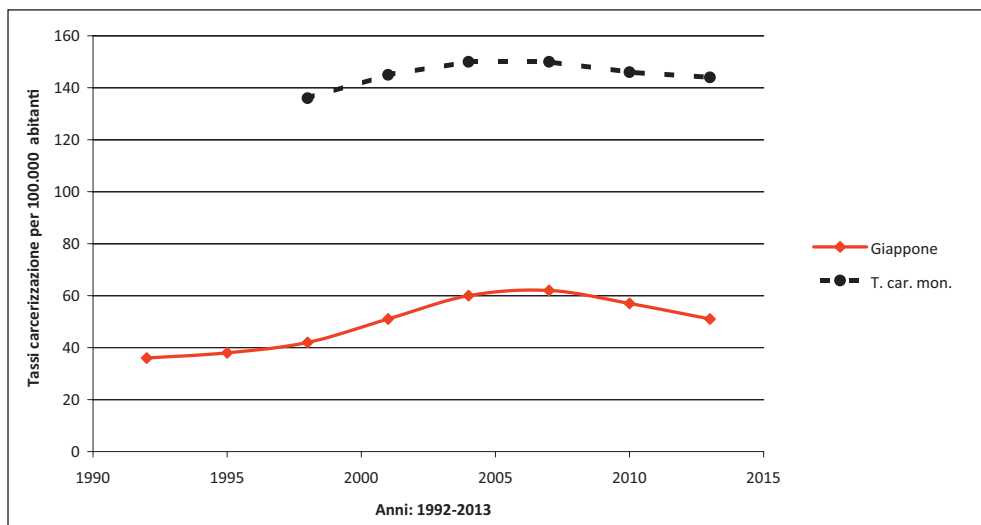


Grafico 3.1
ITALIA: PRESENTI REALI E VIRTUALI IN CARCERE A GIORNO FISSO (ANNI: 1946-2013)

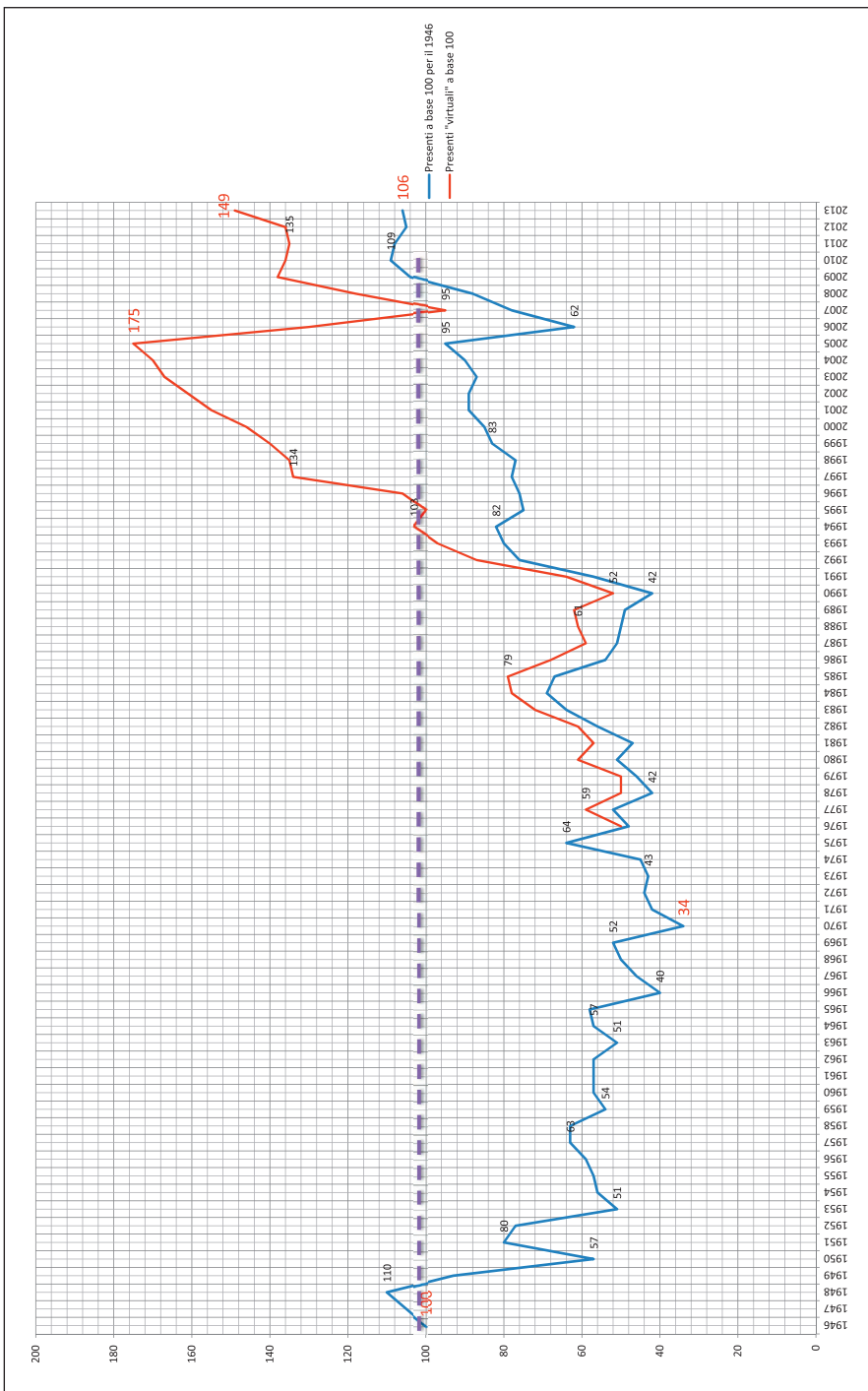


Grafico 3.2
ITALIA: CRIMINALITÀ, CONDANNATI E PRESENZE IN CARCERE
(ANNI: 1975-2012)

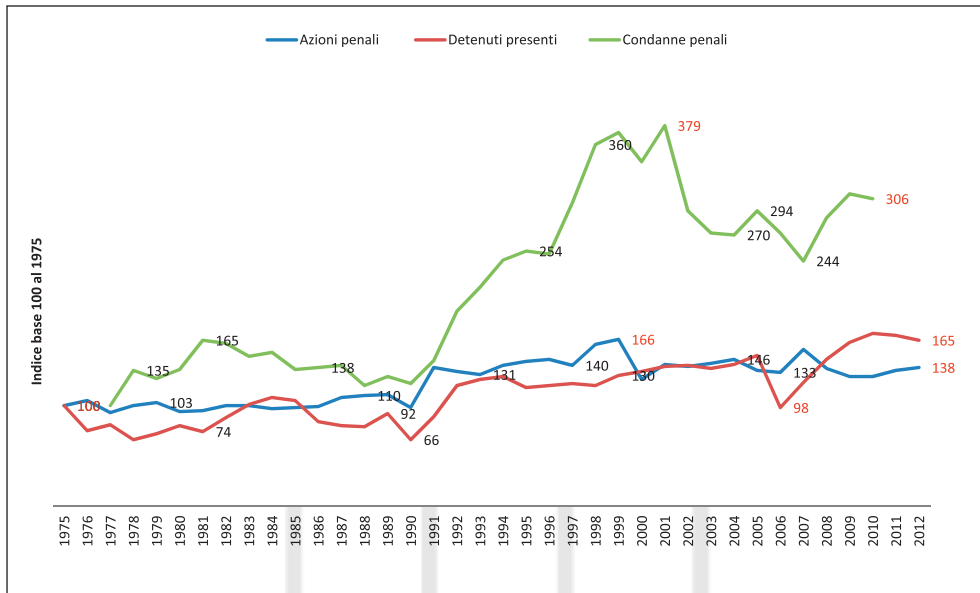


Grafico 3.3
ITALIA: INDICE DI CARCERIZZAZIONE TRA DETENUTI ITALIANI E STRANIERI
(ANNI: 1992-2013)

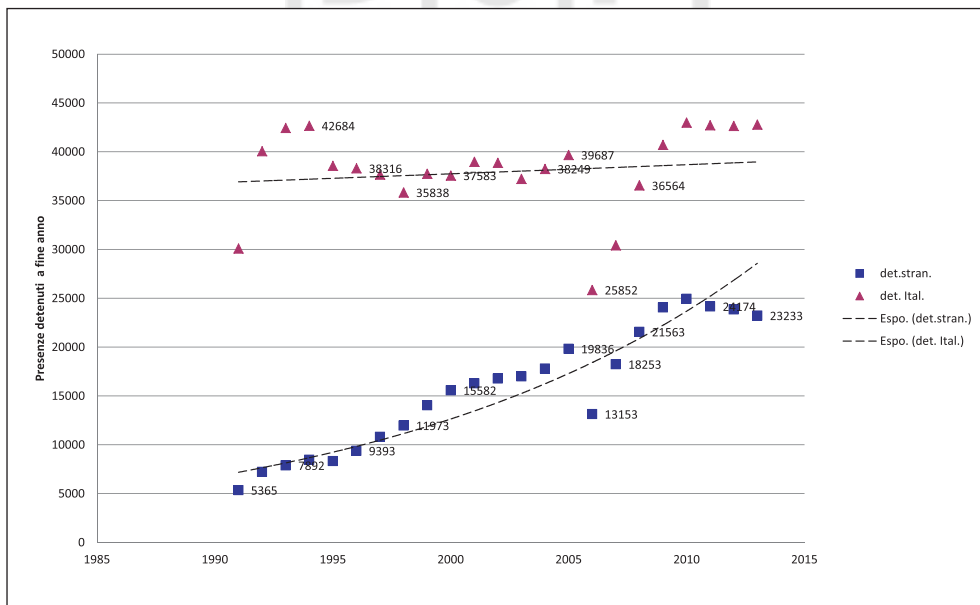


Grafico 3.4
ITALIA: ENTRATI DALLO STATO DI LIBERTÀ E PRESENTI A FINE ANNO
(ANNI: 1975-2013)

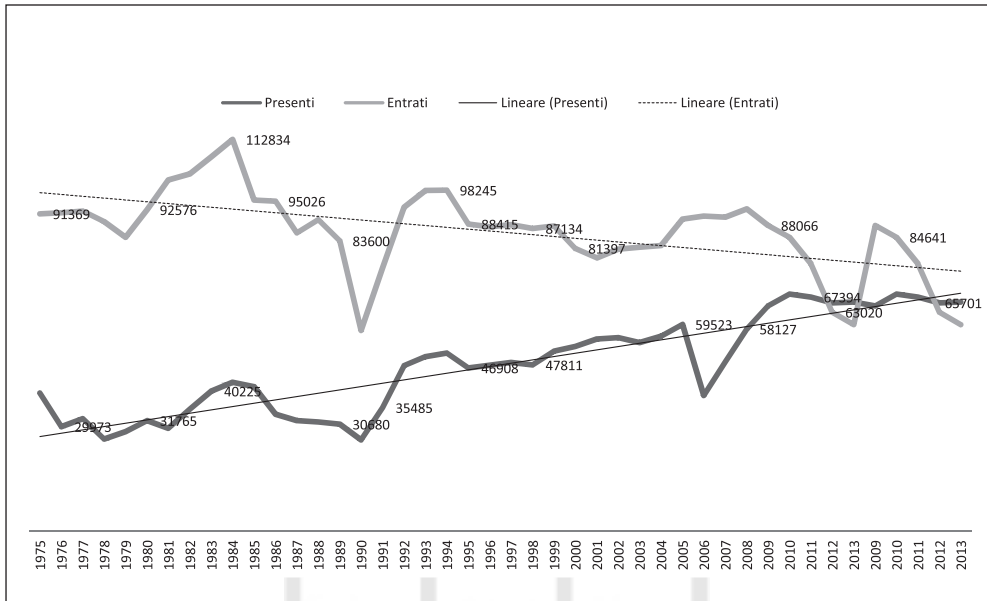
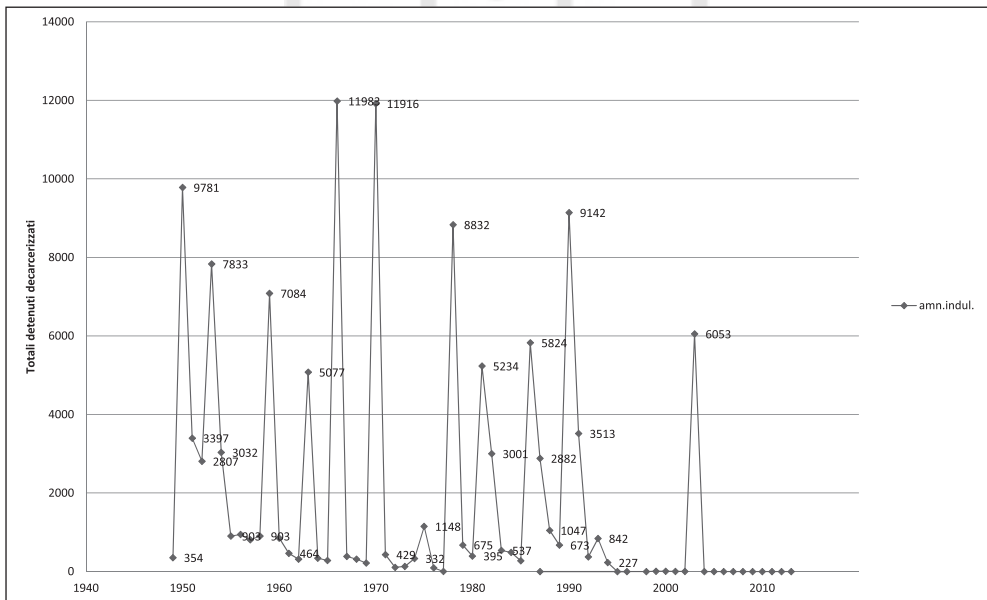


Grafico 3.5
ITALIA: DECARCERIZZAZIONE PER PROVVEDIMENTI CLEMENZIALI
(ANNI: 1949-2013)





PARTE SECONDA
I DISCORSI PUBBLICI SULLA PENALITÀ, OGGI





CAPITOLO 1

DALLA PENA CHE INCLUDE ALLA PENA CHE ESCLUDE

1. Alcune premesse forse scontate

In premessa vorrei eliminare dal campo di discussione quanto ritengo oramai scientificamente scontato, per passare poi subito ad altro, che ritengo di maggiore interesse.

Sappiamo che la crisi della pena moderna è in primo luogo crisi del sistema correzionale di giustizia penale. Astrattamente non esiste una piena coincidenza tra scopo socialprevenitivo o di special-prevenzione positiva¹ e modelli correzionali di giustizia, nel senso appunto che si può immaginare un sistema di giustizia penale orientato a quello scopo di prevenzione e che nel contempo non possa essere riconosciuto come correzionale. Ma appunto solo astrattamente. In effetti storicamente tutti i sistemi che la penologia riconosce come correzionali – vale a dire: a pena relativamente indeterminata e comunque flessibile a livello esecutivo, in cui prevalgono valutazione personologiche e giudizi di pericolosità e in cui il sistema sanzionatorio si offre come uno spettro disciplinare – si sono legittimati per la *mission* della special-prevenzione positiva².

I sistemi di giustizia penale orientati allo scopo della prevenzione speciale e che a diverso grado si sono venuti costruendo come modelli correzionali di giustizia storicamente si situano nella seconda metà del secolo passato in quelle realtà di democrazia occidentale in cui sempre con diversi gradi di intensità e coerenza si sono implementate politiche di *welfare*³. Ed è altrettanto evidente storicamente che quei modelli di giustizia e quelle finalità del sistema delle pene sono entrati in crisi con la crisi negli stati sociali di diritto delle politiche di *welfare*.

L'ideologia special-prevenitiva positiva della pena nei sistemi correzionali di giustizia è sempre stata critica sulle possibilità di perseguire lo scopo di prevenzione positiva attraverso la pena carceraria. È possibile anche sostenere che a fondamento del sistema correzionale di giustizia c'è sempre stata la sofferta consapevolezza del fallimento dell'invenzione carceraria

¹ Utilizzo con questo secondo e più appropriato termine, il lessico felicemente suggerito da A. BARATTA in *Vecchie e nuove strategie di legittimazione del diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 2, pp. 247-268.

² Per tutti, cfr. D. LIPTON, R. MARTINSON, J. WILKS, *The Effectiveness of Correctional Treatment*, New York, Praeger, 1975.

³ Cfr. D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1985.

nei confronti di ogni finalità di prevenzione⁴. Il modello correzionale nasce infatti sorretto dalla fiducia di potere trovare pene e modalità sanzionatorie più utili di quella della sola privazione della libertà. Storicamente individua nelle pratiche socio-assistenziali e pedagogiche del *to care*, la strada maestra per rinunciare in tutto o in parte alla pena della sola segregazione⁵. Ma è altrettanto storicamente verificato che mai i sistemi correzionali di giustizia hanno potuto significativamente rinunciare alla pena detentiva. Anzi è storicamente verificato che il diffondersi e radicarsi di sistemi di giustizia correzionali sono sempre stati segnati anche dall'espandersi ulteriore della penalità carceraria a cui si è ulteriormente accostata l'espandersi di una diversa penalità⁶.

La crisi dello scopo special-preventivo positivo oggi segue la crisi dei sistemi di giustizia penale di tipo correzionale. E la crisi di questi ultimi rinvia *tout court* – cioè nel senso che si spiega con – la crisi dello Stato sociale e le politiche di *welfare*. Ma nella cultura dei professionali tutto ciò sovente si manifesta come disincanto nei confronti della possibilità che il sistema delle pene possa comunque orientarsi a scopi di reintegrazione. Insomma il *farmacum* della pena⁷ sembra non possa guarire il condannato. Di fatto ciò mai si è dato, consigliando coloro che si sono interessati a verificare empiricamente l'assunto alla più prudente constatazione secondo la quale nonostante la pena alcuni, eccezionalmente, non sono più ricaduti nel delitto. Come dire: che – per ragioni ignote – qualche volta il paziente è sopravvissuto alla terapia. Ovvio – per ragioni storiche – che il fallimento della pena correzionale è stato pienamente e inconfutabilmente verificato nei confronti della sola sofferenza della privazione della libertà, cioè il carcere. Che altre modalità di somministrare coattivamente la sofferenza della pena – in tutto o solo in parte alternative o sostitutive della privazione della libertà – possano con più successo raggiungere il fine della reintegrazione sociale del condannato è forse possibile, ma anche in questo caso le verifiche empiriche non sono pienamente convincenti, quantomeno rispetto agli effetti sui tassi di recidività⁸. Le realtà in cui si ha avuto l'umiltà di verificare a distanza di congrui periodi di tempo la ricaduta nel delitto di un campione di condannati a pene e misure alternative al carcere nei confronti di campioni di verifica composti da chi, a parità di ogni altra variabile, aveva sofferto di una pena solo detentiva, mostrano variazione negli indici di recidività tra i due campioni statisticamente non sempre significative.

Gli scopi di special-prevenzione positiva e i modelli correzionali di giustizia certamente esprimono – nel senso che segnano – culture politiche e sociali orientate alla integrazione. Certo, lo riconosco, pur avendo personalmente sempre rivolto uno sguardo preoccupato e critico ai modelli correzionali di giustizia⁹, la crisi irreversibile di questi e dell'idea poi rivelatasi illusoria della special-prevenzione positiva segnano oggi un pericoloso arretramento

⁴ Cfr. T. ERIKSSON, *The Reformers. A Historical Survey of Pioneer Experiments in Treatment of Criminals*, New York, Elsevier, 1976.

⁵ Cfr. J.D. ROTHMAN, *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, Boston, Little Brown and Co., 1980.

⁶ Cfr. D. COHEN, *Prisons in the Future of Control Systems: from Concentration to Dispersal*, in M. FITZGERALD (ed.), *Welfare in Action*, London, Routledge, 1977.

⁷ Sulla ambiguità semantica del termine *farmacum* usato come metafora della pena, vedi E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e speranza*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

⁸ Cfr. D.F. GREEMBERG (ed.), *Corrections and Punishment*, London-Beverly Hills, Sage, 1977.

⁹ Cfr. M. PAVARINI, *La pena utile, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1983, n. 1, pp. 1-45.

della soglia delle politiche di integrazione sociale a favore di quelle dell'esclusione¹⁰, anche se attraverso quelle mai si determinò – nonostante l'ottimismo e la buona volontà – effettiva integrazione.

Quanto sopra premesso, mi interessa ora cogliere e argomentare su altri e diversi profili, sovente trascurati nel dibattito attuale, che ritengo nodali ad ogni approfondimento sia delle ragioni della resistenza della cultura special-preventiva positiva della pena di fronte alla crisi dei sistemi correzionali di giustizia in un primo tempo, sia di quanto è possibile paventare come esito di questa crisi.

Il discorso, prudentemente lo anticipo, non potrà che essere accidentato. Su queste topiche sono ripetutamente intervenuto in questi ultimi tempi, ma sempre occasionalmente e con stile sovente rapsodico¹¹. L'occasione di continuare le mie riflessioni in un contesto più attento ai profili didattici, mi sembra propizio per cercare di mettere un po' di ordine al mio disordinato ragionare sulla crisi della pena.

2. Ancora “pena giusta” *contra* “pena utile”?

Di fronte alla crisi del modello correzionale e della ideologia special-preventiva della pena, emerge in più luoghi e contesti la tentazione di un ritorno alla pena giusta, ovvero finalisticamente non orientata¹². Non meriterebbe forse parlarne – stante la povertà filosofica della

¹⁰ Cfr. M. PAVARINI, *L'esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in M. PALMA (cura di), *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, pp. 137-153.

¹¹ Con riguardo alle topiche affrontate nel presente lavoro, vedi i seguenti saggi che ho pubblicato in questi ultimi anni: *Decarcerizzazione e mediazione nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel processo penale minorile*, Padova: Cedam, 1998, pp. 7-18; *La “penitenziarizzazione” della giustizia penale*, in S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, 1998, pp. 175-83; *Per un diritto penale minimo: ‘in the books’ o ‘in the facts’?*. *Discutendo con Luigi Ferrajoli*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, n. 3, pp. 124-156; *La miseria del riformismo penitenziario. Algunas notas criticas a la luz de la experiencia italiana*, Introduzione a I.R. BEIRA, M.G. SALT, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España e Argentina*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, pp. 1-20; *Quale ordine al disordine penale? Riflettendo sul saggio di Massimo Donini* (unitamente a G. Insolera), in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000, pp. 61-83; *The politics of punishment: the death of prison reform in Italy*, in D. VAN ZYL SMIT, F. DÜNKEL (eds), *Imprisonment today and tomorrow*, 2nd ed., The Hague, Kluwer Law International, 2001, pp. 399-423; *Della penologia fondamentalista*, in *Iride. Filosofia e discussione pubblica*, 2001, n. 32, pp. 87-101.

¹² Nella letteratura di lingua tedesca si vedano autori come Haffke, Kohler, Streng le cui posizioni neoretribuzioniste vengono espone con forte accento critico da L. EUSEBI, *La “nuova” retribuzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, pp. 914-969. Nella cultura anglosassone, il ritorno alle teorie del *just desert* viene con diversi accenti sostenuto da N. MORRIS, *The Future of Punishment*, Chicago, Chicago University Press, 1974 e *Punishment, desert and rehabilitation*, in AA.VV., *Sentencing*, New York, Oxford University Press, 1981, pp. 264 ss.; J.G. MURPHY, *Retributivism, Moral Education and the Liberal State*, in *Criminal Justice Ethics*, 1985, n. 1, pp. 3-11; *Retribution, Justice and Therapy*, Dordrecht, Reidel, 1979; R. SINGER, *Just Desert: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge, Ballinger, 1979; A.M. DERSHOWITZ, *Fair and Certain Punishment*, New York,

ripresa odierna delle teorie neo-retribuzioniste¹³ – se non fosse che dietro alla retorica della meritevolezza del castigo si nasconde qualche cosa di altro.

La distinzione e contrapposizione tra pena giusta e pena utile appartengono ad una sorta di linguaggio convenzionale per mettere ordine su una vecchia quanto irrisolta questione. Distinzione/contrapposizione certo intelligente – nel senso che è capace di spiegare – ma di spiegare qualche cosa che appartiene oramai alla storia del diritto penale¹⁴. Oggi essa non è in grado di capire il presente della questione criminale.

In due distinte occasione tematiche questa distinzione/contrapposizione si è palesata convincente ed assunta in termini paradigmatici dalla società dei giuristi e degli scienziati della legislazione penale.

Alle origini del diritto penale moderno, la pena utile indicava quella in astratto e quindi coincideva con lo scopo del diritto penale che faticosamente si legittimava politicamente appunto a fini utilitaristici di prevenzione; pena giusta, indicava, per scrupolo e preoccupazione di garanzia, la pena in concreto cioè il momento commisurativo, ove appunto la persona non può essere mai oggetto di politica criminale¹⁵. In questa originaria distinzione, com'è evidente, il momento esecutivo semplicemente non era presente. Per ripetere la felice definizione del bel libro di Costa¹⁶, l'esecuzione della pena si collocava allora nello spazio tematico del “non-diritto”. Foucault, con diverse parole, lo definisce come spazio della “disciplina”, come altro, appunto, dal diritto¹⁷. In questa dimensione storica, la retribuzione non è pertanto scopo, ma solo criterio formale nella commisurazione del castigo al caso concreto. La reazione penale al fatto di reato deve essere a questo proporzionata secondo il dominio dell'idea contrattuale per essere appunto formalmente giusta¹⁸. A ben intendere, nulla più di un “macchiavello”, per cercare di limitare – in concreto – la reazione punitiva.

A fare corso almeno dalla seconda metà dell'Ottocento, la distinzione/opposizione tra pena utile e pena giusta è utilizzata per distinguere la fase commisurativa da quella esecutiva vera e propria¹⁹. Ove – e la circostanza è decisiva – l'esecuzione della pena si offre essen-

McGraw Hill, 1979. Nel contesto italiano su posizioni intransigentemente neo-retribuzioniste cfr., V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, Rusconi, 1978.

¹³ Nella dottrina penalistica italiana, su posizioni critiche nei confronti delle teorizzazioni neoretribuzioniste, cfr. L. EUSEBI, *La funzione della pena e il commiato da Kant e Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989; G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione Giustizia*, 1991, n. 1, pp. 45 ss.; da ultimo, in chiave più filosofica, cfr. F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al 'Limiting retributionism'*, in AA.VV., *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, pp. 121-202.

¹⁴ Cfr. J. CID MOLINÈ, *Pena justa o pena util? El debate contemporaneo en la doctrina española*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1994.

¹⁵ Cfr. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 1968.

¹⁶ P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. 1: *Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974.

¹⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la Prison*, Paris, Editions Gallimard, 1975.

¹⁸ Faccio qui riferimento alla tesi della retribuzione legale come prestazione *post factum*, sinallagmaticamente equivalente al *factum* del reato, sviluppata originariamente da B.E. PASUKANIS, *La teoria generale del reato e il marxismo*, Bari, De Donato, 1975, poi ripresa dallo stesso P. COSTA, *Il progetto giuridico*, cit.

¹⁹ Cfr. D. FOGEL, “*We are the Living Proof*”: *The Justice Model for Corrections*, Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1975.

zialmente come “governo di uomini” nel tempo²⁰. Alla pena giusta – ovvero meritata per il fatto – segue una pena che in quanto “esecuzione” è giocoforza costretta a fare i conti con il problema del “trattare” gli uomini, cioè con la disciplina (appunto il “non-diritto”).

Insomma: la distinzione/opposizione tra pena utile e pena giusta segnano due significative tappe del processo di secolarizzazione del diritto penale moderno; in qualche modo come due momenti di resistenza ad accettare fino in fondo i costi inevitabili di un diritto penale che si fa strumento di controllo e di disciplina sociali. Detto diversamente: nel processo di secolarizzazione del diritto penale diventa sempre più evidente che non si censurano fatti illeciti, ma si rimproverano gli autori degli stessi; non si puniscono le condotte criminali, ma solo i colpevoli delle stesse. E a questa disincantata evidenza storica della modernità, l'idea di giustizia come limite, non può (nel senso che non riesce) ad essere opposta al perseguimento dell'utile. Ed, infatti: per quale altra ragione si dovrebbe censurare gli autori e punire i colpevoli di fatti illeciti, se non per ragioni di utilità sociale?

La dimensione del diritto penale della modernità si iscrive quindi nell'universo di ciò che può giustificarsi solo se utile. L'idea di pena giusta esprime quindi la memoria storica di una resistenza – politicamente agita e sempre agibile – da parte di chi contingentemente teme e/o non condivide e/o si oppone ad una determinata rappresentazione dell'utilità sociale come si da nell'azione politica. È insomma la gloriosa quanto sempre sconfitta pretesa di fare del diritto penale il limite della politica criminale.

3. Se la pena deve essere utile

Per quel poco che riesco ad intendere, lo sviluppo della scienza penale nel suo esito di scienza dogmatica non solo ha potuto compiersi, tra Otto e Novecento, mettendo tra parentesi la questione dello scopo, ma affermerei che ha potuto svilupparsi all'origine proprio perché mise tra parentesi questo. Nel divorzio tra filosofia del diritto penale e scienza dogmatica del diritto penale, i fini della pena finirono per non appartenere alle preoccupazioni della scienza penale in senso proprio. E la dogmatica poté realizzarsi (esclusivamente) come/nella teoria generale del reato. Ed è per questo, mi sembra, che la concezione della retribuzione legale fu (o apparve) il più agevole espediente per rivendicare un'area di autonomia dalla politica criminale e dalla filosofia del diritto penale, proprio perché la retribuzione legale non era (e non è) in grado di esprimere una finalità del sistema penale, ma solo di affermare un criterio formale di equivalenza sistemica²¹ (forse negli auspici di alcuni più sensibili alla vecchiaia

²⁰ Cfr. D. ROTHMAN, *The Discovery of Asylum. Social Order and Disorder in the New Republic*, Boston, Little Brown and Co., 1971; D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, il Mulino, 1977; M. IGNATIEFF, *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution, 1750-1850*, London, McMillan.

²¹ Affermare che lo Stato punisce perché attraverso il male della pena si riaffermi il bene della legge violata dice soltanto che la pena deve seguire la violazione della norma e che deve essere anche astrattamente proporzionata a questa ultima, ma lascia assolutamente irrisolto la questione per quali scopi si punisce. Né d'altra parte il criterio di un'astratta proporzionalità è in grado di esprimere un'idea di Giustizia che non sia appunto solo quella formale. Ogni proposizione di un paradigma retribuzionistico in assenza di un referente esterno non può che ridursi pertanto a semplice e vuota affermazione del solo valore della proporzionalità, cioè non può che esaurirsi a criterio di commisurazione delle pena in concreto. Trovo pertanto assai convincente la lettura critica di H.L.A. HART, *Law, Liberty and*

cultura illuminista, in chiave riduzionista). Ma comunque, per la dogmatica, accontentarsi nell'esplicitare criteri formali di proporzionalità tra delitto e pena alla fine illuse di garantire la distanza massima (virtuosa e quasi necessaria) da ogni pericoloso e sempre imbarazzante inquinamento con il piano delle funzioni e quindi della politica.

Con la decade degli anni quaranta del secolo passato il sistema della dogmatica penale – preciso: il sistema della dogmatica e non quello della giustizia criminale già fortemente inquinato da valutazioni finalistiche, se non altro per la incomprimibile invasività di valutazioni positivistiche di pericolosità – si apre, direi per necessità, alla dimensione dello scopo della pena. Necessità politiche di alto profilo, indubbiamente: gli imperativi delle democrazie nella formazione degli stati sociali di diritto impongono di reclutare anche la scienza penale alle funzioni proprie di una agenzia laica di governo dei conflitti sociali²². La riflessione dogmatica deve quindi ricostruirsi ponendo a proprio fondamento il fine di prevenzione. Questo fu, prevalentemente, anche se non esclusivamente, di prevenzione speciale positiva²³.

Nella sua essenza, l'esperienza di educare (o rieducare, risocializzare, emendare, recuperare e reintegrare socialmente, ecc.) chi ha violato la legalità penale si iscrive nel registro ambiguo della modernità, sospeso tra una metafora egemonica e una speranza di liberazione. È metafora egemonica, nella espressione che vuole che gli esclusi – e quindi pericolosi – possano essere socialmente (ma soprattutto, politicamente) accettati solo ed in quanto educati alla legalità²⁴; è stata anche speranza di liberazione degli esclusi stessi e/o di chi politicamente li ha rappresentati, come fiducia nella socializzazione a quelle virtù che promettono di liberarsi definitivamente dai pericoli di un destino sciagurato per i membri del *lupenproletariat*²⁵. Da un lato, pedagogia (sognata in verità, più che effettivamente realizzata) alla nuova legalità; dall'altro lato, virtuoso percorso (anch'esso in verità immaginato piuttosto che effettivamente praticato) per liberarsi dallo *status* di "canaglia" e finalmente potere partecipare politicamente nella nuova democrazia di massa.

Su questa ambiguità di fondo, si stende la ricca e contraddittoria trama della prevenzione speciale positiva. Non esiste esperienza detentiva del mondo occidentale che non abbia visto

Morality, Oxford, Oxford University Press, 1963; *Punishment and Responsibility*, cit. e di A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, Giuffrè, 1972, secondo cui la ri-proposizione di una concezione giuridica della retribuzione deve limitarsi alle sole questioni poste dalla commisurazione giudiziaria della pena.

²² Esempio di questo processo, la ricostruzione di D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Adelshot, Gower, 1985.

²³ Il nesso tra democrazia, stato sociale e politiche penali e penitenziarie volte all'inclusione sociale dei condannati/detenuti è criticamente rivisitato da J. YOUNG, *The Exclusionary Society*, cit.

²⁴ Certo, in primissimo luogo, la categoria della disciplina nella lettura foucaultiana ci chiarisce la dimensione di progettualità dell'educare chi è avvertito come pericoloso; ma, nello specifico della riflessione filosofico-giuridica, insuperate per me rimangono le dense pagine di P. COSTA nel *Progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, cit.

²⁵ Il riferimento usuale e quasi d'obbligo è alla letteratura *liberal* e in particolare, per il modo anglosassone, fabiana; cfr., sul punto, le penetranti pagine di D. ROTHMAN, *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, Boston, Little Brown and Co., 1980. Si dimentica a volte che questa posizione è stata a lungo condivisa anche dal marxismo e dallo stesso Marx che nella *Critica al Programma di Gotha* osserva, a proposito delle resistenze storiche poste dalle organizzazioni operaie alla introduzione del lavoro in carcere, «...in ogni caso bisogna precisare che, per paura della concorrenza, non si vuole che i detenuti vengano trattati come bestie e si tolga a loro l'unico mezzo per correggersi, il lavoro produttivo».

nella risocializzazione del condannato lo strumento principe di difesa sociale dal crimine; non esiste pensiero progressivo e volontà solidarista che non abbiano inteso la medesima finalità come strada maestra di emancipazione sociale. Ma una ambiguità che si è costruita prevalentemente intorno a due volontà politiche che sovente solo allo stato di aspirazioni sono rimaste. Due prospettive ideali radicalmente opposte di apprezzare il medesimo bene. In effetti, storicamente, il modello correzionale di giustizia penale non è stato antidoto efficace alla recidiva, come altrettanto raramente la integrazione nella cultura della legalità ha prosciugato l'universo sociale di chi ha continuato a confidare nella lotta individuale, egoistica e illegale piuttosto che in quella collettiva, organizzata e nel tempo legalizzata. Ma tant'è: come idee esse hanno significato molto, hanno fatto parte della storia della modernità.

Questa storia ideale di una irrisolta ambiguità tra volontà di egemonia e volontà di liberazione percorre tutta la modernità. All'interno di questa storia, conviene segnare alcune fasi, a noi più prossime, per altro anch'esse ideali nel senso weberiano.

Esiste una fase decisiva – di norma quella che si impone negli stati sociali di diritto – che si costruisce sul paradigma del *deficit* nell'interpretazione della criminalità e che quindi proietta una immagine tipologica di *homo criminalis*²⁶ di stampo positivista. È pericoloso chi ha meno. *Deficit* psichici, culturali, sociali. Eliminato o ridotto il *deficit*, eliminata o ridotta la pericolosità sociale. L'evidenza dell'osservazione – nell'inganno proprio di ogni processo autoreferenziale – conferma l'assunto: visitate le carceri e vi troverete sempre soggetti deboli. La pericolosità sociale dei criminali radica quindi nel loro *status* d'inferiorità e non nella loro natura malvagia. La strada maestra non può che essere una e una sola: operare per ridurre le differenze sociali. Nel settore delle politiche penali ciò comporta l'imporsi dello scopo special-preventivo della pena. Una pena medicinale²⁷ che sia in grado di aggredire le cause del male, cioè di ridurre ed eliminare i *deficit*. Realisticamente – o idealisticamente? – il primo livello di passaggio dalla illegalità alla cultura della legalità – per chi sia povero – si conquista nell'apprendimento delle virtù parsimoniose di chi vive del proprio lavoro. La cultura alla legalità è pertanto passaggio obbligato ad ogni processo di inclusione sociale, che è in primo luogo ossessivamente inteso come inclusione nel mercato del lavoro²⁸. Il modello di produzione c.d. fordista arricchisce poi ulteriormente il contenuto di questa retorica, persuadendo “a sinistra” della bontà dell'impresa pedagogica. Se da un lato – da un punto di vista delle necessità di controllo sociale – sono le disciplinate masse operaie che tranquillizzano se messe a confronto con quelle indisciplinate e criminali, dall'altro lato, il processo di integrazione del movimento dei lavoratori nel governo dello stato sociale assicura in termini di partecipazione democratica l'esito della compiuta socializzazione alla legalità²⁹. È questa

²⁶ Per un'attenta ricostruzione dell'emergenza della figura del *homo criminalis* in contrapposizione a quella del *homo penalis* e della nascita quindi della criminologia positivista, cfr. P. BEIRNE, R.A. FARRELL (eds), *Inventing Criminology: Essays on the Rise of Homo Criminalis*, Albany, University State of New York Press, 1993.

²⁷ Da ultimo, si sofferma sull'idea della pena come “farmaco” nella cultura del *welfare*, l'ottimo E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, cit.

²⁸ Cfr. J. SIMON, *Poor Discipline: Parole and Social Control of the Underclass – 1890-1990*, University of Chicago Press, Chicago, 1993.

²⁹ In Italia, questa ricostruzione storico-politica è stata più volte proposta da D. MELOSSI, da *The State of Social Control in the Making of Democracy*, Cambridge, Polity Press, 1990 a *Stato, controllo sociale, devianza*, Milano, Bruno Mondadori, 2002.

la stagione d'oro – segnata da forte ottimismo – delle politiche di rieducazione attraverso le pratiche trattamentali³⁰.

La fase sopra descritta ha, in effetti, primo o poi una fine, nel senso che la stessa volontà di includere socialmente attraverso l'educazione alla legalità da progetto politico si riduce progressivamente a pura ideologia man mano che il progetto si realizza. Con diversa temporizzazione, negli stati sociali di diritto l'egemonia capitalistica, da un lato e l'assimilazione alla disciplina del salario, dall'altro, finiscono per realizzarsi definitivamente, per farsi realtà definitive. Insomma: i marginali che delinquono – che sono appunto una minoranza – progressivamente mostrano di non avere neppure loro alcuna necessità di essere educati. Di fatto, il mutamento antropologico è stato storicamente di tali proporzioni che anche chi sceglie l'illegalità alla legalità è in ogni caso a quest'ultima socializzato, anche perché non esiste altra dimensione possibile, né fattuale né culturale. Certo si viola ancora le norme penali, ma non certo perché esistano soggettività estranee (nel senso di non educate) alla legalità. E pertanto se alla cultura di una legalità storicizzata si è comunque tutti già socializzati, non si vede come si possa contrastare l'illegalità, ri-educando a quelle virtù cui già si è “addomesticati”.

Avvenuto il superamento di quella prima fase, la nuova si apre su un diverso fondamento paradigmatico. L'illegalità penale non rinvia più ad una alterità segnata dal *deficit*, ma ad una normalità attratta dalla ricchezza delle opportunità offerte dalle economie illegali³¹. Che poi queste opportunità³² offerte dai mercati illegali si mostrino alla lunga per i più diseconomiche non rileva più di tanto. Per i più anche le opportunità offerte dai mercati legali risultano sovente poco appaganti.

Se l'etica del lavoro diventa borsa retorica anche per il marginale mondo degli illegali, la stessa ideologia e pratica correzionali finiscono per perdere la propria egemonia sull'esecuzione penitenziaria e sulla stessa penalità. La topica della riforma carceraria non si declina più o prevalentemente nella produzione di uomini utili (in quanto non più pericolosi) e nella elaborazione di pratiche pedagogiche volte all'integrazione. Il carcere scommette quindi sulla sua progressiva estinzione. Che nei fatti estinzione non sarà, ma nella premesse ideali certo lo è stato.

Con gli anni settanta del secolo passato, la riforma penale si orienta nel mondo occidentale verso l'orizzonte della decarcerizzazione, come ad un destino auspicabile³³. Deversione processuale, pene sostitutive, misure alternative segnano il percorso riformista di “liberazione” dalla necessità del carcere. La stessa legge di riforma penitenziaria italiana del 1975 e ancora più la legge Gozzini del 1986 – certo in pietoso ritardo sulle politiche penitenziarie già da tempo avviate in altri paesi – fiduciosamente si cimentano, pur tra mille difficoltà e contraddizioni, nel perseguimento dell'obiettivo del carcere come *extrema ratio*, prima tappa del dissolvimento del dominio del grande internamento penale³⁴. L'idea (ripeto: l'idea) della

³⁰ Per un'utile ricostruzione della cultura e prassi correzionaliste, cfr. R. MATTHEWS, *Doing Time. An Introduction to the Sociology of Imprisonment*, McMillan, London, 1999.

³¹ Per tutti, si legga l'antologia a cura di R.V. CLARKE, M. FELSON, *Routine Activity and Rational Choice*, New Brunswick, Transaction, 1993.

³² Di recente in Italia, la teoria delle opportunità è stata con successo avanzata da M. BARBAGLI, *L'occasione e l'uomo ladro. Furti e rapine in Italia*, Bologna, il Mulino, 1995.

³³ D'obbligo, il classico A. SCULL, *Decarceration, Community Treatment and Deviant*, New Jersey, Prentice Hall, 1977.

³⁴ Per una ricostruzione storica di questo processo in Italia e con riferimento alle vicende occorse dalla riforma penitenziaria del 1975 in poi, cfr. M. PAVARINI, *The New Penology and the Politics in*

decarceration, ancora una volta, è in sé semplice, come apparve semplice quella che ispirò l'invenzione del carcere due secoli prima. Lo scopo dell'integrazione sociale del condannato non necessita più di pratiche correzionali attraverso la privazione della libertà per un *quantum* di tempo determinato, ma attraverso la diretta presa in carico del deviante nella *community*, nel sociale o come amiamo esprimerci in Italia nel "territorio". Un sociale ordinato e ricco di reti offerte e organizzate dallo Stato del *welfare*.

Il giudizio di affidabilità per meritare "altro" dal carcere non si costruisce più o prevalentemente su un giudizio prognostico di non recidività offerto dal carcere. L'"altro carcere" – cioè la penalità nella libertà – si guadagna per valutazioni di affidabilità situazionale³⁵. L'"altro carcere" è lo *status* penale che spetta a coloro che possono essere in ogni caso presi in carico dal sociale, perché più ricchi, o meglio meno poveri di altri, di capitale sociale.

L'idea – ripeto: l'idea – che la disciplina oramai fosse definitivamente nel sociale e che pertanto non necessitasse più di essere coattivamente concentrata negli spazi del carcere, riconosciamolo, fu ed è una apprezzabile idea, soprattutto per il pensiero progressista. Ma non fu solo un sogno, fu anche e per alcune decadi una meta intravista come realistica, quasi a portata di mano.

L'epoca d'oro della decarcerizzazione – ovvero dello scambio disciplinare tra istituzione totale e "territorio" – progressivamente si alienò dall'idea che la sola integrazione possibile fosse quella che passa attraverso la disciplina nel carcere. E da quella originaria ossessione disciplinare coerentemente si allontanò, nel senso che essa sempre più apparve come insensata perché storicamente superata. La socializzazione della marginalità nello stato sociale si cementa oramai sull'imperativo del *to care*, del farsi carico della problematicità sociale in termini oramai solo o prevalentemente assistenziali³⁶. Il sofferente psichiatrico, il giovane tossicodipendente, il *drop out*, il piccolo illegale metropolitano, possono oramai essere normalizzati attraverso la rete dei servizi, con un investimento aggiuntivo di capitale sociale³⁷, confidando anche – è questo fu un imperdonabile errore, ma appunto col senno di poi – che l'area della marginalità sociale dovesse progressivamente restringersi.

Sappiamo oggi che le cose sono andate in una direzione diversa.

La terza fase ideale è quella del presente. Essa è segnata dal passaggio dalla retorica e dalle prassi del *wel-fare* a quelle crudelmente ma realisticamente definite del *prison-fare*³⁸. La crescita della moltitudine degli esclusi – tanto dal mercato del lavoro garantito quanto da banchetto assistenziale offerto da un sempre più povero capitale sociale – politicamente rende sempre più irrealistico il progetto di un ordine sociale attraverso l'inclusione. È la stagione del declino miserevole dell'ideologia rieducativa e dell'emergenza e seguente trionfo

Crisis: the Italian Case, in *British Journal of Criminology*, XXXIV, 1994, pp. 49 ss.; *L'esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in M. PALMA (a cura di), *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*, cit., pp. 137 ss.

³⁵ Cfr., sempre con riferimento alla realtà italiana, M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, Edizioni Martina, 1994.

³⁶ Cfr. O. DE LEONARDIS, *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*, Milano, Feltrinelli, 1990.

³⁷ Cfr. R. CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, Editions du Seuil-La République des Idées, 2003.

³⁸ Mi sono occupato nel dettaglio dell'emergenza di questa diversa fase, in *La pena fondamentalista*, in *Iride*, XIV, 2001, n. 32, pp. 87-102.

delle politiche di controllo sociale che si fondano sulla fede nelle prassi di neutralizzazione selettiva³⁹, in pieno coerenti con il linguaggio della guerra⁴⁰.

4. L'ineliminabile natura della pena come fatto sociale

La scienza penalistica ha ritenuto di potersi liberare dalla insostenibile leggerezza della metafisica – la retribuzione, in altre parole della meritevolezza del castigo – per farsi carico della sopportabile pesantezza della prevenzione. Pesantezza sopportabile, però anch'essa ad una condizione: di essere accettata come un a priori, che non necessita in proprio di essere validato.

Accettare, aprioristicamente, che la pena debba tendere a fini di utilità – ad esempio: ridurre – non comporta, per una scienza del diritto evolutasi in dogmatica, un impegno superiore alle proprie forze. Come sempre, l'importante è trovare un punto, anche un solo punto di appoggio esterno su cui edificare l'intera costruzione dogmatica: il resto ne consegue per stringente rigore deduttivo.

Nella contingenza storica in cui si afferma il definitivo superamento della separatezza tra società civile e Stato, e in cui la volontà democratica di questo ultimo si pone come produttore e riproduttore dei rapporti sociali, l'obiettivo dell'integrazione sociale diviene il fine e nel contempo il limite della politica dello stato sociale di diritto. E questa volontà può anche trovare espresso riconoscimento costituzionale. Nel nostro sistema giuridico, il secondo capoverso dell'art. 3 della Costituzione è di inequivoca espressività "cannibalesca"⁴¹: lo Stato si impegna a rimuovere quanto – nei fatti, cioè nella Storia – impedisce il processo di integrazione sociale. Ne consegue come imperativo che anche la pratica reattiva alla disobbedienza debba piegarsi alla inclusione sociale. Ed infatti – forse pleonasticamente – segue «... le pene debbono tendere alla rieducazione del condannato».

Il punto di appoggio esterno è trovato e politicamente pare solido. Il rigore deduttivo del dogmatico può quindi fiduciosamente cominciare a lavorare alla nuova costruzione. Dalla teorizzazione delle necessarie qualità del bene giuridico, alla concezione normativa della colpevolezza; dai criteri di commisurazione della pena, alla diversa collocazione sistematica

³⁹ Cfr. N. REICHMAN, *Managing crime risks: Toward and insurance-base model of social control*, in *Research in Law, Deviance and Social Control*, 1986, 8, pp. 151-72; J. SIMON, *The Emergence of Risk Society*, in *Insurance Law and State*, 1987, 95, pp. 61-86; M.M. FEELY, J. SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Applications*, in *Criminology*, 1992, 4, pp. 449-474; *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*, in D. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994, pp. 173-201.

⁴⁰ Da ultimo, cfr. R. BERGALLI, I. RIVERA BEIRAS (coords.), *Politica criminal de la guerra*, Barcelona, Anthropol Editorial, 2005.

⁴¹ L'ultimo J. YOUNG, *The Exclusive Society*, cit., dedica alcune pagine interessanti nella descrizione delle differenze tra società della inclusione e società dell'esclusione, facendo esplicito riferimento ad una felice intuizione di C. LÉVI-STRAUSS in *Tristi Tropici*, Milano, il Saggiatore, 1960. Da un punto di vista esterno – ci ricorda il grande antropologo francese – le società sembrano atteggiarsi in due modi opposti di fronte a chi è avvertito come pericoloso: o sviluppando un atteggiamento cannibalesco, cercano di fagocitare chi è avvertito in termini di ostilità, nella speranza così di neutralizzarne la pericolosità attraverso l'inclusione nel corpo sociale; o esasperando le pratiche di vero e proprio rifiuto atropemico, vomitando al di fuori di sé tutto ciò che è socialmente avvertito come estraneo.

delle cause di giustificazione; ecc. Su quel solo punto di appoggio si edifica una nuova teoria del reato (e forse anche del processo).

Da «gli uomini furono ritenuti liberi, per essere puniti»⁴² a «gli uomini furono ritenuti integrabili nel sociale, per essere puniti», ed infine «gli uomini sono ritenuti eliminabili dal sociale, per essere puniti», ove – per seguire l'intuizione di Nietzsche – in primo luogo è la necessità (ancora, si direbbe metafisica) della pena a dominare. Il resto – la libertà del volere, l'addomesticamento alla virtù, il diritto di escludere il nemico – sono solo forme di una medesima retorica che è quella della prevaricazione che fonda alle radici il “fatto” di punire. Appunto, prevaricazione sempre e comunque, anche quando il diritto di infliggere la sofferenza da parte del principe ai consociati conosca una legittimazione pattizia. La ineliminabile natura di prevaricazione si radica, infatti, nella funzione politica della pena stessa: la qualità afflittiva del castigo legale definisce, quindi, l'effetto di produzione di *deficit* nei confronti del punito, come riduzione di diritti e/o soddisfacimento di bisogni; nel contempo l'azione repressiva deve apparire intenzionale al fine di determinare una relazione di senso – come riprovazione e censura – tra questa e il soggetto passivo; la natura espressiva della pena coglie poi la dimensione simbolica della reazione punitiva volta ad esprimere la pretesa di autorità di chi punisce; essa, infine, si sviluppa in un contesto situazionale come funzione finalizzata alla conservazione di determinati rapporti di potere⁴³.

È la pena (e nel nostro presente interesse, quella legale, ma più in generale, la pena come fatto sociale) che comunque si da nella storia; le legittimazioni (e nella modernità in poi, quelle di tipo utilitaristico o di difesa sociale) non la fondano, nel senso che anche ove vengano – come sono state⁴⁴ – invalidate empiricamente (e il processo di invalidazione non può che essere quello che si confronta con le funzioni reali dell'esercizio del potere punitivo), la pena comunque rimane. Alla fine, si punisce ... a prescindere. Questo è il solo fatto che – nella storia – non è mai (o ancora) venuto meno.

5. Forse, pietose bugie...

Quanto sopra rapsodicamente descritto, è solamente una storia ideale, scritta però “a metà”. Essa segue con una certa plausibilità argomentativa solo ove si accetti che il penalista dogmatico sia alla fin fine sempre stato un “utile idiota”, perlomeno tanto idiota da avere in buona fede creduto che gli scopi della pena non fossero solo retoriche di prevaricazione, ma principi di fondazione del diritto di punire.

⁴² F. NIETZSCHE, *Crepuscolo degli idoli*, Milano, Adelphi, 1995, p. 7.

⁴³ Così si esprimeva A. BARATTA in *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 2, p. 248, nota 1, seguendo le indicazioni offerte da C.S. NINO, *Los limites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, riconoscendo alla pena come “fatto sociale” i seguenti caratteri: afflittivo, programmatico, dichiarativo, strategico ed istituzionale.

⁴⁴ Meritoria in quest'ottica, l'opera divulgativa portata avanti da A. BARATTA nel costante critica dei fini ideologici della pena legale attraverso la lettura delle funzione materiali (o finalità latenti) della stessa, sia nel saggio sopra ricordato, *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, cit., che in *La teoria della prevenzione-integrazione. Una “nuova” fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 1, pp. 5-30.

Così in effetti non è sempre stato e non sempre è. È innegabile che la tradizione garantista propria della scienza penale moderna si sia anche, se non soprattutto, fondata in una prospettiva riduzionista, nel senso di volontà di contenere la violenza delle pene.

Amo rubricare questa seconda metà della storia come quella segnata dal disincanto (possibile effetto della denunciata “cattiva coscienza” radbruchiana?) o più banalmente alla storia di chi “ha mangiato la foglia” e quindi sta al gioco, ma non si fa ingannare. In effetti è vero: i rapporti con il Potere sono storicamente sempre stati segnati dall’illusione che il Potere possa essere anche giocato. Ovvero che non esiste altra possibilità di resistere al Potere, che sconfiggendolo nel rispetto delle sue regole del gioco.

Apparentemente lo scenario di questa altra metà della storia capovolge gli assunti della prima. Le pene legali sono l’opposto funzionale delle pene private e di fatto, non la loro espressione pubblicistica. Lo scopo del diritto penale è pertanto di minimizzare la violenza delle reazioni al delitto⁴⁵.

La filosofia della penalità moderna si è certamente fondata anche su una economia della parsimonia. Un esercizio del castigo vincolato a criteri tanto di autolimitazione sistemica (quelli garantistici della “pena minima”) che di limitazione extra-sistemica (quelli appunto finalistici della “pena utile”)⁴⁶. Come dire che anche la sofferenza legale moderna è stata pensata come capace di sottostare alla logica del risparmio e dell’investimento. E in ciò forse si coglie l’elemento di più radicale contrapposizione con la pena pre-moderna, quella – come ci insegna Foucault – segnata appunto dai vizi diseconomici della magnificenza, dell’ostentazione e della dissipazione.

Ma questa immagine – certo, per alcuni giuristi, assai gratificante – del penalista che da consigliere servizievole del Principe, tradizionalmente avvezzo al vecchio mestiere denunciato dal Carrara di razionalizzatore delle pratiche del boia⁴⁷, sfida il potere stesso, fiducioso, se non di vincerlo, certo di metterlo in seria difficoltà e pertanto di contenere la sua altrimenti inevitabile ferocia, quanto è storicamente realistica e quanto invece è comprensibilmente ideologica?

Il penalista pensa o si illude di giocare il potere del Principe accettando le retoriche di sopraffazione come tali, appunto come bugie, ma prendendole “sul serio”.

Da qui l’urgenza di scegliere: quale di queste bugie è alla fine e/o contingentemente quella che indebolisce di più il Principe e pertanto limita il suo potere? Quale delle possibili bugie è la più pietosa e quindi utile nell’azione di contenimento della violenza punitiva?

Personalmente ho sempre pensato che la simpatia espressa dalla scienza penale nei confronti della prevenzione speciale positiva alla fine si radicasse anche nel convincimento che

⁴⁵ D’obbligo, e non solo in Italia, il riferimento all’opera di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

⁴⁶ Sul punto dei criteri *intra* e *extra* sistemici alla produzione di un diritto penale minimo, esemplare per chiarezza argomentativa rimane ancora A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, pp. 443-473.

⁴⁷ «... l’arte schifosa che chiamossi gius criminale: la quale consisteva nell’insegnare i dettati positivi di legislatori autonomi e crudeli; nel disegnare i modi di circonvenire un accusato; e le misure per regolare i tratti di corda, e le strette delle tanaglie» F. CARRARA, *Varietà dell’idea fondamentale del gius punitivo – Prolesione al corso accademico 1862-63*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze, Casa editrice libreria Fratelli Cammelli, 1898, V edizione, vol. 1, p. 194.

di tutte le bugie, questa alla fine era la più capace di porre ulteriori limiti alla violenza punitiva⁴⁸. Altrettanto personalmente, e da lungo tempo⁴⁹, ritengo che questa scelta opportunistica non solo sia stata inefficace rispetto allo scopo, ma sotto alcuni profili addirittura controproducente. Ma, vorrei aggiungere: il problema non sta nella scelta sbagliata, quanto nella presunzione che fosse per il penalista importante scegliere.

6. La giustificazione della pena nella società dell'esclusione

Muore, da tempo oramai gravemente infermo, lo scopo della special-prevenzione positiva. E non certo perché questo nobile fine non si sia alla fine realizzato storicamente in una funzione reale del sistema penale nello stato sociale di diritto. Muore perché – nella irreversibile crisi dello stato sociale di diritto – viene progressivamente meno la prospettiva dell'inclusione sociale⁵⁰. Viene a mancare il punto di appoggio esterno che consente anche ad una bugia di essere (politicamente e culturalmente) plausibile.

Riconosciamolo: non sono certo i penalisti ad avvedersi, per primi, che le cose sono radicalmente mutate nelle premesse. Almeno in Italia.

In estrema sintesi nella nostra cultura penalista nelle ultime tre decadi – da quando cioè in altri contesti è oramai evidente che il mito della risocializzazione non è più culturalmente presentabile – si possono segnare quattro distinte posizioni.

Ancora permane una astorica resistenza neo-retribuzionista, di ascendenza idealista⁵¹, che paradossalmente finisce per incontrare il favore anche di chi, e non sono pochi tra i garantisti, opportunisticamente si illude che l'idea di una “pena giusta” tuteli di più di una “pena utile”, inevitabilmente attratta quest'ultima alla logica stringente della flessibilità e quindi della incertezza. Da un lato, si sarebbe portati a pensare, lo spirito del vecchio Bettiol è duro a morire; dall'altro lato, a ben intendere, non è tanto la lettura cristiana-integralista del “mondo dei valori” a convincere del primato della retribuzione, quanto una sottocultura

⁴⁸ In questa direzione sembra muoversi anche chi, in Italia, rappresenta forse il più coerente esponente della funzione rieducativa della pena, M. MARGARA, *Le parole, le cose e le pietose bugie*, in *Il vaso di Pandora*, cit., pp. 152 ss., in garbata ma non per questo meno intransigente polemica con le posizioni del sottoscritto.

⁴⁹ M. PAVARINI, *La pena, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, cit.

⁵⁰ Negli ultimi anni sono ripetutamente tornato su questo decisivo aspetto; cfr. M. PAVARINI, *Processi di ri-carcerizzazione e “nuove” teorie giustificative della pena*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2000, n. 1-3, pp. 95-126; *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una recherche*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2001, n. 1-3, pp. 113-141; *Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla “ronda dei carcerati” al “giromondo penitenziario”*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n. 1-2, pp. 105-136; *Processi di ricarcerizzazione nel mondo, ovvero del dominio di “un certo punto di vista”*, in *Questione giustiziana*, 2004, nn. 2/3, pp. 415-435.

⁵¹ Una menzione particolare meritano, ovviamente, nel nostro panorama nazionale, i numerosi contributi di G. BETTIOL, tra i quali si può ricordare in particolare *Aspetti etico-politici della pena retributiva* (1941), in *Scritti giuridici*, tomo I, Padova, Cedam, 1966, pp. 504 ss.; *Punti fermi in tema di pena retributiva* (1960), in *Scritti giuridici*, tomo II, Padova, Cedam, 1966, pp. 937 ss., su cui ora va segnalata la rivisitazione operata da S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*. *Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, Cedam, 2005; più di recente, troviamo una rimeditazione sul punto nell'opera di M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, Giappichelli, 1996.

povera del garantismo. Interessante, se mai, osservare come le tendenze neo-retribuzioniste nella cultura giuridica italiana non abbiano nulla a che vedere con la ripresa neo-retribuzionista riscontrabile ad esempio nella letteratura filosofica e giuridica nei sistemi di *common law*, ove il criterio di meritevolezza del castigo (le teorie della *desert* nella giurisprudenza anglo-americana) è palesemente ancorato al dato sociologico di ciò che l'opinione pubblica ritiene sia il castigo che il colpevole merita⁵².

Una distinta posizione segna poi altri penalisti che ritengono, forse anche per estremo realismo, che la questione dello scopo della pena non meriti poi una eccessiva attenzione da parte della dottrina. La posizione – ancora imperante nella giurisprudenza costituzionale – favorevole alla lettura “polifunzionale” della pena, si iscrive nel registro di chi utilizza questo mostro di sincretismo come comodo alibi per non prendere posizione⁵³. O forse, a sorreggere con più dignità questa posizione, è alla fine un realismo cinico: se la pena c'è a qualche cosa deve pure servire, ma non spetta al dogmatico prendere posizione.

La dottrina penalista italiana a livello maggioritario rimane però ancorata, pur con differenze di accento, al valore costituzionale della prevenzione speciale positiva⁵⁴. Intendo e in parte condivido le ragioni forti e nobili di questa resistenza al principio costituzionale, nel senso che intendo e in parte condivido le ragioni forti e nobili di questa resistenza politica. Ma una resistenza che seriamente rischia di sviliarsi in patetica nostalgia per qualche cosa che non c'è più. Lo scopo della special-prevenzione positiva fonda la sua plausibilità logica ancor prima che politica subordinatamente ad una premessa maggiore: se lo Stato sociale di diritto persegue il fine della integrazione sociale, allora anche la pena deve (perché logicamente può) essere risocializzante. Ma se nell'agenda politica della post-modernità ad imperare è la finalità della esclusione sociale, come è possibile sostenere che, ciò nonostante, il sistema penale debba (quando logicamente non può) perseguire il fine della reintegrazione sociale? Solo un esempio, per farmi intendere: se la scelta politica “a monte” (premesse maggiori) è di espellere gli immigrati irregolari che hanno delinquito, dopo che hanno scontato la pena, ne consegue – subordinata di primo grado – che per più del 35% dell'attuale popolazione detenuta in Italia la pena non può più essere giustificata come misura di integrazione sociale, ma solo come misura di esclusione sociale. E l'esempio è quanto mai pertinente: non solo perché è ragionevole pronosticare che a breve gli immigrati in carcere saranno la maggioranza, quanto perché, paradossalmente, gli immigrati che delinquono sono i soli, forse oramai, per i quali la pena potrebbe ancora operare in una logica di integrazione sociale, ma appunto solo se ancora dominasse la premessa politica della inclusione.

⁵² Cfr. A. DERSHOWITZ, *Fair and Certain Punishment*, New York, McGraw Hill, 1976; R. SINGER, *Just Desert: Sentencing Based on Equity and Desert*, Cambridge, Ballinger, 1979.

⁵³ Questa posizione, come risaputo, è stata per prima assunta da G. VASSALLI in *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, pp. 297 ss.

⁵⁴ La più convincente sistemazione della funzione rieducativa della pena in una lettura del sistema di diritto penale costituzionalmente orientato, rimane quella offerta da F. BRICOLA, *La teoria generale del reato*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, 1973, XIX, pp. 47-137. La maggior parte dei penalisti italiani continua sul punto, ancora oggi, a ripetere un po' stancamente quanto magistralmente detto da Bricola più di quarant'anni fa. Ma non tutta la scienza penalista italiana pur di orientamento special-preventivo si appiattisce su queste posizioni. Merita, ad esempio, di essere ricordata l'appassionata quanto densa di stimoli etico-politici produzione scientifica del collega L. EUSEBI, di cui cito, per tutte, la sola monografia *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana, 1991.

Infine, è possibile rintracciare posizioni dottrinarie minoritarie più riflessive. Già agli inizi degli anni ottanta del secolo scorso, la pubblicazione degli atti del convegno «La prevenzione generale dei reati» a cura di Romano e Stella⁵⁵ pionieristicamente per l'Italia avvertiva che le cose stavano cambiando (forse per la prima volta è possibile leggere per mano di dogmatici italiani che il mito della rieducazione era in crisi senza che questo dovesse indulgere a nostalgie neo-retribuzioniste) e introduceva nel dibattito le posizioni funzionaliste dei teorici della prevenzione-integrazione. Per quanto anche in seguito questa nuova prospettiva sia stata ripresa da altri, essa, alla fine, non si è mai tradotta in un diverso orientamento della dogmatica penalista in Italia.

Le rapide osservazioni sopra riportate invitano a riflettere collettivamente all'interno della scienza penale italiana sul significato di una collettiva disattenzione. Perché ostinarsi nel chiudere orgogliosamente la propria riflessione scientifica di fronte al *novum* (che non ha senso aggettivare negativamente per esorcizzarlo)?

Il *novum* – è evidente – non origina all'interno del discorso dei penalisti, non sorge cioè come mutamento di paradigma scientifico. Ma a ben intendere così è sempre stato nella storia del pensiero giuridico. La natura scientifica della dogmatica penale non ha nulla a che vedere con quanto Kuhm, ad esempio, intende per metodo scientifico. Il *novum* si radica sempre altrove, nel mutamento di senso e di scopo che il sottosistema della giustizia penale subisce all'interno del sistema politico nel suo complesso.

Qui originano e ovviamente divergono due distinte posizioni politico-culturali dei penalisti italiani: c'è chi assume che la scienza penale possa (e quindi debba) farsi soggetto autonomo, capace di competere con la politica, portando avanti la propria idea di giustizia penale⁵⁶; e chi invece seriamente dubita che la scienza giuridica possa pretendere tanto, se non altro, per la contenuta condivisione sociale delle idee dei giuristi. La contrapposizione non è tanto tra pensiero forte e pensiero debole, quanto tra chi ritiene che la Storia di fatto riservi un'opportunità politica alle idee dei giuristi come corporazione di scienziati e chi non intende come questo si sia mai dato e possa mai darsi, se non appunto nel ruolo assai subalterno che i giuristi hanno avuto – e potranno in futuro avere – di consiglieri del Principe di turno.

Ma prendere atto del *novum*, vale a dire della nuova politica dell'esclusione sociale, che cosa significa oggi per la scienza penalista?

7. Confrontarsi ancora con le funzioni materiali della pena

Debbo riconoscere alla intelligenza di Baratta avere posto chiaramente la questione⁵⁷, anche se così argomentando, egli portava acqua al suo mulino: la sola utopia “concreta” per il penalista è militare per l'abolizione del diritto penale.

⁵⁵ M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, il Mulino, 1980.

⁵⁶ Questa posizione è rappresentata nel dibattito penalistico italiano da M. DONINI, di cui si rinvia, tra i molti contributi, al recente *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁵⁷ A. BARATTA, *La teoria della prevenzione-integrazione. Una “nuova” fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, cit.

Ma se si può dissentire sull'intenzionalità del discorso, è difficile non condividere la qualità speculativa dell'argomentazione.

Il *novum* della esclusione sociale – nuovo come fine manifesto del sistema penale, perché come finalità latente, non solo per Baratta, esso è sempre stato fin dalle origini la funzione del diritto penale – nella scienza penalista può solo tradursi nell'assumere a modello prescrittivo quanto descrittivamente è nei fatti. Cioè attribuire dimensione di scopo alle funzioni materiali del sistema della giustizia penale. Le teorie della prevenzione-integrazione, da un lato, e quelle della incapacitazione selettiva dall'altro, non sono infatti, all'origine, teorie giustificative della pena, ma modelli descrittivi e poi esplicativi – e pertanto sociologici in senso proprio – della penalità stessa. Nei fatti, il sistema penale, è “gazzetta della moralità media” nella sua dimensione di insieme di tabù e nel contempo, pratica di neutralizzazione selettiva di soggetti pericolosi nella fase della sua esecuzione.

Più di un secolo fa, il padre della sociologia Durkheim, aveva riconosciuto al sistema penale queste funzioni effettive: rassicurare l'opinione pubblica e produrre pertanto coesione sociale⁵⁸, da un lato, e eliminare alcuni ritenuti pericolosi socialmente, dall'altro lato. Sappiamo come Durkheim ritenesse tutto ciò una fase in via di superamento, confidando che nel processo di divisione sociale del lavoro la coesione sociale potesse diversamente realizzarsi. Ma lucidamente comprese che il sistema penale, nella sua oramai arcaica vetustà, a questo solo servisse. La profezia del superamento della giustizia penale non si è avverata; ma quella intuizione esplicativa permane inossidabile al pensiero critico contemporaneo⁵⁹. È solo nella pratica della esclusione sociale di alcuni, che il sistema di giustizia penale può produrre maggiore inclusione della maggioranza. Chi assume la pratica della esclusione selettiva attraverso il sistema penale come scopo di legittimazione del sistema stesso, assume questa realtà come unica e possibile normalità. E pertanto trasforma una funzione materiale in legittimazione dell'esistente. A questo proposito Baratta definiva le teorie giustificative della prevenzione-integrazione e della incapacitazione selettiva come teorie tecnocratiche. Esse dicono il vero e non possono essere contraddette dalla realtà e pertanto non sono ideologiche in senso negativo. Ma esse nel contempo negano per il sistema penale qualsiasi possibilità di aprirsi ad una diversità distinta da questa realtà. Per il pensiero abolizionista e riduzionista radicale questo è sufficiente per cercare qualche cosa di meglio del sistema penale.

Contrariamente a quanto dai più erroneamente opinato, questa posizione estrema a mio avviso non chiude affatto gli spazi di riflessione della scienza penalista.

Al contrario: apre nuovi orizzonti.

Squarciati definitivamente i veli di un “dovere essere” metafisico (nel senso più proprio della critica filosofica), il penalista non può che riflettere su quanto è e soprattutto non può che essere del sistema della giustizia penale. E certo non in una prospettiva a lui aliena, la sociologia del diritto penale, ma in quella propria della dogmatica penale. Quale sistema giuridico-penale può concettualmente e finalisticamente aderire alla natura politica del sistema della giustizia penale?; è possibile, in altre parole, elaborare una dogmatica non metafisica, ma “realista” senza dovere cadere o nella trappola tecnocratica di teorizzare questa realtà penale come unica normalità possibile, o negare la propria esistenza, militando nella schiera di chi chiede l'abolizione del sistema della giustizia penale?

⁵⁸ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (1893), Milano, Comunità, 1999, pp. 102 ss.

⁵⁹ Da ultimo, riflette acutamente su questa intuizione ancora non smentita del padre della sociologia, D. MELOSSI, *Stati forti e definiti della coscienza collettiva*, in *Iride*, 2001, 32, pp. 67 ss.

Ricordo che Ferrajoli – lucido e strenuo avversario della falsa chimera abolizionista – in più occasioni⁶⁰ ebbe a precisare che di fronte alla minaccia portata avanti dall'abolizionismo, la scienza penale non poteva più trincerarsi opportunisticamente nell'inversione dell'onere della prova, ossia imponendo che gli altri dimostrassero l'inutilità e la dannosità sociale del diritto penale; spettava e spetta, invece, alla scienza penale dimostrare e convincere della necessità e utilità sociale di un diritto penale possibile. Appunto: storicamente possibile.

8. La pena nell'“altro” diritto penale

Ma anche quanto sopra riportato è una ricostruzione parziale – troppo parziale – del problema della crisi della scienza penale di fronte alla insostenibile pesantezza della prevenzione.

Nella società del rischio emerge prepotente un diritto penale del rischio. Esso più che mai si prefigge di essere solamente general-preventivo in un senso però prevalentemente negativo. Come limitare se non impedire certe condotte soggettivamente percepite come neutre se non in sé lecite, ma obiettivamente pericolose? Si confida nella minaccia di una pena. Ma una pena che ben difficilmente si darà nella sua effettività (e questo rinvia alla natura propria della selettività di classe del sistema penale nei confronti di tipologie d'autore socialmente non percepite come pericolose) e che comunque non potrà partecipare dei sentimenti sociali di cui è invece intrisa la penalità che da sempre consegue alla violazione dei tabù⁶¹. Un diritto penale senza l'accompagnamento del “coro greco” – quello che racconta da primattore della colpa e del castigo, delle urgenze di coesione sociale, della vendetta e della espiazione – è ancora riconoscibile come diritto penale?

⁶⁰ Una per tutte: L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, pp. 493-524.

⁶¹ Si vedano, ad esempio, le posizioni divergenti di M. DONINI, di M. PAVARINI e G. INSOLERA, in *La riforma del diritto penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000.



CAPITOLO 2

IL REGRESSO AD UNA PENA FONDAMENTALISTA

1. Dagli antipodi del mondo

Oramai sono passati più di trent'anni da quando, dall'Olanda, l'abolizionista Luck Hulsman esponeva sistematicamente il proprio radicale scetticismo nei confronti del sistema della giustizia penale, denunciando il fallimento e l'ontologica impossibilità delle pene legali nei confronti dei fini di utilità, sia di prevenzione speciale che generale, a cui le stesse sono finalisticamente costrette, secondo la promessa della modernità, mai mantenuta e neppure in futuro mantenibile: *Peines perdues*, appunto¹.

Alcuni anni dopo, il penalista di formazione dogmatica Raul Zaffaroni, dalle rive del Rio de la Plata, con malinconia *porteña*, avviava appunto una ... *busca de las penas perdidas*², certo incontrando tante e diverse forme di sofferenza legale ed illegale, ma ancora una volta nessuna capace di rispondere a quegli scopi di utilità; così da ultimo, lo stesso³, suggerisce come possibile una sola teoria "negativa" della pena – non quindi volta alla legittimazione della finalità manifeste della stessa – ma solo in grado di limitare il danno del sistema di giustizia⁴.

Eppure, la *ricerche* va ulteriormente proseguita.

Ciò premesso, credo che l'interesse debba spostarsi dall'intendere le ragioni del trionfo della pena utile sulle resistenze poste dalla pena giusta (ragioni ultime che sono iscritte nel patrimonio genetico della modernità), ai modi, o se si vuole ai progressivi accomodamenti, attraverso i quali questo processo di egemonia si è storicamente dato. E l'interesse principale deve porsi proprio nella fase esecutiva, il primo terreno di occupazione – trionfante e totale – dell'egemonia utilitaristica della pena. E per fare ciò, dobbiamo riferirci a contesti giuridici e culturali specifici.

In un primo momento farò quindi riferimento alla situazione italiana. Ciò mi consentirà di procedere velocemente. Per punti, descriverò una sorta di conquista a tappe dell'idea di utile della pena a partire dalla fase esecutiva. E ritengo che la chiave di lettura più agevole per descrivere questo processo sia quella in grado di cogliere la progressiva erosione al principio

¹ L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

² R. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

³ R. ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

⁴ Su posizioni non dissimili, vedi nella cultura filosofica italiana, il recente G. VATTIMO, *Dell'eriorità dei delitti e delle pene*, in *Iride*, 2001, 32, pp. 59-65.

della inderogabilità del giudicato in fase esecutiva, esigenza decisiva, quest'ultima, all'affermazione del valore della pena meritata per il fatto come pena giusta.

Di seguito, in un secondo momento, mi voglio invece occupare di un diverso profilo che a quello della pena utile oggi sempre più frequentemente si connette. Esso può essere in breve così indicato: tra gli effetti dell'affermarsi di un fondamento utilitaristico della pena va indicato l'irrompere della negoziabilità nella fase commisurativa ed esecutiva dei castighi legali (oltre che nella punibilità in senso stretto) e in conseguenza di ciò la produzione di ampie zone di ineffettività penale. È indubitabile che i valori della certezza ed uguaglianza delle pene siano oggi ovunque minacciati; in più contesti, è dato assistere ad una sorta di volontà di restaurazione di questi. È mia intenzione dimostrare che questo movimento in favore di un ritorno alla certezza delle pene – consapevolmente o meno – occulti un'istanza di maggiore penalità⁵.

2. L'incertezza fisiologica delle pene

Prendiamo atto che il principio della inflessibilità della pena in fase esecutiva quale effetto necessitato del principio della inderogabilità del giudicato nel nostro sistema positivo non è mai esistito, se non appunto nella testa dei giuristi. La penalità meritata per il fatto è sempre stata solo virtuale rispetto a quella effettivamente eseguita.

La penalità nei fatti è sempre stata governata dal Principe anche attraverso la politica criminale che definiamo indulgenziale⁶. Il sistema del politica non si è mai limitato a perseguire scopi di utilità attraverso la penalità in astratto (vale a dire attraverso la penalità edittale), ma costantemente ha governato anche la penalità in concreto per necessità utilitaristiche di varia natura: di governo del carcere, di economia finanziaria, di consenso politico, ecc.⁷ Insomma, la pena in fase esecutiva è sempre stata oggetto di scambio per ragioni di utile.

Il primo esplicito *vulnus* alla inflessibilità della pena per ragioni special-preventive anticipa poi la stessa codificazione penale fascista del 1930: i regimi della sospensione e della liberazione condizionali della pena sono, infatti, già presenti nel nostro sistema penale a fare corso dalla codificazione del 1889, applicati a livello di massa e sovente anche con rigoroso automatismo. Malcelate sotto la foglia di fico della special-prevenzione, la sospensione e la liberazione condizionale della pena hanno perseguito il fine di contenere la penalità nei fatti, consentendo al momento edittale e a quello commisurativo della pena di soddisfare esigenze general-preventive, sia positive sia negative, senza dovere sopportare i costi che simile scelte determinano a livello esecutivo.

⁵ Condividono questa ipotesi esplicativa nella letteratura italiana, pur in un'ottica parzialmente diversa da quella assunto nel presente saggio, L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, pp. 14-69, e A. MANNA, *Certeza della pena e "neoclassicismo penale"*, in M. PALMA (a cura di), *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, pp. 179-185.

⁶ Per quanto concerne gli effetti decarcerizzanti della politica penale c.d. indulgenziale, cfr. M. PAVARINI, *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in *La criminalità* (Annali della Storia d'Italia, n. XII), a cura di Luciano Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 981-1031.

⁷ Da ultimo, vedi la monografia edita in castigliano: M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2006.

Infine solo con la legge di riforma penitenziaria del 1975 n. 354, nel sistema di giustizia penale italiano si porta a regola il principio (non più eccezione, per quanto quantitativamente vistosissima) della “pena flessibile” per sole ragioni special-preventive.

La scelta tecnica operata è stata quella – e non si vede quale altra poteva essere sotto l’egemonia culturale della risocializzazione – della negoziazione della pena in fase esecutiva. Così, ad un primo “scambio negativo” (equivalenza tra reato e pena) che si opera nella fase di commisurazione del castigo legale al fatto di reato, si è venuto contrapponendo, in fase esecutiva, la praticabilità di uno “scambio positivo” o “scambio penitenziario” tra parte o intensità della sofferenza legale (attraverso la concessione delle misure alternative in senso proprio e dei benefici penitenziari) con valutazione prognostiche favorevoli di non-recidività⁸. Almeno così negli intenti della legge.

La pena nei fatti acquistò così la virtù di potere essere più breve o più mite, quanto più lunga (ad esempio, per l’efficacia retroattiva della revoca di alcuni benefici penitenziari) o più severa (per la sottoposizione del detenuto al regime della alta sorveglianza e della detenzione in carceri speciali di massima sicurezza) di quella originariamente meritata, per ragioni che non si rivolgevano più al passato – a ciò che si è fatto – ma al presente e al futuro: come si è e come è dato presumere che si sarà.

I parametri legali che vincolavano il potere discrezionale in fase esecutiva al processo sull’autore e che costituivano pertanto i termini in cui determinare la giudizialità dello “scambio penitenziario” erano dalla legge del ’75 alquanto genericamente indicati come quelli su cui poteva fondarsi il giudizio prognostico di non recidività. Pertanto l’arsenale giustificativo della flessibilità della pena in fase esecutiva fu inizialmente quello proprio di un modello correzionale, essendo la discrezionalità nella flessibilità della pena fortemente vincolata a precisi contenuti special-preventivi⁹.

Con la legge di riforma n. 663 del 1986 – conosciuta come legge Gozzini – le cose cambiano e di molto.

Si accentua la flessibilità della pena in fase esecutiva per ragioni che sempre più si allontanano da quelle proprie special-preventive per aderire ad una premialità finalizzata a suscitare nel condannato comportamenti ritenuti altrimenti utili¹⁰. Conseguentemente, la meritevolezza del premio non è più legata ad una sua (per la verità solo presunta) verificabilità trattamentale, potendosi sempre più godere di benefici direttamente dallo stato di libertà.

Sono dell’opinione che il breve lasso di tempo che va dalla riforma Gozzini alla legislazione di contrasto alla criminalità organizzata dei primi anni novanta – sostanzialmente un solo lustro – a livello di prassi interpretative e per interventi giurisprudenziali di legittimità si consumi definitivamente da un lato l’illusione correzionalitica e dall’altro lato si gettino le fondamenta di una nuova negoziabilità della pena di natura prettamente tecnocratica, sensibile alle ragioni squisitamente politiche di governo deflativo della penalità¹¹.

⁸ Cfr. M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, Edizioni Martina, 1996.

⁹ Cfr. A. MARGARA, *Le parole, le cose e le pietose bugie*, in M. PALMA (a cura di), *Il vaso di Pandora*, cit., pp. 155-178.

¹⁰ Cfr. A. PRESUTTI, *Profili premiali dell’ordinamento penitenziario*, Milano, Giuffrè, 1986.

¹¹ M. PAVARINI, *La penitenziarizzazione della giustizia penale*, in S. Moccia (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, Esi, 1998, pp. 75-83.

La nuova disciplina della differenziazione trattamentale per ragioni di pericolosità apporata dalla legislazione emergenziale di contrasto alla criminalità organizzata dei primi anni novanta ulteriormente esaspera i termini della negoziabilità – fino all'estremo della rinuncia a punire il condannato a fronte di una collaborazione ovvero a punire in regime di carcere di massima sicurezza l'affiliato al crimine organizzato che non collabora¹² –, ma, a ben intendere, essa non fa che procedere per una strada che da tempo era già stata tracciata. Per altro, mai come in questo caso, l'utilità della negoziazione è apparsa a tutti evidente. Voglio dire, che difficilmente si può negare, anche alla luce dell'esperienza, che l'esasperata premialità volta a negoziare la collaborazione del mafioso non sia risultata qualche volta utile nella lotta al crimine organizzato, mentre è legittimo dubitare che altrettanto utile sia mai stata a fini special-preventivi. Come affermare che le ragioni dell'utile sono più soddisfabili quanto più la negoziabilità si costruisce su prestazioni verificate nel presente che su prognosi comportamentali verificabili solo nel futuro.

L'ultima tappa, infine, è quella segnata dalla legge n. 165 del 1998, e poi più ampiamente riproposta nei c.d. "pacchetti svuotacarcere" dopo quasi tre lustri, che, in qualche modo, estende ulteriormente i termini della flessibilità, oltrepassando quelli stessi posti della negoziabilità. Per ragioni che qui non merita discutere, con questa riforma siamo oramai oltre la soglia di una flessibilità negoziata (perché manca la contrattualità, cioè non si dà "scambio penitenziario"), per avventurarci in quelli di una parziale rinuncia unilaterale a punire nei fatti, al fine di tenere la penalità in concreto, oramai fuori controllo, entro limiti di compatibilità sistemica¹³.

Cerchiamo ora di porre in evidenza alcuni punti fermi emersi dalla lettura di queste vicende di riformismo penitenziario¹⁴.

Il riformismo penitenziario di queste ultime decadi partecipa da primo attore, ma all'interno di una ben più complessiva trama che si dispiega in un arco di tempo più ampio, alla grande trasformazione del sistema della giustizia penale, qualificandolo come fortemente segnato da queste tendenze di fondo:

- a) l'aumento del potere discrezionale, anche se non solo come conseguenza dell'ampliamento dei termini dello "scambio penitenziario"; e in ciò direttamente contraddicendo il paradigma fondante il diritto penale moderno come diritto penale uguale;
- b) l'accentuata frammentazione del sistema penale in sotto-sistemi di diritto penale speciale; e in ciò entrando in linea di collisione con la possibilità di una nuova codificazione penale;
- c) l'irresistibile attrazione del sistema di giustizia penale a strumento suscitatore di comportamenti desiderati e conformi in una logica di premialità; e con ciò delegittimando i criteri intrasistemici classici di autolimitazione¹⁵.

¹² B. GUAZZALOCA, *Criterio del doppio binario, utilizzo della premialità e degiurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTA, G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 141-176.

¹³ Cfr. A. PRESUTTI, (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (L. 27 maggio 1998, n. 165)*, Padova, Cedam, 1999.

¹⁴ Per una più approfondita riflessione sulle vicende del riformismo penitenziario in Italia, cfr. M. PAVARINI, *L'esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in M. Palma (a cura di), *Il vaso di Pandora*, cit., pp. 137-153.

¹⁵ Cfr. A. BARATTA, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 3, pp. 443-474.

Il riformismo penitenziario è quindi corresponsabile del processo di trasfigurazione del volto del diritto penale in un sistema di giustizia diseguale e speciale. Tutto ciò può essere letto come processo involutivo da un punto di vista dei principi del diritto penale classico¹⁶; il medesimo fenomeno però può essere giustificato come inevitabile evoluzione da un punto di vista di principi di un diritto penale postmoderno.

Il riformismo penitenziario contribuisce quindi a portare a definitiva maturazione il processo di disintegrazione del sistema sanzionatorio classico¹⁷. Una ragione strutturale ed una contingente privilegiano la fase esecutiva nella produzione del nuovo sistema delle pene: quella strutturale, che in ossequio al criterio della implementazione verso il basso della decisione, suggerisce che sia il segmento finale (cioè quello dell'esecuzione) a cercare contingentemente un equilibrio tra istanze di politica criminale diverse e contrastanti non risolvibili "a monte"; quella contingente, che trova, almeno in un primo momento, nell'ideologia special-preventiva, l'alibi per giustificare la più ampia discrezionalità nella produzione di un diritto penale diseguale e speciale.

3. Il "negozio penale"

L'irruzione della negoziabilità nel sistema penale – qui colto limitatamente e parzialmente alla sola fase esecutiva – è ritenuto responsabile dell'involuzione verso un diritto penale diseguale, frammentario e soprattutto ineffettivo ed incerto.

Non mi interessa tanto discutere sui primi due presunti vizi, che ritengo invece attribuiti necessari – forse virtuosi – di un sistema di giustizia penale della post-modernità. Mi interessa invece discutere se l'irrompere della negoziabilità nel diritto penale (prevalentemente ma non solo nella sua fase esecutiva) sia alla base della presunta incertezza ed ineffettività dei castighi legali.

Credo che molta confusione oggi regni sovrana in tema di ineffettività ed incertezza delle pene. Come se si trattasse di un fenomeno relativamente nuovo, una sorta di patologia del presente.

Se ci poniamo da un punto di vista extrasistemico, l'ineffettività e l'incertezza della reazione punitiva sono le note strutturali e pertanto permanenti del sistema della giustizia penale. Ineffettività e incertezza sono infatti i necessari attributi della natura selettiva del sistema penale; come dire che la giustizia penale può operare solo in quanto si assumano i costi della sua incertezza e ineffettività.

Il sistema della giustizia criminale è altamente incerto ed ineffettivo in tutti i momenti in cui si sviluppa il processo di criminalizzazione secondario.

Il primo livello di ineffettività ed incertezza si colloca nella selezione della criminalità perseguibile perché manifesta. La ricerca Istat in tema di vittimizzazione del 1998¹⁸, per quanto concerne solo alcuni delitti contro la proprietà e la persona, stima una propensione

¹⁶ Per tutti, vedi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989.

¹⁷ Sul punto nella scienza penalistica italiana, cfr. L. MONACO, C.E PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione". La diaspora del sistema commisurativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, pp. 421 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria editale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, pp. 419 ss.

¹⁸ Dei risultati di questa importante ricerca ne danno ampiamente conto M. BARBAGLI e L.L. SABBADINI, *La sicurezza dei cittadini*, Bologna, il Mulino, 1999.

denunciataria a livello nazionale intorno al 40%. Il che significa che limitatamente ai soli reati predatori (per altro, quelli nei confronti dei quali la propensione denunciataria è più elevata), oltre il 60% dei reati consumati non viene a conoscenza dell'autorità di polizia. E questa percentuale è nella media degli altri paesi occidentali¹⁹.

Della sola criminalità manifesta, una minima parte passa attraverso il secondo stadio, quello della individuazione dei responsabili: in Italia i reati di autore ignoto sono più dell'80% di quelli denunciati. E anche in questo caso, la realtà italiana è in tutto simile a quanto avviene altrove.

Insomma: su 100 delitti commessi, meno di quaranta vengono a conoscenza del sistema della giustizia penale e di questi forse una decina conosce un qualche esito processuale di cui più della metà è di proscioglimento e/o assoluzione. E sia ben chiaro, ci riferiamo ai soli delitti così detti "naturali" (omicidio, lesioni, furti, rapine) e tacciamo dei delitti "artificiali" rispetto ai quali la cifra oscura è nella maggioranza delle ipotesi di dimensioni prossime se non coincidenti a quelle della criminalità reale. Insomma: cento delitti e ben che vada un solo condannato in carcere. E tutto ciò – ci insegna la penologia – è assolutamente fisiologico. Se mai il sistema della giustizia penale dovesse essere giudicato in un'ottica di produttività – come tendono a fare alcune retoriche tecnocratiche che parlano di "impresa giustizia" – il fallimento sarebbe stato già da tempo inesorabilmente dichiarato. Non conosco infatti altra istituzione così drammaticamente inefficiente da non essere in grado di trattare – si badi: in regime di monopolio – neppure il 10% del proprio mercato!

Bene: tutti gli studi che sono stati rivolti al funzionamento del sistema della criminalizzazione secondaria, concordano nel riconoscere che questa esasperata selettività non solo non può ragionevolmente essere ridotta (e ciò per precisi ed invalicabili limiti di compatibilità con il sistema della democrazia e con quello dell'economia), ma che anzi, quasi tutti i sistemi di giustizia penale si muovono nel senso di ulteriormente ampliare i criteri di selettività.

Ma di più: i criteri di selettività non sono governati né facilmente governabili dall'interno del sistema penale stesso, cioè non rinviano a criteri intrasistemici di selezione – quelli, per intenderci, su cui si può democraticamente convenire –, ma sono in qualche modo sociologici (l'opinione pubblica, le risorse economiche disponibili, il livello di conflittualità, il grado di fiducia/sfiducia nei confronti del sistema penale stesso, ecc.) e pertanto operano al di là di ogni criterio normativamente predeterminato²⁰.

Così ad esempio, la sempre denunciata natura classista del sistema penale – in ragione della quale il diritto penale è nei fatti diseguale in ragione della variabile socio-economica degli attori sociali – non appartiene oggi (e forse mai è appartenuto nello Stato sociale di diritto) ad alcuna esplicita volontà del sistema penale stesso, che al contrario si è sempre legittimato – al suo interno – come diritto per eccellenza uguale, anche se tutto ciò non gli ha impedito – nella sua dimensione funzionale – di produrre e riprodurre disuguaglianza. La certezza ed effettività del diritto penale e di conseguenza la certezza e l'effettività delle pene sono pertanto criteri di legittimazione interni del sistema penale che gli consentano – per

¹⁹ Cfr. A.A. DEL FRATE, U. ZVEKIC, J.J.M. VAN DIJK, *Understanding Crime Experiences of Crime and Crime Control*, Roma, Unicri, 1993.

²⁰ Sul punto mi sono specificatamente soffermato in *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Volume terzo: *La criminologia*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 563-599.

seguire l'analisi di Luhmann²¹ – di operare una differenziazione funzionale tra sé e gli altri sistemi, cioè per preservare la propria specializzazione. E questa certezza ed effettività delle pene è comunque garantita normativamente a prescindere se nei fatti il sistema penale operi sociologicamente nell'assoluta incertezza ed ineffettività. Se il sistema penale è per eccellenza cognitivamente aperto, quanto normativamente chiuso, cioè può recepire dall'esterno solo quanto a sé funzionale, possiamo ben dire che l'incertezza e l'ineffettività del suo "agire" è a garanzia della certezza ed effettività del suo "essere". In questo senso l'irruzione della negoziabilità nel sistema penale opera appunto come formidabile *gate-keeper* volto a preservare l'autopoiesi del sistema penale stesso²².

Peraltro questo è vero anche da un punto di vista intrasistemico, cioè da un punto di vista normativo; la stessa categoria dogmatica della punibilità non serve tanto per spiegare perché l'autore del reato è punito (a tal fine, infatti, sono deputate le teorie della pena, non quelle della punibilità), ma perché non viene punito, nonostante abbia commesso un reato, vale a dire un fatto tipico, antigiuridico e colpevole. È lo stesso diritto penale del fatto che reca con sé un eccesso di minacce punitive rispetto alle esigenze teleologiche della loro applicazione ai diversi autori e pertanto a questo eccesso di criminalizzazione in astratto deve corrispondere comunque una disapplicazione finalizzata delle pene comminate. La vera categoria sistematica esterna all'analisi del reato è dunque la non punibilità, la quale a sua volta rinvia al tema delle regole che devono presiedere alla non punibilità e al controllo di legittimità su tale gestione.

Ma quando oggi si parla di ineffettività e di incertezza dei castighi legali, evidentemente si parla di altro, che nulla ha a che vedere con l'incertezza ed ineffettività strutturali del sistema di giustizia criminale.

A mio modo di intendere, oggi con la richiesta di maggiore certezza ed effettività delle pene si esprime in termini edulcorati solo una domanda sociale di maggior penalità nei fatti. E nella situazione sopra descritta di strutturale ineffettività ed incertezza del sistema di giustizia criminale, invocare maggior certezza ed effettività delle pene equivale a domandare solo un aumento del valore simbolico della repressione in un'ottica di general-prevenzione positiva.

4. I limiti al "negoziario penale" e la penologia attuariale

Per quanto la negoziabilità della pena sia una risorsa utile e forse necessaria, esiste un limite alla sua prepotente irruzione nei sistemi di giustizia penale?

Sono dell'idea che il limite strutturale al processo di negoziazione della pena sia dato dalla ineliminabile funzione di censura sociale²³ che ontologicamente appartiene al sistema di giustizia penale. Se il processo di "commercializzazione" si spinge oltre il limite superato il quale si determina socialmente la perdita del senso del punire – cioè del dare intenzionalmente sofferenza per produrre quell'aggiuntivo *handicap* che è in grado di determinare stigma²⁴ – il sistema di giustizia criminale tradisce la sua *mission*²⁵. E seriamente dubito che ciò sia possibile.

²¹ L. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981.

²² Cfr. G. TEUBNER, *Recht als Autopoietisches System*, Frankfurt, 1989.

²³ Nel senso chiarito da C.S. SUMNER, *Censure, Politics and Criminal Justice*, Milton Keynes, Open University Press, 1990.

²⁴ Cfr. Ph. ROBERT, *Gli effetti della pena per la società*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 489-512.

²⁵ Sul punto, in termini approfonditi, cfr. G. INSOLERA, M. PAVARINI, *Quale ordine ad ordine penale?*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studio di*

Come uscire allora da questo paradosso? È possibile, in altri termini, non arrendersi ai paradossi della giustizia penale negoziata, quale unico porto cui approdare per sfuggire all'insopportabile sproporzione tra domande e risorse del sistema di giustizia penale?

Penso che la questione non possa trovare soluzione facendo affidamento sulla sola volontà del sistema politico che unilateralmente conviene di contenere entro termini compatibili il ricorso alla risorsa della penalità. Il "diritto penale minimo" non si produce nella realtà per volontà del Principe e neppure per convenzione democratica²⁶, come ho già avuto modo di esaminare.

La questione è certo più complessa. I confini della penalità possono essere diversamente tracciati in una logica riduzionistica solo ed in quanto si riescano a tutelare diversamente le necessità di difesa sociale che oggi si esprimono attraverso la domanda di penalità. In altre parole solo se le necessità di censura e di difesa sociale possono essere diversamente soddisfatte²⁷. Ove diversamente non indica uno spazio del "dover essere" normativo, ma propriamente quello dell'azione sociale.

Se questa indicazione per una costruzione sociale della sicurezza e della difesa sociale al di fuori dei confini della penalità dovesse rivelarsi politicamente non praticabile, temo che non sarà possibile sfuggire alle tentazioni tecnocratiche di una penalità contrattata e negoziata, ma nel frattempo dubito che per questa scorciatoia si possa avventurarsi oltre un certo limite, superato il quale la domanda sociale di penalità finirebbe per trovare una soddisfazione assai pericolosa al di fuori dei confini del sistema di giustizia penale.

Dal punto di vista esterno, offerto dalla sociologia del diritto penale, la negoziabilità della pena – con gli effetti necessari della incertezza ed ineffettività del sistema penale – si colloca nell'arsenale degli strumenti che operano per la conservazione delle funzioni materiali del sistema della giustizia penale stesso che può operare solo selettivamente. La questione problematica sarebbe pertanto di diversa natura e concernerebbe unicamente i limiti di compatibilità sistemica all'ineffettività e quindi anche alla negoziabilità, non potendo la pena completamente esaurirsi in un "negoziato penale". Detto diversamente: il sistema delle pene legali incorpora in sé qualche cosa che non può definitivamente sciogliersi contrattualmente, qualche cosa che resiste all'esito estremo ma definitivo indicato dal processo di secolarizzazione per sole ragioni di utile sociale.

In questi ultimi anni, soprattutto nella riflessione penologica statunitense e comunque di lingua inglese, sono emerse alcune tendenze tecnocratiche volte a legittimare l'azione del sistema penale per quello che esso è effettivamente (e non per quanto vorremmo altrimenti che fosse). Come dire che il sistema delle pene legali non necessita di altra giustificazione che non sia quella propria offerta dal suo reale operare. Insomma: le pene funzionano e ancor meglio potrebbero, solo che venissero definitivamente liberate dal rischio di delegittimazione in quanto inidonee a perseguire altre finalità. E così l'incertezza ed l'ineffettività della pena non necessitano di essere contrastate, limitate o corrette, perché esse fedelmente rispondono ad una selettività utile e socialmente condivisa. Ma di

diritto comparato, Padova, Cedam, 2000, pp. 61-83.

²⁶ Sul punto, cfr., ancora, M. PAVARINI, *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, cit.

²⁷ Vedi, M. PAVARINI, *Controlling Social Panic. Questions and Answers about Security in Italy at the End of the Millennium*, in R. BERGALLI, C. SUMNER (eds), *Social Control at the End of Millennium*, London, Sage, 1997, pp. 75-95.

più: solo razionalizzando ulteriormente questi criteri di selettività è possibile procedere nel senso di un ulteriore risparmio nel ricorso alla risorsa della repressione. La virtù del diritto penale consiste – insomma – nella sua parsimonia, come indicato peraltro alle origini del diritto penale moderno. È intento delle pagine che seguono dimostrare che lungo la strada indicata dalla *new penology* l'esito più probabile è invece quello di un pericoloso regresso alla dissipatezza premoderna della penalità.

5. Una penologia democraticamente condivisa?

Un dato cui si presta poca attenzione: il carcere – nella sua storia – è stato prevalentemente egemonizzato da retoriche elitarie, nel senso che la legittimazione di questa modalità di punire – per ragioni di prevenzione, sia generale sia speciale – è risultata essenzialmente appannaggio di movimenti culturali e politici minoritari, spesso composti da soli professionali, animati sovente da intenti progressisti, che hanno espresso sulla pena e sul carcere un punto di vista di parte. Per quanto di parte e minoritario all'origine, questo punto di vista si è storicamente imposto nelle politiche penali e penitenziarie: in alcune realtà – penso agli Stati Uniti d'America – ciò si è determinato anche attraverso processi di ampia condivisione democratica; in altre – penso all'Italia – lo stesso si è realizzato sovente per astuzia giacobina.

In Italia, non mi risulta che nel passato il carcere sia mai stato condiviso dalla cultura popolare. Insomma: il carcere non ha mai avuto sociologicamente una legittimazione democratica. E neppure, forse, la pena e il sistema penale nel suo complesso. È difficile pensare che l'idea del carcere come *extrema ratio*, in altre parole del carcere che rieduca abbia mai potuto incontrare un consenso sociale diverso da quello guadagnato all'epoca del Beccaria dalla proposta di abolire la pena di morte.

Ma ciò vale per il passato. Nel presente, le cose sembrano stiano cambiando²⁸.

La topica carceraria vive oggi giorno la singolare avventura di essere diversamente intesa e spiegata. Quantomeno due distinte retoriche leggono la sua presenza²⁹.

La prima – oggi in crisi – è quella appunto elitaria, di carattere prevalentemente progressista; la seconda – oggi in forte crescita – è invece più vicina al modo di intendere della maggioranza, apparentemente più democratica, certamente più populista.

La prima lettura – si è detto – è oggi fortemente in crisi, anche perché non riesce ad uscire da uno stato di depressione profonda³⁰. Essa si esprime prevalentemente sulle riviste scientifiche, nel linguaggio della giurisprudenza, nella voce di chi ha responsabilità istituzionali. Questa narrativa penologica oggi sopravvive raccontando la propria nevrosi: il lamento di fronte ad una pena che nei fatti non è come avrebbe dovuto essere. Da qui il palese imbarazzo di fronte a qualche cosa che sempre più appare come scandalosa. Non

²⁸ Cfr. A. JAMES, J. RAINE, *The New Politics of Criminal Justice*, London, Longman, 1998; M. RAYAN, *Penal Policy Making Toward the Millennium: Elites and Populists: New Labour and the New Criminology*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1999, 27, 1, pp. 1-22.

²⁹ G. JOHNSTONE, *Penal Policy Making. Elitist, Populist or Participatory?*, in *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 2000, 2, pp. 161-180.

³⁰ R. BAYER, *Crime, Punishment, and the Decline of Liberal Optimism*, in *Crime and Delinquency*, 1981, pp. 169-90.

solo – e forse non tanto – perché il carcere “non funziona”³¹, quanto piuttosto perché la pena carceraria si è storicamente imposta nell’illusione delle sue incontestabili quanto evidenti virtù. E nella fede in queste, si è edificato l’intero sistema della giustizia criminale e la sua legittimazione. È difficile immaginare di potere fare a meno del carcere al di fuori di un’idea diversa di giustizia penale. L’invenzione penitenziaria, infatti, si celebra nella sua presunta capacità di dare piena soddisfazione alle necessità di un sistema moderno di giustizia penale, cioè ad una giustizia uguale, mite ed utile. Constatare che a fronte di questi fini ideali della pena, le funzioni materiali del carcere sono invece quelle determinate dalla produzione e riproduzione della diseguaglianza sociale, attraverso l’irrogazione di una violenza segnata da elementi irriducibili di crudeltà e con effetti di elevata nocività sociale, induce al pessimismo penologico, ulteriormente esasperato dalla constatazione di non possedere alcuna strategia valida per un effettivo contenimento o abolizione di questa modalità di infliggere la pena, sempre che si convenga sulle necessità e/o opportunità, presenti e future, di un sistema legale di penalità.

Il secondo discorso penologico – oggi in forte crescita – non mostra alcun imbarazzo di fronte al carcere. Esso è certo della utilità della pena detentiva, anche se invoca modalità nuove di applicazione della stessa. Questa nuova idea di penalità appare sovente rozza nelle sue estreme semplificazioni e comunque non ama celebrarsi in dissertazioni accademiche³². Essa si esprime nei discorsi della gente³³. E parla direttamente alla gente nelle parole dei politici³⁴ e prevalentemente attraverso i mezzi di comunicazione di massa³⁵; ma si diffonde e finisce per articolarsi in topiche che trovano – o cercano di trovare – anche una loro legittimazione scientifica. E ovviamente non manca chi si cimenti scientificamente nell’impresa. Si sta diffondendo oggi una cultura populista della pena, che pone, forse per la prima volta, la questione di una penalità socialmente condivisa “dal basso”.

Credo che per un complesso di ragioni comprensibili, ma difficilmente giustificabili, la cultura penalista presti poca attenzione a questa nuova idea della penalità legittimata “dal basso”, di cui è imprudente dire che sia sempre di destra. Nelle poche pagine che seguono vorrei prendere in seria considerazione alcune affermazioni della cultura post-moderna della pena e del carcere al fine di rendere criticamente evidente quanto segue: per quanto questa penologia “dal basso” dichiara di volere sfuggire da ogni compromissione con orizzonti giustificativi di natura ideologica per privilegiare approcci tecnocratici, finisce per approdare definitivamente a concezioni pre-moderne della penalità.

6. *Prison works* a patto che...

Il carcere può funzionare contro la criminalità. A certe condizioni la pena del carcere può essere utile nel produrre meno criminalità e meno recidiva. Certo non perché attraverso

³¹ R. MARTINSON, *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*, in *The Public Interest*, 1974, 35, pp. 22-54.

³² F. ZIMRING, *Populism, Democratic Government and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on ‘Three Strikes’ in California*, in *Pacific Law Journal*, 1996, 28, pp. 243-256.

³³ M. HOUGH, *People Talking about Punishment*, in *Howard Journal of Criminal Justice*, 1996, 35, pp. 191-214.

³⁴ Lord WINDLESHAM, *Politics, Punishment and Populism*, Oxford, University Press, 1998.

³⁵ R.F. SPARKS, *Television and the Drama of Crime*, Milton Keynes, Open University Press, 1992.

l'esecuzione della pena detentiva si possano risocializzare i criminali; ovvero perché la pena del carcere riesca ad intimidire i potenziali devianti. Il carcere può essere utile nel governo della criminalità e della recidività se ed in quanto sia messo in grado di operare con finalità di neutralizzazione selettiva³⁶.

Il fine della neutralizzazione selettiva origina all'interno di una cultura tecnocratica ed amministrativa della penalità: essa interpreta la giustizia penale come sistema che persegue obiettivi di efficienza, quali, ad esempio, differenziare la risposta per livelli di pericolosità e implementare strategie di controllo sui gruppi sociali³⁷. La retorica che emerge è quella del calcolo probabilistico e di distribuzione statistica applicati nei confronti delle popolazioni che creano problemi sociali³⁸.

Non molto diversamente dalle tecniche assicurative, il linguaggio dell'utilità sociale e del governo dei rischi sociali prende progressivamente il posto di quello della responsabilità individuale e della prevenzione speciale nelle politiche penali. Il linguaggio della penologia tecnocratica è pertanto caratterizzato da un' enfasi sulla razionalità sistemica e formale.

Il governo amministrativo del controllo penale tende a costruirsi intorno ad obiettivi sistemici che radicalmente divergono dall'uso simbolico della penalità. La gestione amministrativa della penalità risponde solo ad una sua logica interna, svincolata da finalità extra-sistemiche.

Un'amministrazione delle pene che ribalta pertanto i paradigmi stessi dell'uso ideologico della sofferenza legale. Mentre la risorsa simbolica del sistema della giustizia penale utilizza un vocabolario in cui i termini più utilizzati sono imputazione, responsabilità personale, meritevolezza del castigo, esemplarità della pena, ecc., insomma, le molte espressioni che definiscono la riduzione individuale della dimensione sociale dei problemi, la gestione amministrativa delle pene parla un'altra lingua: non più quella di punire gli individui, ma di gestire gruppi sociali in ragione del rischio criminale; non più quella correzionalistica, ma quella burocratica di come ottimizzare le risorse scarse, in cui l'efficacia dell'azione punitiva non è più in ragione dei *telos* esterni al sistema (educare e intimidire), ma in ragione di esigenze intra-sistemiche (neutralizzare e ridurre i rischi).

Tutto l'arsenale correzionalistico subisce un radicale ribaltamento di funzione e di senso: il trattamento e la terapia, come l'aiuto, perdono ogni riferibilità nei confronti del fine special-preventivo. Il trattamento, la terapia e l'aiuto diventano risorse utili per garantire il governo della questione criminale ai livelli di compatibilità del sistema della giustizia penale. Risorse utili, per differenziare le popolazioni devianti in ragione del rischio criminale, per incapacitare selettivamente i più pericolosi, per articolare lo spettro custodiale, per economizzare risorse³⁹.

³⁶ Cfr., nella oramai vasta letteratura, A. BLUMSTEIN, J. COHEN, D. NAGIN (eds), *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washington, D.C., National Academy of Sciences, 1978; F. ZIMRING, G. HAWRING, *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*, New York, Oxford University Press 1995; K. AUERHAHN, *Selective Incapacitation and the Problem of Prediction*, in *Criminology*, 1999, 37 (4), pp. 703-734.

³⁷ N. REICHMAN, *Managing Crime Risks: Toward an Insurance-base Model of Social Control*, in *Research in Law, Deviance and Social Control*, 1986, 8, pp. 151-72.

³⁸ J. SIMON, *The Emergence of Risk Society*, in *Insurance Law and State*, 1987, 95, pp. 61-86.

³⁹ M.M. FEELY, J. SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Applications*, in *Criminology*, 1992, 4, pp. 449-74; *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*, in D. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994, pp. 173-201.

L'uso improprio della cultura e della prassi trattamentali da parte della nuova penologia è incontenibile quanto irresistibile. Solo alcuni esempi tra i più eclatanti.

Per il lungo periodo di egemonia della cultura e prassi correzionalistiche, la ricaduta nel delitto era cartina di tornasole dell'insuccesso dell'investimento educativo in carcere. La recidiva segnava il fallimento. Nella stagione delle misure alternative, la revoca delle stesse definiva la speranza della reintegrazione sociale come illusoria. Oggi, al di fuori di ogni filosofia special-preventiva, i parametri che segnavano l'insuccesso sono invece interpretati come utili indicatori dell'efficienza del sistema penale nel suo complesso. Gli indici di recidività mostrano sia che il sistema penale ha fin dall'inizio selezionato efficacemente la propria clientela, sia che, sulla base della esposizione alla ricaduta nel delitto interpretata per gruppi sociali, è possibile definire predittivamente le categorie a rischio e di conseguenza diversificare la risposta punitiva.

Lo stesso dicasi per le revocche delle misure alternative: la distribuzione differenziata delle stesse per diversi gruppi sociali diventa un criterio decisivo di correzione delle politiche penitenziarie e giudiziarie, nel senso che suggerisce alle amministrazioni e alle giurisdizioni nuovi criteri statistici a cui vincolare la discrezionalità.

Una discrezionalità, quindi, che non si illude più di fondarsi sulla osservazione scientifica della personalità, ma che ancora sempre più la propria decisione ad un calcolo statistico dei rischi per popolazioni criminali e gruppi sociali devianti, piuttosto che affidarsi al rischio di scommettere sull'uomo attraverso una valutazione personologica della pericolosità.

Lo stesso processo di differenziazione trattamentale nel carcere non risponde più al bisogno di individualizzazione dell'esecuzione per finalità special-preventive, ma si piega sempre più alle necessità di usare anche il carcere come variabile dipendente in ragione di una diversa distribuzione del rischio. Così lo strumento del carcere di massima sicurezza non si orienta ad una logica di incapacitazione individuale, per cui esso è l'estrema risposta per i colpevoli di reati particolarmente gravi o per i detenuti soggettivamente pericolosi, ma diventa il contenitore per tutti coloro che risultano ad una logica di incapacitazione selettiva come appartenenti a gruppi sociali ad elevato rischio criminale.

Questo approccio sistemico al governo dei criminali riflette un nuovo discorso sul crimine stesso e sul ruolo del sistema penale. I devianti non sono più, o sono sempre meno, il referente organizzativo del sapere criminologico, perché la criminologia sta progressivamente diventando un marginale capitolo di una generale analisi di *public policy*. La questione in gioco non è più quella pretenziosa quanto ingenua di sconfiggere il crimine, ma semplicemente di razionalizzare l'operatività dei sistemi che consentono di gestire la criminalità sulla base di valutazioni di tipo attuariale.

Numerose le questioni nodali che la penologia amministrativa pone: con quale grado di validità empiricamente verificabile è possibile incapacitare selettivamente?; esistono limiti – economici e funzionali – che strutturalmente definiscono la penalità come risorsa limitata?; è possibile misurare gli effetti positivi di governo della criminalità attribuibili alle strategie di incapacitazione selettiva?

Interrogativi semplici ma che comportano risposte complesse.

7. Nuovi criteri di predittività

I reati predatori, cioè quelli opportunistici contro la proprietà – furti, scippi, borseggi, piccole rapine, ecc. – sono oramai di massa. Ma masse non sono sempre coloro che li commet-

tono. Si è calcolato⁴⁰ che tra il 15 e il 22% di coloro che sono stati condannati per alcuni di questi delitti risultava responsabile di più del 50% di tutti i reati predatori consumati nel medesimo territorio nell'ultimo anno, includendo anche quelli coperti dalla "cifra oscura". Mediamente – attenendosi alle dichiarazioni offerte da questa minoranza di "criminali in carriera" – essi in libertà infrangevano la legge penale più di duecento volte all'anno.

Da qui l'ovvia tentazione: se si potesse individuare con precisione questa minoranza di criminali all'inizio della loro *criminal career* prima che si trasformino in *career criminals*⁴¹, basterebbe mettere questi pochi nell'impossibilità di delinquere per ottenere grandi risultati nella riduzione della criminalità.

La questione è quindi quella, ben conosciuta dalla scienza penalistica e criminologica, del giudizio di pericolosità sociale o criminale, cioè, in ultima istanza dei criteri di predittività dell'azione deviante⁴². Una vota che questi siano individuati e che rispetto ai medesimi si confidi nella capacità tecnica di selezionare i futuri *high-rate offenders*, la risposta sanzionatoria non sarà in ragione di valutazioni di colpevolezza, ma di pericolosità: i futuri criminali in carriera debbono essere impediti di diventare tali, attraverso l'irrogazione di *no-fixed o life sentences*, vale a dire, nella cultura e tradizione giuridiche latine, attraverso misure di sicurezza detentive per imputabili. E senza ovviamente che si debba mettere in campo il rito di valutazioni criminologiche personologiche, costose quanto inutili. Siamo molto prossimi a criteri di presunzione legale di pericolosità costruiti su valutazioni statistiche di rischio per appartenenza a gruppi.

Nelle linee guida che si dettano per disciplinare il potere discrezionale nel *sentencing*, totalizzare quattro o più *handicap* tra i sette indicati⁴³, ad esempio da Greenwood e Abrahamse⁴⁴, significa essere considerato ad elevato rischio, a prescindere del reato per cui si risponde, e quindi selettivamente incapacitato.

Nella realtà americana, le ricerche ci insegnano che i condannati che sarebbero secondo questi criteri di predittività selettivamente definiti ad elevato rischio di recidività sono compresi tra un quarto e un terzo della popolazione condannata penalmente. Da qui la speranza di ridurre la popolazione detenuta e nel contempo di elevare i livelli di sicurezza, segregando in carceri di massima sicurezza e a vita non più di un 30% dell'attuale popolazione detenuta,

⁴⁰ M.E. WOLFGANG, R.E. FIGLIO, T. SELLIN, *Delinquency in Birth Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1972; J.R. CHAIKEN, M.R. CHAIKEN, *Offenders Types and Public Policy*, in *Crime and Delinquency*, 1984, 30, pp. 195-226.

⁴¹ A. BLUMSTEIN, J. COHEN, J.A. ROTH, C. VISHER (eds), *Criminal Careers and 'Career Criminals'*, Washington, D.C., National Academy Press, 1986.

⁴² D.P. Farrington, R. TARLING (eds), *Criminological Prediction. An Introduction*, New York, Suny Press, 1995; S.D. GOTTFREDSON, D.M. GOTTFREDSON, *Behavioural Prediction and the Problem of Incapacitation*, in *Criminology*, 1994, 32, pp. 441-474; N. MORRIS, M. MILLER, *Predictions and Dangerousness in the Criminal Law*, Washington, D.C., National Institute of Justice, 1987.

⁴³ Esattamente: 1. avere già sofferto di detenzione per reati omogenei; 2. avere passato più di un anno in carcere negli ultimi due; 3. essere stato in carcere quando si era minori d'età; 4. essere stato preso in carico dai servizi sociali della giustizia minorile; 5. fare uso di eroina già dalla minore età; 6. fare uso di eroina negli ultimi due anni; 7. non avere lavorato almeno un anno negli ultimi due.

⁴⁴ P.W. GREENWOOD, A. ABRAHAMSE, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, Calif., Rand, 1982.

riservando ai restanti condannati penalità *soft* e poco costose, come ad esempio quelle offerte dalle nuove tecnologie di controllo elettronico⁴⁵.

I modelli di predittività della recidività offerti dalla criminologia attuariale in questo ultimo decennio sono molteplici e sovente anche assai complessi. O almeno troppo complessi sono risultati quando si è cercato di metterli in pratica. Allora, per semplificare il tutto, nella legislazione e nelle prassi americane ha progressivamente preso il sopravvento la vecchia e rodata regola del baseball: *Three strikes and you're out*, vale a dire carcere a vita ovvero a pene detentive non inferiori a trenta anni per la recidiva aggravata, anche per reati non particolarmente gravi, come spaccio di droghe leggere e scippo⁴⁶.

L'eccesso – per noi scandaloso – degli USA è solo apparente. Considerazioni fondate su valutazioni presuntive di pericolosità non dissimili funzionano già in Inghilterra⁴⁷ e in altre democrazie occidentali per quanto concerne la concessione di percorsi di alternatività alla pena detentiva.

E allora penso che sia importante dare conto che – a volere tacere di ogni altra valutazioni etica e/o politica – il sistema della incapacitazione selettiva non funziona, cioè la popolazione detenuta aumenta ma i reati non diminuiscono.

8. Il *Kindergarden* e i futuri criminali

Il calcolo del rischio criminale sembra relativamente funzionare in astratto per il passato, ma mai in concreto per il futuro. Posso scientificamente dimostrare che se nel passato si fosse neutralizzato quel 30% di condannati che risultavano pericolosi secondo determinati criteri, oggi si potrebbe godere di una significativa riduzione della criminalità, ma appena si mettono in opera le medesime valutazioni di predittività per il futuro, i conti non tornano più.

Molto e di interessante è stato a questo proposito dimostrato dalla scienza criminologica in questi anni. Numerose, ad esempio, le critiche al fallimento delle politiche di incapacitazione selettiva.

Prestando attenzione alla statistica della penalità del passato, si deve prendere atto che se la strategia di neutralizzazione fosse stata applicata secondo i diversi criteri di predittività oggi avanzati dalla *New Penology* su valutazioni di rischio per appartenenza a categorie, il tasso di insuccesso sarebbe stato comunque elevatissimo, superiore al 50% nei due sensi: la metà di chi sarebbe stato definito pericolo non risulta abbia recidivato una volta scontata la pena e la metà di chi sarebbe stato definito non pericoloso ha continuato a delinquere⁴⁸. Anche se non

⁴⁵ R. JONES, *Digital Rule: Punishment, Control and Technology*, in *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 2000, 2, pp. 5-22.

⁴⁶ J. AUSTIN, J. CLARK, P. HARDYMAN, D.A. HENRY, *The Impact of 'Three Strikes and You're Out'*, in *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 1999, 1, pp. 131-162.

⁴⁷ M. HOUGH, J.V. ROBERTS, *Sentencing Trends in Britain: Public Knowledge and Public Opinion*, in *Punishment and Society. The International Journal of Penology*, 1999, 1, pp. 11-26.

⁴⁸ Cfr. A. VON HIRSCH, M.D. GOTTFREDSON, *Selective Incapacitation: Some Queries on Research Design and Equity*, in *Review of Law and Social Change*, 1994, 12, pp. 11-51; J. COHEN, *Incapacitation as Strategy for Criminal Control: Possibilities and Pitfalls*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1983, vol. 5, pp. 1-84; J. COPAS, *Some Statistical Questions in the Prediction of Dangerous Offending*, in J.W. HINTON (ed.), *Dangerousness: Problems of Assessment and Prediction*, London, Allen & Unwin, 1983.

esperti di statistica, chiunque si avvede che un errore di tali proporzioni nella selezione predittiva equivale a convenire che statisticamente si sarebbe potuto pervenire al medesimo risultato estraendo a sorte, un condannato su tre. «Bene o male – come convengono Hess e Scheerer⁴⁹ – dobbiamo rinunciare alla vecchia ossessione che un giorno l'illecito potrà essere prevenuto semplicemente aggirandosi per i kindergarden a caccia di futuri criminali». Da qui l'insorgere della tentazione nell'eccesso predittivo⁵⁰: se si vuole elevare le probabilità di neutralizzare i soggetti che effettivamente continueranno a delinquere, bisogna pagare il prezzo che comporta incapacitare anche coloro a posteriori pericolosi non risulterebbero (i così detti "falsi positivi").

Ma ove anche si convenisse di eccedere fino al limite ipotetico di incapacitare tutti coloro che comunque impattano con il sistema della giustizia penale, a ben vedere neppure in questo caso il risultato di contenere o ridurre la criminalità sarebbe a priori garantito. Infatti la criminalità opportunistica e predatoria può trovare una convincente spiegazione eziologica sul modello situazionale o delle opportunità⁵¹. Come dire che la quantità di illegalità è determinata prevalentemente dall'offerta di occasioni per delinquere che una determinata organizzazione sociale offre. E quell'offerta sarà sempre soddisfatta da una adeguata domanda. Man mano che si provvede a neutralizzare preventivamente alcuni accessi sul versante di chi trova conveniente sfruttare le opportunità presenti entrando nel mercato illegale, "per sostituzione" altri troveranno conveniente entrarvi.

Ma di più: a fronte di un modello esplicativo della criminalità di massa tendenzialmente orientato a dare un peso decisivo alle opportunità, i criteri di predittività della pericolosità criminale si costruiscono sull'illusione di una predisposizione a delinquere per ragioni di *deficit* sociale, razziale, culturale ed economico. Paradossalmente essi raggiungono livelli soddisfacenti di predittività in astratto in prossimità di una definizione della pericolosità che coincide con quella di problematicità sociale. Come dire che tutti coloro che appartengono a gruppi sociali svantaggiati sono – appunto potenzialmente – pericolosi. Ergo: per ottenere effetti apprezzabili si dovrebbe neutralizzare tutta la marginalità sociale.

Impresa – si obietterà – impossibile. Ma su questa strada ci si è spinti molto avanti. Ancora gli USA ci danno un esempio eloquente con più di due milioni e trecentomila detenuti presenti giornalmente nelle istituzioni carcerarie e almeno altri cinque di penalmente controllati di cui circa il 70% composto da giovani maschi neri o di provenienza ispano-americana. Il conto è presto fatto: tra i maschi appartenenti alla chiamata *underdog class* uno su due conosce almeno un'esperienza detentiva nella propria vita, ovvero ci sono più *blacks* nelle carceri americane oggi che iscritti alle scuole medie superiori. Di conseguenza ci si sarebbe dovuti attendere che questi elevati tassi di carcerizzazione – la popolazione detenuta è aumentata di più di sette volte negli ultimi trenta anni – siano stati premiati da un contenimento o da una riduzione della criminalità. Lo cose stanno invece diversamente.

In effetti gli elevatissimi tassi di carcerizzazione qualche effetto sull'andamento della criminalità sembra abbiano determinato, ma non nel senso auspicato. La criminalità di massa

⁴⁹ H. HESS, S. SCHEERER, *Criminalità come provincia di senso. Proposte per una teoria generale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, 1/2, p. 32.

⁵⁰ J. PETERSILIA, *Criminal Career Research: a Review of Recent Evidence*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1980, vol. 2, pp. 321-379.

⁵¹ C. BIRKBECK, G. LAFREE, *The Situational Analysis of Crime and Deviance*, in J. BLAKE, J. HAGEN (eds), *Annual Review of Sociology*, 1993, pp. 113-37; J. LEA, *The Analysis of Crime*, in J. YOUNG, R. MATTHEWS (eds), *Rethinking Criminology: the Realist Debate*, London, Sage, 1992, pp. 69-94.

negli USA, ad esempio, non è significativamente aumentata nel tempo, mostrando anche, negli ultimi anni, una lieve flessione. Per altro ciò non deve stupire, stante che gli USA non hanno neppure nel passato conosciuto indici di criminalità predatoria più elevati di quelli che si potevano registrare mediamente in alcuni paesi dell'Europa occidentale, e soprattutto perché anche in Europa negli ultimi anni è stato possibile registrare una lieve flessione dei reati contro la proprietà. Ciò che rendeva e rende invece gli USA assolutamente incomparabili con il resto del mondo occidentale sono sempre stati i tassi elevatissimi di omicidi da arma da fuoco in conseguenza o in occasione di azioni criminose contro la proprietà. E questi gravi delitti purtroppo sono nel tempo sempre cresciuti⁵². Certo questa peculiarità americana deve essere messa in relazione a fattori culturali assai radicati, quale appunto una elevata diffusione delle armi da fuoco. È comunque possibile sospettare nelle politiche di incapacitazione selettiva una possibile concausa, ovvero un elemento di amplificazione del fenomeno dell'aumento delle vittime di omicidio. In effetti, attraverso le politiche di neutralizzazione si è finito per annullare se non a volte per invertire la differenziazione sanzionatoria originariamente proporzionata alla gravità del reato commesso⁵³. Se per molti *omnibus fellons* (coloro che sono disposti a commettere qualsiasi reato che l'ambiente in cui vivono offre come opportunità) anche uno scippo può comportare il rischio di una *life sentence*, perché mai dovrebbero trattenersi dall'uccidere la vittima che resiste alla rapina?

9. Parsimonia e dissipazioni punitive

La filosofia della penalità moderna si è fondata su una economia della parsimonia. Un esercizio del castigo vincolato a criteri tanto di autolimitazione sistemica (quelli garantistici della pena minima) che di limitazione extra-sistemica (quelli finalistici della pena utile). Come dire che anche la sofferenza legale moderna deve sottostare alla logica del risparmio e dell'investimento. E in ciò forse si coglie l'elemento più radicale di contrapposizione con la pena pre-moderna, quella – come ci insegna Foucault – segnata appunto dalle virtù diseconomiche della magnificenza, dell'ostentazione e della dissipazione.

Possiamo interrogarci se la penalità nella post-modernità – nonostante l'enfasi posta sui valori della razionalità burocratica, della efficienza e del calcolo – finisca per dovere fare affidamento ad una economia dell'eccesso dei castighi⁵⁴, insomma ad una penalità squisitamente espressiva.

L'ipotesi è suggestiva e su essa merita riflettere.

In effetti – e con ciò ritorno a quanto accennato in precedenza – quanto oggi sembra potersi cogliere come elemento nuovo è la perdita progressiva di peso delle élite intellettuali a favore di quelle politiche sulla cultura della penalità⁵⁵. E nei sistemi democratici, forse per

⁵² F. ZIMRING, G. HAWRING, *Crime is not the Problem: Lethal Violence in America*, New York, Oxford University Press, 1997.

⁵³ D. SHICHOR, *Three Strikes as Public Policy: The Convergence of the New Penology and the McDonaldization of Punishment*, in *Crime and Delinquency*, 1977, 43, pp. 470-492.

⁵⁴ S. HALLSWORTH, *Rethinking Punitive Turn. Economies of Excess and the Criminology of the Other*, in *Punishment and Society. The International Review of Penology*, 2000, 2, pp. 145-160.

⁵⁵ D. LEWIS, *Hidden Agendas: Politics, Law and Disorder*, London, Hamish Hamilton 1997; S. PILLSBURY, *Why Are We Ignored? The Peculiar Place of Experts in the Current Debate about Crime and Justice*, in *Criminal Law Bulletin*, 1995, 4.

la prima volta la penalità diventa oggetto significativo (in alcuni casi persino il principale) dello scambio politico tra elettori ed eletti, tra opinione pubblica e sistema della politica. E in ciò forse è possibile cogliere un profilo di democratizzazione della politica criminale, sia pure nel senso nuovo offerto dalla “democrazia d’opinione”.

Garapon e Salas⁵⁶, ad esempio, suggeriscono un approccio convincente al fenomeno dell’inflazione della penalità – sia in astratto che in concreto – come segno della crisi della democrazia rappresentativa e dell’emergere prepotente di una democrazia d’opinione. Nella democrazia d’opinione ad essere esaltata è la percezione emozionale del soggetto ridotto alle sue emozioni più elementari: paura e rancore. E il nuovo discorso politico tende sempre più ad articolarsi su queste emozioni, di cui singolarmente il sistema di giustizia penale è in grado di dare coerente espressione, nella funzione di produzione simbolica di senso attraverso il processo d’imputazione di responsabilità.

Non è tanto la crisi della politica *tout-court* che determina l’effetto dell’espandersi del penale come risposta alla domanda sociale di penalità; al contrario: si tratta di una riqualificazione della politica, della volontà di instaurare contro-poteri là dove prima non ve ne erano, di ritrovare la sovranità là dove essa era stata concessa, ovvero espropriata, ai/dai sistemi burocratici di rappresentanza. Come dire che la costruzione sociale che produce l’espansione della domanda di risorsa penale è solo il sintomo più vistoso di una trasformazione e crescita della democrazia oltre la funzione della rappresentanza fornita dallo stato di diritto.

Ma ciò su cui non si è sufficientemente riflettuto sono le precondizioni materiali che hanno reso possibile questo processo di emergenza di una domanda di penalità come la vuole l’opinione pubblica, a cui in qualche modo il sistema della politica è oggi costretto a dare una qualche risposta.

Concordo pienamente su un decisivo aspetto con Garland⁵⁷. I cittadini delle democrazie occidentali debbono confrontarsi con una esperienza nuova – soprattutto se consideriamo i livelli di sicurezza dalla criminalità nella seconda parte del XX secolo – che si può ritenere strutturale ai nuovi processi di globalizzazione: il rischio da criminalità si sta diffondendo (nel senso di “spalmando”) ed espone oramai la maggioranza dei cittadini e reiteratamente all’esperienza vittimologica. La nostre società sono e sempre più saranno *high crime societies*, ove il rischio criminale per attentati alla proprietà non sarà più ristretto a pochi – in buona sostanza, come nel passato, ai membri della *upperclass* – ma esteso alla maggioranza dei consociati.

Le politiche di “legge ed ordine” e “zero tollerance”⁵⁸ si iscrivono pertanto all’interno di un orizzonte miope di riproposizione di vecchie ricette a nuovi problemi. In assenza di una cultura adeguata per una società ad elevato rischio criminale si finisce per rispondere ai diffusi rischi criminali con lo strumento della penalità diffusa. Ma la scorciatoia repressiva presto si mostra illusoria: per quanto si possano elevare i tassi di carcerizzazione e penalità essi si mostreranno sempre inadeguati e per difetto a quelli della criminalità di massa, come abbiamo potuto intendere nell’analisi critica delle strategie dell’incapacitazione selettiva. Da

⁵⁶ A. GARAPON, D. SALAS, *La République Pénalisée*, Paris, Hachette Livre, 1996.

⁵⁷ D. GARLAND, *The Culture of High Crime Societies. Some Preconditions of Recent ‘Law and Order’ Policies*, in *British Journal of Criminology*, 2000, 40, 347-75.

⁵⁸ Cfr. D. NORMAN, *Zero Tolerance. Policing a Free Society*, London, Institute for Economic Affairs, 1997; A. DE GIORGI, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, Derive Approdi, 2000.

qui il rischio che la penalità sfugga progressivamente ad ogni finalismo utilitarista e ad ogni criterio razionale, per celebrarsi unicamente in una dimensione espressiva. E diventare pertanto smodata. Un eccesso di penalità, in un primo momento, a fronte di un eccesso di criminalità; una penalità simbolica (come la pena di morte, ovvero pene detentive draconiane in carceri di massima sicurezza) – in una seconda fase – di fronte all'amara constatazione che più penalità non produce più sicurezza dalla criminalità.

10. Un nuovo fondamentalismo penale

È interessante notare come la deriva obbligata verso una penalità smodata finisca per liberare la stessa giustificazione della pena da ogni solido ancoraggio a rigorose valutazioni tecnocratiche; essa finisce per essere di nuovo attratta verso un oceano di giustificazioni ideologiche.

Si pensi, ad esempio, alla ripresa delle teorie neo-retribuzionistiche; esse, in termini per la verità alquanto semplicistici, si richiamano al vecchio arsenale giustificativo della meritevolezza della pena⁵⁹, che, con riferimento esplicito al comune sentire della gente, afferma l'esistenza di un referente sicuro – per quanto storicamente e culturalmente determinato – sul fondamento del quale è possibile determinare la pena in concreto come quella socialmente meritata. Ma il riferimento ad un concetto di meritevolezza non è più operato nella prospettiva di porre dei limiti al potere discrezionale nella commisurazione della pena, quanto di agganciare questa al *public panic*.

Tentativi apparentemente più seducenti, ma sostanzialmente identici nelle conseguenze, sono quelli oggi particolarmente apprezzati dalla dottrina penalistica di formazione tedesca che teorizzano – in ossequio alle teorie luhmaniane – una funzione di pedagogia sociale alla pena⁶⁰. Questi approcci utilizzano nello specifico della giustificazione della pena la concezione del diritto come strumento di stabilizzazione del sistema sociale, di orientamento dell'azione e di istituzionalizzazione delle aspettative. Al centro dell'attenzione è in particolare il concetto della fiducia istituzionale, intesa come forma di integrazione sociale che, nei sistemi complessi, sostituisce le forme spontanee di affidamento reciproco degli individui nelle comunità elementari. La reazione punitiva alla violazione della norma avrà, in questa teoria, la sola funzione di ristabilire la fiducia e di prevenire gli effetti negativi che la violazione di norme produce per la integrazione sociale. Ne consegue che si punisce non per retribuire un male con un altro equivalente male, e neppure per dissuadere i potenziali violatori della legge penale a non delinquere; si punisce perché attraverso la pena si esercita la funzione primaria che è quella di consolidare la fedeltà vuoi nei confronti del diritto, vuoi nei confronti dell'organizzazione sociale da parte della maggioranza.

La giustificazione del diritto di punire ritorna così alla sua primitiva origine, a quella fase che precedette la rottura imposta dalla modernità, cioè ad una penalità liberata nei suoi contenuti e nelle sue forme da ogni vincolo razionale. Una sorta di regresso, quindi, ad una penologia fondamentalista.

⁵⁹ R. SINGER, *Just Desert: Sentencing Based on Equality and Desert*, Cambridge, Ballinger, 1979; A. DERSHOWITZ, *Fair and Certain Punishment*, New York, McGraw Hill, 1976.

⁶⁰ G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und Zurechnungslehre*, Berlin, De Gruyter, 1983; K. AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Atheneum, 1972; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin, De Gruyter, 1982.

CAPITOLO 3

LA GUERRA ALLE “NON-PERSONE”

1. Dal “nemico nel diritto penale” al “diritto penale del nemico”

Il diritto penale della modernità – cioè quello liberale – in questi due ultimi secoli si è sempre offerto, ad un’analisi critica, come attratto da due opposte istanze: come garantire, da un lato, i diritti dei cittadini di fronte al potere punitivo e come produrre, dall’altro, la sicurezza dei medesimi di fronte alla criminalità. Sicurezza e libertà sono quindi i poli di una tensione strutturale ma non dialettica, in quanto incapace di offrirsi ad una sintesi.

Per seguire Zaffaroni¹, concordiamo che nel diritto penale del cittadino è sempre possibile individuare la presenza, più o meno imbarazzante, del nemico. Non è certo una novità, e non fa scandalo riconoscere questa ovvietà. E i sintomi inequivoci che ci troviamo in presenza di una disciplina (speciale) contro il nemico nel diritto penale, cioè che ci troviamo di fronte alla presenza di un diritto penale della pericolosità, sono sempre i medesimi, quelli ripetutamente denunciati dalla scienza del diritto penale liberale: l’anticipazione della punibilità, l’adozione di una prospettiva orientata allo scopo, un notevole aumento delle pene e l’affievolimento o soppressione di determinate garanzie, ecc. Le scorie non definitivamente combuste del potere o dei poteri punitivi sono da sempre – si ponga mente all’“emergenza” definita appunto “perenne”², che è appunto ciò che pretende di giustificare l’eccezione – facilmente rintracciabili nel sistema della giustizia penale liberale. Cose da sempre denunciate, si dirà. E allora: cosa dice di più e di diverso il più brillante dogmatico tedesco, allievo prediletto del liberale Roxin, da monopolizzare il dibattito intorno al diritto penale del nemico?³

Zaffaroni non ha dubbi: Jakobs non parla del “Nemico nel diritto penale”, ma del “Diritto penale del Nemico” e quindi non si limita a denunciare le contraddizioni insite nella storia e nell’attualità del diritto penale liberale; al contrario, prescrittivamente teorizza che il sistema della giustizia criminale debba essere a più velocità, così che accanto ad un sistema

¹ R. ZAFFARONI, *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires, Dickinson S.L., 2006.

² Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Esi, 2000.

³ Mi riferisco alla produzione scientifica di G. JAKOBS che a far corso dalla fine del secolo scorso, ripetutamente ha teorizzato non tanto la presenza quanto la necessità di un “diritto penale del nemico” nello stato sociale di diritto. Nella vasta produzione, cfr. *Bürgerstrafrecht und Feinstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, Heft 3, pp. 88 ss.; *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1997; *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Patendern, 2004.

penale della garanzie per i cittadini, siano legittimi altri e distinti sistemi penali contro coloro che non possono essere considerati come “persone” e che quindi debbono essere definiti come “nemici”, in quanto socialmente pericolosi. E contro i nemici – è risaputo – a valere è la logica della guerra: un diritto penale della neutralizzazione e della incapacitazione selettive, della innocuizzazione e del controllo sociale tecnocratici⁴, fino ad un diritto penale dello sterminio. Come dire che l'Olocausto è una eventualità, sia pure residuale, a cui non possiamo sottrarci, che permane attigua, se non interna, alla giustizia penale fraterna, mite e garantista.

Ciò che differenzia le due posizioni sembrerebbe più formale che sostanziale: la cultura penale garantista non riconosce il diritto penale del nemico come diritto penale, ma come non-diritto (o potere di polizia o potere punitivo *tout-court*); Jakobs, al contrario, chiede che si riconosca anche questo come diritto penale – del Nemico, appunto – per limitarlo e quindi per preservare anche il diritto penale delle Garanzie⁵.

Tutti quindi ben intenzionati – parrebbe – nel salvare e preservare il diritto penale del cittadino: chi negando che possa esistere altro diritto penale nello stato di diritto, chi avvertendo che bisogna dare un legittimo spazio anche ad altre necessità, come appunto quelle di difesa sociale dai nemici, se si vuole conservare il patrimonio di garanzie liberali. Se così fosse, non meriterebbe continuare a discutere del diritto penale del nemico; se ne discutiamo, e così animatamente in molti luoghi ed occasioni, devono esistere altre e più decisive ragioni.

2. Garantismo e modernizzazione del diritto penale

Dietro la problematica del diritto penale del nemico parrebbe celarsi l'annosa questione relativa alla tensione tra libertà e sicurezza nel diritto penale, ma in un senso che si risolve unilateralmente a favore di questa ultima e che quindi elimina la tensione a favore di una sola forza in campo. Nella prospettiva della filosofia politica, dietro la contrapposizione tra sicurezza e libertà nel diritto penale si sono sempre celate tradizioni filosofico-politiche differenti: le correnti filosofiche antiliberali hanno sempre postulato la necessità di diminuire le garanzie per aumentare la sicurezza, dando così per scontata una relazione inversa tra garanzie e sicurezza; le correnti filosofiche liberali o hanno negato questa relazione inversa, o hanno teorizzato una relazione diretta o hanno affermato che per garantire le libertà nello stato di diritto il prezzo da pagare è una certa “quantità” di insicurezza di fronte ai pericoli determinati dalla criminalità. Il binomio sicurezza e libertà si traduce così nella storia del diritto penale in quello di prevenzione e garanzia; dietro questo si possono riconoscere varie forme di razionalità che a loro volta corrispondono a due distinte tradizioni filosofiche, quella utilitarista e quella kantiana. Ma, in buona sostanza, vecchie questioni da relegare

⁴ Cfr. M. FEELEY, J. SIMON, *The New Penology. Notes on Emerging Strategy of Corrections and Its Implementations*, in *Criminology*, 1992, XXX, 4, pp. 449-474; *Actuarial Justice: The Emerging of New Criminal Law*, in D. NELKEN (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994, pp. 173-201; F. ZIMRING, G. HAWKINS, *Incapacitation: Penal Confinement and Restraint of Crime*, New York, Oxford University Press, 1995.

⁵ Cfr., da ultimo, G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 109-129.

ai manuali di filosofia del diritto e che i penalisti ripercorrono sempre più stancamente nel dibattito tra teorie assolute e relative della pena.

Oggi – ci suggerisce Crespo⁶ – il dibattito sulla legittimità del diritto penale è sempre più chiaramente caratterizzato da un altro binomio: “riduzionismo” *versus* “espansionismo”, ovvero dal dibattito sul contesto e sulle esigenze della “modernizzazione del diritto penale”. Questa strategia si contrappone alla dottrina della resistenza (o dottrina del garantismo penale), squilibrata come ultraliberale e quindi reazionaria, in favore di un diritto penale efficace nel contrastare i fenomeni criminali e per questo obbligato ad alleggerire i vicoli storici dell’ipoteca garantista. Qui, – a ben vedere – si colloca la teorizzazione di un diritto penale del nemico.

La questione non è pertanto più o soltanto accademica quanto concreta, cioè politica. Per Jakobs, infatti, nessun contesto normativo, includendo la persona nel diritto, è tale di per sé, cioè per “dovere essere”, ma diventa reale unicamente nel momento in cui questo contesto normativo si socializza e storicizza. Questa tesi porta a sostenere che chi non offre un grado di sicurezza cognitiva sufficiente rispetto ai suoi comportamenti futuri non può sperare di essere trattato come persona⁷.

Sarebbe quindi completamente sbagliato demonizzare il diritto penale del nemico poiché, così facendo, non si risolve il problema di quegli individui che non possono essere socialmente inclusi.

Il diritto penale del nemico esiste quindi nei fatti; ed esiste perché è necessario; se effettivamente necessario, esso è anche legittimo. Quindi, nell’ordine, l’argomentazione di Jakobs passa da una constatazione descrittiva ad una ipotesi esplicativa; e da questa ad un’affermazione prescrittiva. Passaggi che devono essere esaminati separatamente.

3. I territori del diritto penale ostile

Descrittivamente quanto afferma Jakobs convince, soprattutto chi si interessa del sistema della giustizia penale *in the facts*.

Il sistema della giustizia penale, nel suo effettivo operare selettivo, recluta, tratta e punisce come nemici solo o prevalentemente coloro che in quanto così selezionati, trattati e puniti, sono costruiti socialmente come nemici. La sociologia della pena e gli studi penologici da sempre ci dicono questo: la funzione latente del sistema di giustizia penale è prevalentemente quella della trasformazione dei trasgressori della norma penale in criminali, cioè in soggetti pericolosi e quindi in nemici. Il diritto penale effettivo, cioè della prigione, è sempre nei fatti un sistema di produzione ed esclusione di nemici. E comunque chi patisce la pena legale, la percepisce sempre con ostilità.

È vero, pertanto, quanto dice Jakobs, sovente in affanno di fronte a precise contestazioni: il penale del nemico è al 97% sociologicamente vero. Ma proprio questo indice tradisce Jakobs, nel senso che esso riconosce come il sistema della giustizia penale nella quasi totalità

⁶ E.D. CRESPO, *Il diritto penale del nemico darf nicht sein!*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, pp. 39-54.

⁷ G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, pp. 19-56, anche in traduzione italiana, a cura di F. Resta, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 5-28.

dei casi funzioni, nell'effettività sociologicamente rilevabile, contro i nemici. Un nemico temibile quanto eccezionale e quindi limitato – il terrorista internazionale, il leader della cupola mafiosa, il serial killer, ecc. – a cui riservare il rigore del diritto penale del nemico, si rivela nulla più che una *captatio benevolentiae*: i nemici sono, e da sempre, la vecchia canaglia prodotta dall'esclusione sociale. Sono costoro – “sporchi, brutti e cattivi” – che alla fine – recidivi, abituali e professionali del delitto per necessità e cultura – non sono, ne mai potranno essere, socialmente affidabili.

L'inequivoca scelta in favore di pratiche di neutralizzazione nei confronti di tipologie d'autore avvertite come pericolose solo in quanto – violando ripetutamente la legge penale – «offrono una insufficiente sicurezza cognitiva di comportamenti (futuri) conformi alle aspettative normative vigenti»⁸, si offre come coerente esemplificazione di cosa si debba intendere per stato della prevenzione nel “diritto penale del nemico”.

Un diritto penale altro dal “diritto penale del cittadino”, cioè del diritto penale della modernità. Per quanto nella stessa teorizzazione di Jakobs ambedue questi termini debbano intendersi come “tipi ideali” che difficilmente possono darsi nella realtà allo stato puro, giova richiamarne le definizioni.

Il “diritto penale del cittadino” definisce e sanziona condotte illegali realizzate in modo accidentale o come conseguenza di un cattivo uso delle relazioni sociali nelle quali chi delinque partecipa a pieno dello *status* di cittadino, cioè agisce nella condizione di soggetto vincolato al e per il diritto. Il reato di un cittadino «non rappresenta certo il principio della fine della comunità ordinata, ma solo una irritazione della stessa, una distrazione riparabile ed è solo per questo che lo Stato moderno vede chi delinque come l'autore di un fatto normale: non certo un nemico da distruggere, ma solo una persona che per la sua condotta ha danneggiato la validità della legge e che per questo è chiamato – in modo coattivo, però sempre in quanto cittadino – a riaffermarla»⁹. E questo può darsi perché, nonostante la commissione di un fatto illecito, l'autore può offrire serie garanzie che nel futuro potrà comportarsi come cittadino, cioè come persona che si atteggia abbastanza fedelmente rispetto all'ordinamento giuridico.

Ben altre cose sono le violazioni alla legge penale commesse da coloro che si sono allontanati dal diritto probabilmente in modo duraturo e non certo in maniera accidentale e che pertanto non possono «offrire alcuna garanzia di una minima sicurezza cognitiva del proprio comportamento». Costoro sono i “nemici”.

Il passaggio da “cattivo cittadino” a “nemico” si determinerà progressivamente attraverso la recidiva, l'abitualità, la professionalità a delinquere e, alla fine, anche attraverso l'associazione ad organizzazioni criminali o terroristiche vere e proprie; in questo passaggio, al di là del significato di ciascun fatto illegale, si palesa «una dimensione fattiva di pericolosità»¹⁰. Insomma si deve riconoscere la presenza di “individui” la cui condotta non è più valutabile come conforme alle aspettative sociali vigenti e pertanto «se non esiste più l'aspettativa seria che tiene effetti permanenti di orientamento comportamentale determinato dai doveri e dai diritti, la “persona” degenera fino a convertirsi in un mero postulato, e al suo posto appare

⁸ G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., p. 39.

⁹ G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., pp. 35-36.

¹⁰ Cfr. J.-M. SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999, p. 164.

l'“individuo” interpretato cognitivamente, vale a dire l'individuo pericoloso: il nemico»¹¹. E contro il nemico bisogna opporsi con una legislazione (di guerra) il cui unico fine è la neutralizzazione o “innocuizzazione” dello stesso.

Lo scopo principale del diritto penale del nemico è quindi la sicurezza cognitiva. Non si tratta quindi – come nel diritto penale “normale” o del cittadino – di operare per la conservazione e il mantenimento dell'ordine, ma piuttosto di produrre le condizioni necessarie attraverso le quali si possa eliminare tutti coloro che non offrono la garanzia minima necessaria per essere trattati come “persone”. Ergo: l'incapacitazione dei nemici si giustifica in quanto si rivolge a “non-persone”.

Nel “diritto penale del nemico” non valgono quindi le garanzie sostanziali e processuali del diritto penale della normalità, perché queste proteggono solo le persone, cioè i cittadini.

La negazione della condizione di persona a determinati individui costituisce il centro di gravità del diritto penale del nemico come diritto punitivo differente, autonomo ed eccezionale rispetto al diritto penale ordinario, o della normalità o del cittadino.

I nemici sono *Unpersonen*. Questa negazione della condizione di persona è teoricamente sostenibile solo ed in quanto si riconosca che questa, cioè la personalità, non è un dato di natura, ma piuttosto un'attribuzione normativa, di carattere morale, sociale e/o giuridico.

Seguendo la stessa teorizzazione luhmaniana, bisogna distinguere quindi gli individui (o esseri umani) dalle persone. Infatti l'individuo, cioè l'uomo, appartiene all'ordine naturale, mentre la persona è una costruzione sociale che può, come non può, essere attribuita agli individui, agli esseri umani. Persona è il destino di aspettative normative corrispondenti ai distinti ruoli, perché essere persona significa dover rappresentare un ruolo. L'uomo diventa persona quando può essere definito come «la unità ideale di diritti e doveri che vengono amministrati attraverso un corpo e una coscienza»¹², o altrimenti detto, è quel soggetto le cui azioni sono suscettibili di imputazione. Così come i minori e i folli e altre figure a “responsabilità limitata” non rispondono al diritto penale ordinario – in quanto non possono essere considerati soggetti imputabili – ma ad un diritto penale speciale, quello delle misure amministrative di sicurezza (che è appunto un diritto penale della pericolosità), chiunque agisca svincolato dai doveri e dalle obbligazioni poste dall'ordinamento giuridico, dallo stesso non può essere considerato come persona. Certo può essere «socialmente controllato, ad esempio attraverso le minacce di castighi (che non sono pene, ma solo esercizio fattuale della forza), ma non può essere obbligato da una norma»¹³. Alla fine, quindi, le regole che disciplinano il controllo delle “non-persone”, sono diritto penale, anche se non appartengono al diritto penale dello Stato di diritto¹⁴.

Onestamente non colgo elementi di particolare originalità in questa teorizzazione del diritto penale del nemico, ma, se mai, il tentativo di dare una qualche dignità teorica a questioni sempre riproposte (contestate, ma mai risolte definitivamente), dagli albori del diritto penale moderno fino ad oggi.

¹¹ G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., p. 14.

¹² G. JAKOBS, *La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, in M. MORENO HERNANDEZ (coords.), *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*, Mexico D.F., Cepolcrim, D.R. Editorial Ius Poenale, p. 264.

¹³ G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., p. 36.

¹⁴ E. DIAZ, *Estado de Derecho*, in E. DIAZ, A. RUIZ MIGUEL, *Filosofía política II: Teoría del Estado*, Madrid, Ed. Trotta, p. 63.

Parto da una prima elementare osservazione. Come sovente ama ripetere lo stesso Jakobs di fronte alle dure contestazioni della sua teorizzazione¹⁵, il diritto penale del nemico al 99% è un modello descrittivo dell'esistente, per cui non si intende perché debba scandalizzare le coscienze garantiste. E in questo Jakobs ha in parte ragione, nel senso che il diritto penale del nemico è anche un modello descrittivo.

Estremizzando, ma poi non troppo, potrei affermare che il diritto penale "effettivo" e in particolare il diritto penale effettivo della prigione è prevalentemente rivolto a "soggetti" e non a "persone". Alle persone, nel senso qui fatto proprio da Luhman e Jakobs, si rivolge il diritto penale simbolico o dell'ineffettività o, come suole dirsi, del solo "rischio sociale"¹⁶. Peraltro, anche soggettivamente, chi ha la sventura di varcare il muro della prigione, non mi consta che si percepisca come cittadino, ma piuttosto come "nemico fatto prigioniero". E come tale è sovente trattato. E più in generale, il mondo della economia illegale e della criminalità diffusa è prevalentemente composto da attori che "sociologicamente" possono definirsi "non persone"¹⁷. Ma a volere anche tacere di tutto ciò, l'affermarsi del diritto penale del cittadino, o diritto penale delle garanzie, è sempre stato accompagnato dalla produzione di un diritto penale speciale o della pericolosità. Ergo: sotto questi pur decisi profili, Jakobs dice il vero, cioè descrive alcuni "fatti". Ma certo Jakobs dice anche altro e di più.

Teoricamente elabora un modello esplicativo che spiega – filosoficamente – il perché della persistenza e progressiva radicalizzazione di un diritto penale del nemico *contra* il diritto penale del cittadino. In effetti, le fonti del pensiero filosofico che dall'Illuminismo in poi hanno teorizzato uno spazio di "non-diritto" – e quindi di ritorno alla logica della guerra – nei confronti di individui non-persone, sono molteplici: da Rousseau a Fichte, da Kant a Hobbes¹⁸. Sotto questo profilo Jakobs non dice di più e di meglio di quanto una lunga tradizione filosofico-giuridica non abbia già detto. Per la verità, il modello esplicativo proposto è, se si vuole, più "rozzo" e a me personalmente richiama quello avanzato, senza pudori ed infingimenti, dalla Scuola positiva italiana: ove sia assente una ipotesi realistica di inclusione sociale di chi delinque e quando non possa farsi altrimenti affidamento nelle capacità di autocontrollo dello stesso (perché pazzo, perché moralmente degenerato, ecc.), la sola difesa sociale si soddisfa nella sua "eliminazione". Insomma "vecchie" cose, che non credo siano oggi in grado di suscitare più di tanto interesse ed accendere vivaci polemiche.

In effetti, si accusa Jakobs di ben altro: di avere avvalorato una lettura sociologico-descrittiva fino a proporla come un'ipotesi prescrittiva. È un conto – viene da molti criticato¹⁹

¹⁵ Cfr., ad esempio, G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, Relazione presentata al Convegno "Delitto politico e diritto penale del nemico", Trento, 10-11 marzo 2006, ora in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 109-129.

¹⁶ Cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, il Mulino, 1990.

¹⁷ A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, Feltrinelli, 1999.

¹⁸ Sul punto, cfr. L. GRACIA MARTIN, *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*, Valencia, Tirant lo Blanch, in particolare, pp. 11-21.

¹⁹ Cfr., per tutti, J. GONZALEZ CUSSAC, *La rinascita del pensiero autoritario nello stato di diritto: la dottrina del diritto penale del nemico*, Relazione presentata al Convegno "Delitto politico e diritto penale del nemico", Trento, 10-11 marzo 2006, ora in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 199-232.

– osservare come alcuni (molti o pochi qui non rileva) violatori della legge penale vengano di fatto “trattati” come nemici (cioè al di fuori delle garanzie dello Stato di diritto) e cercare di spiegare perché ciò avvenga; altra cosa è sostenere che alcuni “individui” (molti o pochi, non rileva) non debbano essere trattati come persone perché “inaffidabili” o/e “infedeli” nei confronti dell’ordinamento giuridico, e quindi non debbano godere delle garanzie sostanziali e processuali di cui fruiscono i cittadini. Se poi a sostenerlo con coerenza e pervicacia è (forse) il più brillante penalista tedesco contemporaneo, si possono forse intendere le ragioni dello scandalo.

4. Capire le ragioni del diritto penale ostile

Siamo quindi all’ipotesi esplicativa: perché “necessariamente” questo processo di costruzione sociale del nemico si da e perché si da nei confronti degli ultimi nella stratificazione sociale?

Jakobs non lo dice e in questo si scopre un cattivo sociologo del diritto: ma la criminologia, e non solo quella critica e radicale, da tempo presumere di conoscere la ragione della selettività penale.

Il carcere e il sistema penale sono finalizzati alla produzione materiale dell’ordine sociale (unitamente alle funzioni simboliche di prevenzione-integrazione) attraverso la selezione e quindi neutralizzare di coloro che il sistema sociale non è capace, o fa credere di non essere capace, di includere. E oggi, più di ieri, questa finalità viene esplicitamente dichiarata come idonea di per sé a legittimare il sistema della giustizia criminale.

Indubbiamente la metafora della guerra è quella che meglio spiega il presente dei sistemi di giustizia penale. Ha perfettamente ragione Mirelle Delmas-Marty²⁰ ad affermare che: «la guerra contro il crimine, a differenza del crimine di guerra è innanzi tutto una propaganda ideologica del populismo penale, metamorfosi di un’inquietudine ...». Diciamo guerra, quindi, per una sorte di rifunzionalizzazione del sistema della giustizia penale ad una retorica di dichiarata e quindi esplicita ostilità nei confronti di alcuni, cioè di coloro vengono sempre più vissuto come “altri”.

Abbiamo già avuto modo di vedere come il passaggio da una cultura bulimica ad una anoressica nei confronti degli esclusi, delle eccedenze, degli scarti è, alla fin fine, obbligata quanto un certo punto di vista si fa progressivamente egemone. E questo punto di vista dominante ha convinto – il che ovviamente non significa che esso dica il vero – che nella nuova economia globalizzata l’inclusione sociale non sia più possibile per tutti.

A ben intendere, questo punto di vista è molto simile a quello che segnò il passaggio dalla Old Poor Law alla New Poor Law²¹, dando poi inizio all’esperienza moderna della deportazione di massa dei detenuti. Ma allora dominava l’Imperialismo coloniale, e l’esclusione dei poveri, delle prostitute, dei delinquenti dall’Europa, offrì, sia pure nell’altra parte del globo, una nuova opportunità di inclusione sociale. Purtroppo nella narrativa egemone nella post-modernità, non c’è alcuna Australia da colonizzare²². Difendersi anche militarmente dagli

²⁰ M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l’inumano?*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, p. 21.

²¹ Cfr. V.F. PIVEN, R.A. CLOWARD, *Regulating the Poor, The Functions of Public Welfare*, New York, Pantheon Books, 1971.

²² Cfr. la ricostruzione storica di R. HUGHES, *The Fatal Shore. The Epic of Australia’s Founding*, New York, Alfred Knopf, 1985.

esclusi è (o appare) quindi una necessità. Certo: per quanto li si incarceri, li si detenga nei nuovi grandi campi di concentramento che stanno sorgendo nella civile Europa ed America dell'*habeas corpus* o li si respinga con le armi oltre i confini della nostra ricchezza, alla fin fine – si dirà – si tratta pur sempre di pochi rispetto all'universo dei marginali. È vero. Ma questo è sempre valso anche nel passato per quanto concerne le pratiche coercitive di controllo sociale. Quando dominava il paradigma dell'integrazione attraverso la disciplina del lavoro, il carcere come fabbrica addomesticava poche decine di migliaia di sottoproletari, cioè nulla rispetto alle masse proletarie della fabbrica fordista. Quando nello splendore dello stato sociale, ci siamo illusi di potere fare a meno del carcere e di altre pratiche di sequestro istituzionale perché confidavamo in una società civile sufficientemente disciplinata e opulenta, la pratica dei servizi sociali in effetti è sempre stata a tal punto segnata dalla penuria di risorse da riuscire a farsi carico soltanto di trascurabili minoranze di bisognosi. Il punto, quindi, non è questo, non è mai stato questo. L'inclusione non si è mai data, materialmente, attraverso il sistema di giustizia penale, così come oggi l'esclusione non si determina attraverso la guerra alla criminalità. La "fabbrica", il "territorio" e la "guerra" sono solo espressioni pedagogiche congruenti a distinte "visioni del mondo", come ho precisato fin dall'introduzione.

E siamo, infine, al "dover essere", a quel solo 3% di prescrittivo nella teoria del diritto penale del Nemico di cui parla Jakobs.

5. Il "dover essere" della guerra al delitto

Dobbiamo svergognare chi mente, raccontandoci di un ridotto spazio all'eccezione di un diritto penale del nemico. A ben intendere Jakobs ci dice che il solo possibile destino del sistema penale nella società della esclusione sociale è di legittimarsi come strumento di guerra e pertanto il diritto penale liberale delle garanzie non ha più alcuna ragione d'essere, se non appunto nella dimensione della sua strutturale ineffettività: certo un diritto penale garantista e mite può eccezionalmente essere la risposta penale nei confronti di tipologie d'autore che non sono avvertite socialmente come pericolose. Insomma solo un diritto penale che non funziona – se non simbolicamente – perché gli attori sociali coinvolti posseggono sufficiente immunità o capacità di resistenza dal/al sistema, può permettersi il lusso di essere un diritto del cittadino.

Ma la forza del diritto penale del nemico è tale da spostare i confini del diritto penale verso quelli del diritto della guerra creando così un nuovo paradigma. La conseguenza è una militarizzazione del diritto penale nazionale. Trattasi di un paradigma nuovo: l'importazione delle logiche di guerra, infatti, tende a trasformare lo strumento giuridico in un'arma di guerra. Il rischio è quello di deformare progressivamente l'intero sistema penale, di decostruirlo, partendo dalla dilatazione della figura del nemico. Questo effetto di decostruzione è aggravato anche dall'esclusione di garanzie proprie del diritto penale e del diritto internazionale umanitario, con il rischio di creare, in questo modo, una sorta di "buco nero" nello Stato di diritto. Ciò è possibile perché la logica della guerra si accompagna ad un mutamento del diritto interno, caratterizzato da un passaggio dalla colpevolezza del criminale verso la pericolosità del deviante. «Ciò determina il passaggio da un modello liberale o autoritario che tiene distinti i due concetti, ad un modello totalitario che li confonde. – ci ricorda Delmas-Marty²³ – In definitiva, il paradigma della guerra conduce all'abbandono della vi-

²³ M. DELMAS-MARTY, *Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano*, cit., pp. 24-25.

sione dogmatica giuridico-morale (crimine, colpevolezza, punizione), favorendo una visione pragmatica che associa la sicurezza dello Stato e la difesa sociale. Fondato su un concetto impreciso di individuo pericoloso, presunto tale per la semplice appartenenza ad un gruppo individuato come nemico, l'oggetto è la neutralizzazione, vale a dire l'eliminazione, del criminale/deviante».

Facile e alla fine anche ingenuo, evocare la seconda legge di Hume: nessuna affermazione prescrittiva può essere inficiata dalla realtà fattuale; l'essere della giustizia penale del nemico non può invalidare il dover essere di un diritto penale delle garanzie. Chi sconsolatamente riflette sugli spazi di progressiva dilatazione dell'esclusione sociale nelle nostre attuali società, vede, non può a questo punto fingere di non vedere, l'avanzare irresistibile del potere punitivo. E chi da sempre è costretto a confrontarsi con realtà in cui più del 70% della popolazione vive sotto il livello di povertà – come avviene in molti paesi dell'America Latina, ma non solo – viene persuaso ad accettare come inevitabile che, al permanere di quelle condizioni di iniquità sociale, la sola giustizia penale sia quella teorizzata da Jakobs.

Capisco bene perché Jakobs possa confrontarsi su queste topiche con alcuni accademici in Germania ed trovare aule magne gremite come stadi, disposte ad ascoltarlo (a volte osannandolo, altre volte contestandolo) nelle università dei paesi definiti, un tempo, in via di sviluppo.

6. La grammatica giuridica dell'inclusione e le politiche criminali dell'esclusione

È relativamente semplice – prescrittivamente – opporsi alla teorizzazione di Jakobs. Infatti si può affermare che il diritto penale dello Stato sociale di diritto, cioè il diritto penale del cittadino, si rivolge a tutti gli esseri umani e non alle sole persone²⁴. Nel nostro ordinamento, basterebbe il solo riferimento al principio di eguaglianza. Ergo: il solo diritto penale possibile perché legittimo è quello del cittadino.

Jakobs solleva più di una perplessità nei confronti di chi afferma la giuridicità come comando assoluto che non può conoscere condizioni e limiti.

I problemi posti da Jakobs permangono e continuano ad inquietare. Possiamo anche negare ogni legittimità a qualsiasi teorizzazione di uno sviluppo del “diritto penale a due o più velocità”²⁵, all'interno del quale finisce per trovare piena cittadinanza anche un “diritto penale di lotta”²⁶ ma le ragioni “forti” che invocano la difesa dai nemici attraverso la “innocuizzazione” dei soggetti inaffidabili verranno, comunque e altrimenti, soddisfatte. Insomma: possiamo convenzionalmente assumere che il diritto penale moderno non debba essere “diritto di lotta e di guerra”, ma solo diritto penale delle garanzie²⁷ – e quindi non possa mai essere diritto penale dello scopo, non debba cioè essere diritto penale della prevenzione, nel

²⁴ Cfr. L. GRACIA MARTIN, *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, cit.

²⁵ W. HASSEMER, *Crisis y características del moderno derecho penal*, in *Actualidad penal*, 1993, 43, pp. 635-646; J.-M. SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas Ediciones, 1999.

²⁶ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, Relazione presentata al Convegno “Delitto politico e diritto penale del nemico”, Trento, 10-11 marzo 2006, ora in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 131-178.

²⁷ Cfr., per tutti, J. GONZALEZ CUSSAC, *La rinascita del pensiero autoritario nello stato di diritto: la dottrina del diritto penale del nemico*, cit., pp. 199-232.

combattere la criminalità, nel contrastare la recidiva e nel contribuire alla difesa sociale dal delitto – ma non possiamo negare che la guerra ai nemici è “in corso”.

Oppure, ci facciamo carico, pur con le dovute prudenze, del fatto che il diritto penale è anche – sia pure a volte solo limitatamente a situazioni “eccezionali”²⁸ – diritto penale che combatte i nemici, piuttosto che garantire i cittadini che delinquono, con quanto ne consegue.

È difficile non convenire come le politiche criminali e quelle penali siano sempre e comunque orientate a uno scopo. «Esse – come ci ricorda Donini²⁹ – usano quindi il diritto, e segnatamente il diritto penale, come uno strumento per un fine. Il diritto penale, infatti, è utilizzato anche come strumento di lotta in funzione della difesa e della pace sociale.[...]. Per questo motivo non esiste solo il diritto penale della colpevolezza (in parte erede di quello che una volta era il diritto penale della retribuzione), ma anche quello della “lotta”, della pericolosità e della neutralizzazione».

È quindi possibile accostare ai paradigmi dominanti del diritto penale come tutela di beni giuridici e come statuto di garanzie, e in particolare come garanzia dei consociati di fronte al potere dello Stato (il diritto penale come *Magna Charta* del reo), un altro diritto penale, che tutela, anziché i beni, i cittadini nei confronti dei nemici, e che prima di assestarsi in forme e contenuti di giustizia, ha l’urgenza di vincere una lotta e quindi di legittimarsi in termini di utilità sociale?

Certo, è possibile. Molto più che possibile: questo “diritto penale di lotta” già esiste nella storia.

Oggi la lotta alla criminalità non si presenta più come un mero fenomeno sociologico, un momento pratico proprio dell’azione di polizia o delle finalità soggettive di un programma governativo, oppure come una caratteristica della sola politica criminale; non è neppure un aspetto eccezionale di qualche legge d’emergenza. È piuttosto un concetto normativo che investe le funzioni ordinarie del diritto penale e la stessa dimensione giurisdizionale del diritto, oltre che del processo penali.

Il fenomeno in atto del diritto penale di lotta è, nell’analisi puntuale proposta, diverso dalle forme conosciute della ricerca di obiettivi di sicurezza mediante il diritto penale; va ben oltre la cultura di un diritto penale orientato all’idea dello scopo; ed è diverso da ciò che talora è stato etichettato come un diritto orientato alle conseguenze. Tutte le predette culture, infatti, sarebbero ancora conciliabili con l’idea del diritto penale come forma di giustizia, non più assoluta, ma utile. Il diritto penale di lotta, invece, rispetto a queste diverse manifestazioni, costituisce una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto. Adesso è il diritto stesso, nella sua “progettualità” prima ancora che nella sua “funzione”, ad essere concepito come il mezzo per uno scopo diverso dalla semplice tutela di beni o dalla giusta regolazione di rapporti. «Il mezzo giuridico – insiste Donini³⁰ – non si limita a rinviare a una mera teleologia ad esso interna, o ad un orientamento della sua applicazione alle *rationes* che sorreggono il contenuto delle norme, oppure al raggiungimento di risultati che la norma

²⁸ Cfr. W. HASSEMER, *Crisis y características del moderno derecho penal*, cit., pp. 635-646; J.-M. SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit.

²⁹ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., p. 170.

³⁰ M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, p. 60.

stessa impone di guadagnare attraverso il suo rispetto. È piuttosto la norma stessa a funzionare come strumento per scopi ad essa esterni. La norma minaccia un male e questo male è un'arma per raggiungere uno scopo. Lo scopo, però, oltre a quello specifico della singola incriminazione, è nello stesso tempo la vittoria contro un fenomeno dannoso o pericoloso».

Chiaro che così inteso, il diritto penale di lotta non ha nulla a che vedere con quanto la tradizione liberal-garantista ha inteso e tutt'ora intende per diritto penale del cittadino. Ma dov'è il confine tra questo diritto penale che vuole vincere la criminalità e il diritto penale del nemico che vuole neutralizzare gli avversari?

Donini sfugge a questo compito e lo dice espressamente: «Rispetto alla distinzione tra diritto del nemico e diritto di lotta chi scrive si sottrae volontariamente a una precisa definizione. Non la darò, oltre a quella generica che si incentra sui momenti del diritto d'autore anziché del fatto e della colpevolezza, della durezza sanzionatoria punitiva sì, ma tipicamente escludente – neutralizzazione mediante retribuzione –, e infine del tradimento o dell'elusione del momento giurisdizionale del diritto. Non la darò, perché è illusoria una linea di confine netta, anche se alla periferia dei fenomeni ci troviamo in un caso nell'ambito di un diritto sicuramente illegittimo (quello del nemico) e nell'altro in un diritto in parte legittimabile (quello di lotta)»³¹.

Nel suo denso saggio, Donini offre però molte esemplificazione di ciò che egli intende per diritto penale del nemico. Sotto il profilo sanzionatorio, ad esempio, le tante “sanzioni” o “misure” atipiche in funzione cautelare, preventiva, probatoria: quindi, e per antonomasia, la pena di morte, in quanto esprime una funzione tipica di annientamento, ovvero le pene smodate che esprimono neutralizzazione mediante retribuzione, come le condanne a pena indeterminata o sproporzionata per la recidiva reiterata, oppure le figure classiche delle misure di sicurezza personali, se applicate nella portata massima di esclusione dal contesto sociale. Per quanto poi concerne le fasi che precedono la vera e propria condanna penale, ogni rifiuto, elusione o snaturamento della funzione giurisdizionale, per cui l'internamento un tempo nei lager nazisti come oggi la detenzione in Guantánamo sono profili inequivoci di un diritto penale del nemico. Altrettanto dicasi della tortura necessitata e pertanto lecita, oppure dell'applicabilità agli organi dello Stato della scriminante comune dello stato di necessità ove la tortura venga effettivamente impiegata. Ma non solo: a proposito del “diritto penale dello straniero”, tutte le ipotesi di pericolosità presunta per la violazione di procedure d'immigrazione, in particolare, le forme di detenzione provvisoria legate all'ingresso illegale e all'inottemperanza all'ordine di espulsione. Ancora: come ci ricorda Donini, lo stesso diritto penale internazionale costituisce un esempio paradigmatico di diritto penale del nemico, perché nei paesi dove esso interviene i diritti umani ancora avrebbero bisogno di essere affermati contro situazioni disumanizzanti in atto e da neutralizzare, oppure perché nel diritto penale internazionale ancora vige il paradigma di un diritto penale arbitrario e diseguale, applicato contro avversari ormai debellati. Né si può escludere, come sostengono alcuni, dalle possibili forme del diritto penale del nemico anche l'impiego di reati associativi e l'incriminazione di atti preparatori, delitti di attentato, di accordo o di istigazione.

Mi sembra che questa esemplificazione rischi di comprendere la maggioranza del diritto penale dell'effettività sanzionatoria: più o meno tutta la criminalità organizzata, quella terro-

³¹ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., p. 75.

ristica, quella collegata ai processi immigratori, quella segnata dalla recidività e professionalità, ecc. Insomma: gran parte del diritto penale della prigione.

7. Che spazio per un “diritto penale di lotta”?

Possiamo rompere lo schema binario tra diritto penale legittimo perché del cittadino e diritto penale illegittimo perché del nemico, riconoscendo lo spazio emergente di un “diritto penale di lotta”, come altro da entrambi, della cui legittimità bisogna ancora discutere con riferimento alle distinte e singole ipotesi?

Un confine estremamente incerto quello tra diritto penale di lotta e diritto penale del nemico, in cui onestamente non riesco a vedere che cosa ancora possa residuare di fondamentale nel campo intermedio tra diritto penale del cittadino e diritto penale del nemico, che già quest'ultimo non possa, anzi debba, includere.

Donini, con riferimento al nostro diritto positivo, indica tre limiti, superato anche uno solo di questi a rigore si deve parlare di diritto del nemico: il diritto penale del fatto, non sostituibile da quello d'autore (art. 25 capoverso della Costituzione); la finalità rieducativo-risocializzatrice della pena (art. 27, comma 3, della Costituzione), una finalità, comunque, mai radicalmente escludente; e la terzietà e imparzialità del giudice (articoli 101 e 111 della Costituzione).

Ma se questi sono i tre principi che fanno da barriera ai caratteri principali del diritto penale del nemico, sono costretto a correggere l'affermazione di prima: la totalità del diritto penale dell'effettività sanzionatoria e soprattutto della sua esecuzione è già, e da tempo, interamente facente parte del diritto penale del nemico. Per il diritto penale della prigione quando mai si può parlare del dominio del fatto sull'autore, se la flessibilizzazione del castigo legale è dominata da sole valutazioni di pericolosità?³² E che senso ha ancora parlare di funzione special-preventiva di fronte ad una pena piegata alle ragioni utilitaristiche della premialità e del governo disciplinare del carcere?³³; quanto poi alla terzietà del giudice, come può essere rispettoso di questo principio una giurisdizione chiamata ad operare valutazioni di sola affidabilità?³⁴

Mi ripeto: in un'ottica rivolta all'essere della giustizia penale, il sistema penale dell'effettività sanzionatoria è da sempre contro i nemici, ma in ragione della natura drasticamente selettiva del sistema di giustizia criminale *in the facts* costoro sono solo quelli effettivamente puniti. E così, per tutto ciò – ma meglio: per tutti coloro – che il sistema penale non punisce, è possibile estendere le garanzie del diritto penale del cittadino. Solo in questo senso i confini del diritto penale del cittadino sono, da sempre, molto più vasti di quelli del nemico, appunto perché sono molto più numerosi coloro che violano la legge penale rispetto a coloro che vengono poi effettivamente puniti.

E allora, questo sorte di purgatorio tra l'inferno del diritto penale del nemico e il paradiso del diritto penale del cittadino, questo concetto normativo di diritto penale di lotta che

³² Cfr. M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, Martina, 1996.

³³ Cfr. M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, Monduzzi, 2006.

³⁴ Cfr. G. MOSCONI, M. PAVARINI, *Flessibilità della pena in fase esecutiva e potere discrezionale. Il sentencing penitenziario: 1986-1990*, Roma, Associazione CRS.

sempre più dovrebbe diventare costante epistemologica del diritto penale a venire, che cosa è mai?

È quindi qualcosa d'altro e di radicalmente diverso che mi inquieta: il discorso giuridico-penale – in buona sostanza: la dottrina penalistica – deve o meno assumere una funzione di legittimazione delle imprescindibili necessità repressive? Deve, cioè, realisticamente, accettare che il sistema penale non può (anche) difendere la società dai nemici o da alcuni nemici? E una volta assunta questa prospettiva realista, deve offrirsi quale autorità tecnocratica, nell'elaborazione di soluzioni tecniche adeguate alle necessità di politica criminale, oppure, non è compito suo? La dogmatica penalistica ha elaborato una grammatica giuridica che appunto è dogmatica in quanto deduttivamente fa discendere per rigore logico il “dover essere” del diritto penale da alcuni principi-postulati, che sono quelli affermatasi nel tempo da una volontà di resistenza del cittadino di fronte alle pretese punitive del Principe. Con riferimento al caso concreto da cui questa riflessione è partita, la nuova disciplina della recidiva, si può certo affermare che attraverso questa si è riscritta una diversa grammatica penalistica, incompatibile con quella che poteva dedursi dai principi dello Stato di diritto. Questa nuova grammatica penale è quindi da questo punto di vista criticabile come illegittima. Di più la scienza penalistica non può certo dire, anche se nel contempo non può non intendere le ragioni “politiche” che hanno imposto questa diversa grammatica.

Certo il peso politico di questa scienza giuridico-penale, che riafferma la sua ontologica estraneità e quindi irresponsabilità nei confronti delle politiche criminali e penali, esce ridimensionato: alla fine alla scienza penalistica non rimane che educare ad argomentare in una logica difensiva, e suggerire i “validi pretesti” per castigare di meno³⁵. Ad alcuni può sembrare poca cosa. A me pare sufficiente. Insomma: non è poca cosa coltivare una retorica finalizzata alla minimizzazione della violenza istituzionale.

C'è chi – e non credo affatto siano una minoranza – è per sua indole, convinzione, ragionamento o convenienza, convinto che il diritto penale sia una risorsa fondamentale, se non a volte la sola a disposizione, per lottare e alla fine sconfiggere il male, o in termini più laici, per garantire il governo della cosa pubblica. Che faccia parte di questo partito la maggioranza dell'opinione pubblica non mi stupisce. Che possano aderirvi anche i penalisti, e sovente anche quelli di eccellente qualità, a me sinceramente meraviglia. Ma se a questo si crede, allora è chiaro che da sinceri fedeli del diritto penale ci si senta chiamati ad operare una puntuale revisione in chiave riduzionista di quel vecchio reperto da museo dell'Illuminismo che è il garantismo penale, per sua natura e da sempre portato a spuntare la lancia della repressione (anche se con scarsi risultati, a ben vedere), se si teme, come si teme, più il potere punitivo del Principe (anche di quello democratico), che la criminalità. Il diritto penale di lotta diventa così lo spazio virtuale di un diritto penale tecnocratico, capace di risolvere i problemi attraverso la repressione, o anche attraverso la repressione, senza dovere nel contempo cedere completamente alla logica del potere punitivo, o, per dirla alla Foucault, alla sola disciplina. Un diritto penale efficace e ancora abbastanza rispettoso delle libertà del cittadino. Meglio: rispettoso entro i parametri di compatibilità sistemica con le necessità di efficacia. Ma questa virtuosa compatibilità tra efficacia e garanzia è esattamente quello che non esiste. Lo dice Jakobs stesso, assolutamente affidabile a questo proposito, quando afferma l'impossibilità

³⁵ Sono le posizioni lucidamente espresse da R. ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

di distinguere tra un diritto penale di lotta e un diritto penale del nemico, per la semplice ragione che il diritto penale di lotta ha la medesima natura di quello del nemico³⁶.

Mi domando, affatto provocatoriamente e senza nessuna concessione alla retorica, se questo spazio virtuale non sia quello, esattamente quello che dovrebbe appartenere ad altro sapere e potere, la Politica *in primis*. Poi di fronte alla evidente crisi di legittimità di quest'ultima, c'è chi si illude che il diritto penale, a questo punto da intendersi come sapere-potere dei penalisti, sia in grado di dare ordine al presente disordine. Nel mio sguardo disincantato alla questione criminale, quando mi confronto con queste posizioni fideiste, mi sembra letteralmente di sognare.

8. La guerra come delitto e la guerra al delitto

La guerra al delitto oggi si diffonde in contesti di guerra; il diritto penale del nemico cresce e si legittima nella cultura del diritto di guerra. Che rapporto esiste tra questi due fenomeni?³⁷

La guerra, si sa, è in grado di radicalizzare le iniquità e le asimmetrie che comunemente favoriscono la criminalità e in ciò può essere equiparata al crimine di corporazione, in quanto polarizza ulteriormente le posizioni occupate rispettivamente dai gruppi potenti e da chi potente non è: «le vicende più recenti in campo internazionale hanno trasformato la guerra in una serie di episodi di criminalità dei potenti. La situazione criminogena prodotta non incoraggia esclusivamente le illegalità convenzionali, ma anche e in maggior misura quelle di stato, di impresa, e in genere la criminalità che definiamo di tipo economico. Il coinvolgimento diretto di compagnie private, agenzie per la sicurezza, e aziende che forniscono servizi militari e consulenza paramilitare, suggerisce la creazione di un apparato dai contorni vaghi nel quale militarismo missionario, imprenditoria predatoria e corruzione dei mercati convivono in una miscela davvero inedita»³⁸.

Ma la guerra come criminalità aspira ad acquisire valore fondativo, mirando a modificare la percezione sociale e la giurisdizione relativa al suo modo di essere; le sue violazioni sono intese a produrre nuove logiche di legittimità e nuovi apparati legislativi. Ma così operando la guerra esaspera e alla fine favorisce l'emergenza di chi deve essere innocuizzato come pericoloso, cioè determina le condizioni di legittimazione della guerra al nemico. Esempio di ciò quanto determinatosi dopo l'11 di settembre. La guerra preventiva agli "Stati canaglia", porta alla costruzione del terrorista islamico come nemico; sulla guerra al terrorista islamico si giustifica il diritto penale del nemico; questo ultimo, infine, legittima la guerra stessa, riconoscendola come legittima anche quando criminale e criminogena.

Il cerchio parrebbe così chiudersi alla perfezione: la guerra come delitto spiana il passaggio all'avanzata trionfale della guerra al delitto.

³⁶ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, cit., p. 115.

³⁷ In parte prova a rispondere V. RUGGERO, *Guerra, criminalità e cosmopolitismo*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, n. 2, pp. 89-102.

³⁸ V. RUGGERO, *Guerra, criminalità e cosmopolitismo*, cit., p. 96.

CAPITOLO 4

AI MARGINI DELLA PENALITÀ NELLA CRISI DELLA PENALITÀ

1. Le buone maniere del dare intenzionalmente sofferenza ad altri

Parto da un'osservazione semplice, forse anche banale.

È impossibile cogliere la natura delle pene nella modernità e post-modernità – di quelle di fatto come di quelle legali – senza tenere nel debito conto il processo di civilizzazione all'interno delle quali anche le relazioni punitive finiscono per darsi e trasformarsi. La traduzione più superficiale di questo paradigma è quello offerto dalla umanizzazione dei castighi, nel passaggio in epoca moderna dalle pene che gravitano sull'“economia politica dei corpi” a quelle che investono sull'“economia politica dello spirito”, secondo il lessico di Foucault¹. Ed è in quest'ottica, ad esempio, che Garland², legge Elias³ nel dare conto dell'emergere delle pene privative e di quelle limitative della libertà rispetto a quelle corporali. Ma è appunto una lettura possibile, per altro semplicistica.

La questione potrebbe essere posta anche in termini più radicali: la necessità di produzione di ordine sociale attraverso la censura⁴ – o altrimenti detto, le necessità durkheimiane di determinazione di identità sociale attraverso pratiche di differenziazione⁵ – possono nel “processo di civilizzazione” progressivamente rinunciare alla produzione artificiale di sofferenza? Come dire: si può censurare – e quindi socialmente stigmatizzare – senza punire?

Penso *in primis* a Braithwaite⁶. Se la funzione più propria della reazione sociale ed istituzionale al crimine è la produzione di “reintegrazione sociale” – nel senso ad esempio non diversamente oggi espresso nella scienza penalistica da Jakobs⁷, per quanto nell'approccio sistematico il bene della prevenzione integratrice si realizzi sempre artificialmente attraverso la pena – la reazione nei confronti del trasgressore funzionalmente si realizza ove determini in questi

¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la Prison*, Paris, Editions Gallimard, 1975.

² D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

³ N. ELIAS, *Il processo di civilizzazione. La civiltà delle buone maniere*, Bologna, il Mulino, 1983.

⁴ In questo senso, cfr. C.S. SUMNER, *Censure, Politics and Criminal Justice*, Milton Keynes Open University Press, 1990.

⁵ Di recente, sul punto, vedi D. MELOSSI, *Stati forti e definiti della coscienza collettiva (e l'idea di una “responsabilità condivisa”)*, in *Iride*, XIV, n. 32, 2001, pp. 67-85.

⁶ J. BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, University Press, 1989.

⁷ G. JAKOBS, *Schuld and Prevention*, Tubingen, Mohr, 1976; *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, De Gruyter, 1983.

sentimenti di vergogna. Prima ed oltre la produzione di vergogna, ogni reazione è gratuita e nociva violenza, nel senso che risulta disfunzionale al processo stesso di reintegrazione sociale. Purtroppo la produzione sociale di vergogna attraverso la censura è solo un effetto auspicabile e mai necessitato della pena stessa. In effetti, la funzione sociale (auspicabile) della pena finisce per esaurirsi prima che la pena venga effettivamente agita. Comunque sempre: perché ha già prodotto vergogna, ovvero perché non lo ha prodotta e quindi mai più la produrrà.

Ed è per questa ragione, forse, che la pena si incarica di determinare artificialmente censura attraverso la degradazione sociale del trasgressore che non arrossisce per la propria colpa. Come dire: se non ti vergogni per la tua condotta disdicevole, ti dovrai vergognare perché sarai fatto oggetto passivo di una sofferenza umiliante. Ma se così fosse, la pena legale non potrebbe mai definitivamente umanizzarsi, perché esisterebbe comunque un limite invalicabile al processo di civilizzazione del sistema della giustizia criminale. Questo limite sarebbe dato dalle necessità proprie della pena legale nella produzione aggiuntiva di *handicap* (fisici, psichici, culturali, economici) in capo al condannato per finalità di degradazione sociale: per quelli che ci appaiono come stigmati sulla carne del condannato, basti per tutti il riferimento a Gonin⁸; per quelli invece che nascostamente operano per ridurre le aspettative nella qualità della vita futura del detenuto, il riferimento ancora obbligato è alla regola strutturale della *less egibility*.

2. Il controllo sociale oggi, al di fuori della cultura della pena?

Mi sembra che il governo materiale della penalità legale oggi abbia ben poco a che vedere con quando descrittivamente possiamo attribuire alla natura della pena. Come si fosse operato un fraintendimento lessicale: pigramente usiamo il termine pena per definire altro. La modernità ci ha trasmesso una nozione di penalità legale che da un punto di vista descrittivo si costruisce su alcuni attributi essenziali: la natura affittiva, espressiva e strategica della reazione punitiva⁹.

Mi domando: la penalità materiale oggi, risponde ancora a questa definizione di castigo legale tramandataci dalla modernità?

Teniamo conto di alcuni processi storici.

In primo luogo la progressiva trasformazione del sistema penale da un modello ideale segnato da una forte razionalità intrasistemica verso un modello autopoietico dove le nuove necessità di disciplina obbligano il sistema stesso a continui rinvii a contesti extra-penali di riferimento e lo rendono nel contempo sempre più condizionato da un policentrismo di fonti e poteri non gerarchizzati né gerarchizzabili in termini rigorosamente predeterminati¹⁰.

In secondo luogo, la progressiva residualità del sistema penale assiologicamente fondato su valori socialmente condivisi e quindi ad esso stesso pre-esistenti in favore di un sistema penale prevalentemente artificiale¹¹.

⁸ D. GONIN, *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, Paris, L'Archipel, 1991.

⁹ C.S. NINO, *Los limites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

¹⁰ Da ultimo, cfr. M. DONINI, *Della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000, pp. 4-58.

¹¹ Nella letteratura penalistica italiana, cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, il Mulino, 1990.

Queste tendenze non sono accidentali e contingenti, ma ineriscono all'esistenza stessa di un sistema di diritto penale moderno.

La penalità moderna si reggeva in ultima istanza su un pregiudizio, cioè sulla fede nell'esistenza di un attributo del sistema penale – la sua connaturata capacità censoria – che si dava come evidente, ma evidente non è fino a quanto non sia provato scientificamente. E non ci risulta che esista dimostrazione empirica della sua esistenza, oggi.

La funzione di censura del sistema penale moderno non è affatto dimostrata, ma solo presupposta: che esso abbia la virtù di segnare “socialmente” quanto “normativamente” (e quindi formalmente) da esso nominato perché in possesso di questa forza simbolica, è oggi una semplice illusione.

Cerco di farmi capire.

La maggioranza del diritto penale è oramai extra-codicistico ed è prevalentemente composto da incriminazioni contravvenzionali (e di conseguenza per effetto della natura artificiale delle stesse è assente ogni percezione sociale di disvalore nelle condotte così tipicizzate); ed ancora: il diritto penale protegge oramai prevalentemente funzione proprie dello Stato.

Ma ciò nonostante, pur sempre penale è, e per questo solo capace di perseguire finalità di censura sociale?

In termini più teorici: la natura simbolica e la conseguente efficacia stigmatizzante della censura sono forse esclusivi attributi del diritto penale “classico” meglio “primitivo”, cioè del diritto penale che criminalizza non tanto condotte socialmente avvertite come meritevoli di pena, quanto autori socialmente sofferti come “diversi”. Insomma: la funzione simbolica del diritto penale discende dal ruolo del sistema di giustizia penale classico nella riproduzione delle differenze sociali, cioè nella conservazione della realtà sociale diseguale¹². La censura è quindi in ragione della minaccia di una pena che persegue il fine latente di trasformare socialmente in criminale il trasgressore¹³. E il marchio criminale, lo stigma che consente di riconoscere il deviante come appartenente alla classe criminale è ciò che attribuisce al sistema penale la virtù di orientare eventualmente alla conformità l'universo sociale dei potenziali violatori della legge e di confermare nella fiducia istituzionale l'universo sociale degli osservanti. La minaccia di una reazione istituzionale che non sia comunque – per quanto astrattamente ed eventualmente – in grado di ridurre o minacciare lo *status* sociale del violatore, non sia cioè “degradante”, non è riconosciuta né riconoscibile neppure come pena. E socialmente la stessa pena pecuniaria è pena e non tassa solo se effettivamente idonea a ridurre visibilmente lo *status* economico e quindi sociale del punito.

Se mai esistono (ed esistono copiosamente) ricerche empiriche, esse sono unanimemente nel senso di confermare che l'idea socialmente costruita e diffusa è quella che identifica come penale il solo diritto criminale arcaico e come pena quelle sole sofferenze legali socialmente avvertite come degradanti e quindi stigmatizzanti. Come dire che la funzione simbolica del diritto penale si produce socialmente, come valore aggiunto, dalla sua originaria funzione materiale di strumento di produzione e riproduzione della differenziazione sociale. Se quindi è comprensibile come un diffuso alone illumina socialmente con effetti di censura quanto

¹² D. PETERS, *Richter in Dienst der Macht*, Stuttgart, 1973; H. STEINERT, *Der Prozess der Kriminalisierung*, Munchen, 1973; Ph. ROBERT, *Gli effetti della pena per la società*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, III, pp. 489-512.

¹³ D. MATZA, *Delinquency and Drift*, New York, John Wiley, 1964; *Becoming deviant*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1969.

comunque prossimo a quel nucleo originario, tanto più da questo ci si allontana, tanto più si affievolisce la possibilità di trasmettere socialmente censura. E qui vale una regola dell'economia classica – quella che ci insegna come la moneta cattiva cacci quella buona: tanto più si diffonde l'area della criminalizzazione oltre la sfera di quanto socialmente avvertito come meritevole di censura, non solo non si produce censura, ma si corre il rischio di affievolire anche quella originariamente avvertita come meritevole. La criminologia ci insegna che un effetto collaterale al processo di iperpenalizzazione è proprio di minacciare la funzione sociale del processo di criminalizzazione, cioè il riconoscimento sociale del disvalore di alcune condotte.

In assenza di una penalità materiale capace di produrre differenziazione sociale, anche la dimensione simbolica di sola censura finisce per perdersi o per rendersi – almeno sociologicamente – evanescente. Mi sembra un errore di fraintendimento definire pertanto diritto penale simbolico, il diritto penale che si aliena dalla sua funzione di produzione di differenziazione sociale perché non più capace di censurare.

3. Il controllo sociale si è già liberato dalla necessità di punire?

Se da una parte il diritto penale moderno sempre più è portato a criminalizzare attori sociali nei cui confronti è assente una domanda sociale di censura e di degradazione per finalità di integrazione sociale, dall'altro lato attraverso il diritto penale si perseguono finalità di controllo sociale di tipologie d'autore che non necessitano di alcun ricorso alla risorsa della pena in senso proprio per essere controllati.

Una volta che teorizziamo quale scopo del sistema penale quello della difesa sociale e quindi, in ultima istanza, finiamo per imboccare la strada della incapacitazione selettiva di soggetti socialmente avvertiti come pericolosi¹⁴, la pena di fatto si svilisce a misura di polizia, che si qualifica appunto per possedere attributi contrari a quelli della pena: non è espressiva, non è programmatica, non vuole produrre intenzionalmente sofferenza¹⁵. Vuole solo ridurre il rischio sociale da criminalità, mettendo nella condizione di non nuocere chi avverte come pericoloso, neutralizzandolo.

Questa strategia si misura e legittima solo rispetto alle proprie funzioni – cioè è attenta solo al proprio *output* – assolutamente sorda alle sue ragioni interne, al proprio *input*, semplicemente perché questo è contingentemente imposto appunto dall'esterno, da ciò che socialmente e politicamente si avverte come bisognoso di neutralizzazione.

Riflettiamo brevemente sull'universo sociale carcerizzato oggi, composto dai soli autori che soffrono materialmente di incapacitazione attraverso l'esclusione, cioè composto dai soli autori socialmente controllati. Faccio riferimento, a livello esemplificativo, alla sola realtà italiana.

Esiste un primo universo di soggetti deboli. Chi ha confidenza con le patrie galere, ben intende chi siano oggi in Italia i marginali carcerizzati: oramai un 35% dell'intera popola-

¹⁴ M. PAVARINI, *Lucha contra la criminalidad organizada y "negociacion" de la pena*, in J.E.S. VI-GOLINI, E.R. ZAFFARONI, A. SLOKAR (coords.), *Nada personal: Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 17-36.

¹⁵ A. BARATTA, *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 2, pp. 247-268.

zione penalmente ristretta è costituita da immigrati extracomunitari¹⁶ che contende l'egemonia ad un 30% di giovani tossicodipendenti. A cui possiamo tranquillamente aggiungere un altro 20% di giovani marginali, prevalentemente professionalizzati in piccoli e medi reati predatori. In buona sostanza il "diritto penale della prigione"¹⁷ – cioè di quello che effettivamente si fonda sulla sola pena che è in grado di giustificare la specificità del sistema stesso di giustizia penale – finisce per supplire – ma con ciò anche per confondersi ed inquisarsi – con un sistema di controllo sociale di polizia. In questo caso la domanda di penalità non si legittima certo per finalità di meritevolezza del castigo (anzi, in ragione appunto della debolezza dei soggetti penalizzati, il paradigma del *deficit* ci indurrebbe a ritenere che essi meritino ben poco di essere puniti per "avere fatto il male pur potendo fare il bene") e di fronte alla crisi del mito della risocializzazione, non possiamo oggi (diversamente da ieri) neppure illuderci che si debbano punire per ragioni special-preventive ed infine, in ragione della dimensione di massa di questa illegalità, faticherei anche a pensare che la pena possa realizzare lo scopo di deterrenza. Questi scarti sociali vengono carcerizzati per necessità di incapacitazione in quanto attori devianti che non si riesce altrimenti a disciplinare, ovvero che risulta troppo costoso controllare attraverso politiche preventive, ovvero ancora che si preferisce non includere. Se così è, allora non è scontato che la sola risposta debba essere sempre e comunque la privazione della libertà. È possibile che altre modalità di controllo siano altrettanto efficaci per scopi di neutralizzazione e nel contempo anche meno costose. Penso, ad esempio, a forme di controllo elettronico¹⁸, sul modello già altrove sperimentato. Certo, politiche di solo controllo situazionale potranno momentaneamente soddisfare necessità di prevenzione, ma non impedire che questo universo di marginalità continui a recidivare. Ma nei confronti di questa clientela l'approccio tecnocratico della penologia amministrativa – privo com'è di ogni intento finalistico che non sia quello di rendere compatibile le scarse risorse con le molte funzioni di controllo – è in grado di ribaltare significativamente le storiche sconfitte del sistema di giustizia penale in segni di successo: così il tema della recidività – vero *vulnus* della fede correzionalistica – viene assunto come indice di successo del sistema nell'individuazione precisa del *target* che deve essere neutralizzato.

Esiste poi un diverso per quanto contenuto universo sociale di devianti – dai dati offerti dalla Amministrazione penitenziaria esso non ha mai superato il 5% della popolazione penalmente ristretta – composto da soggetti avvertiti come particolarmente pericolosi (nel nostro sistema possiamo pensare a quelli indicati dall'art. 4bis dell'Ordinamento penitenziario, ma non solo), per i quali ancora più che per i precedenti valgono necessità di neutralizzazione. Ma anche in questo caso la risposta neutralizzante non necessariamente trova piena soddisfazione nella sola privazione della libertà per un *quantum* di tempo. Per questi vale di più la pena indeterminata in strutture di massima sicurezza. Insomma, anche qui a ben intendere, la risposta adeguata non è la pena, ma qualche cosa che ha a che vedere con le

¹⁶ Cfr. F. CASCINI, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Nuova serie, 2013, p. 31.

¹⁷ M. PAVARINI, *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia negoziata*, Napoli, E.S.I., 1998, pp. 175-183.

¹⁸ R. HAVERKAMP, M. MAYER, R. LÉVY, *Electronic Monitoring in Europe*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2004, Vol. 12/1, pp. 36-45; M. NELLIS, D. VAN-HAELEMEESCH, *Electronic monitoring in Europe: report from the 8th CEP electronic monitoring conference*, in *Journal of Offender Monitoring*, 2012, 24(2), p. 23-26.

misure di sicurezza per gli imputabili. Ed in effetti in questo caso il sistema penale supplisce esigenze di contrasto e di controllo della criminalità di natura politico-amministrativa¹⁹, come amministrative sono in sostanza le misure di sicurezza, e ogni risposta che si fondi su sole valutazioni di pericolosità.

Questi due universi sociali di puniti costituiscono quasi l'intero universo del "diritto penale della prigione".

Di regola, quando si osserva che in questi ultimi anni in Italia il flusso degli entrati in carcere dallo stato di libertà si attesta su una cifra assoluta di poco inferiore alle 65.000 unità, si rischia di non prestare attenzione al significato in percentuale che il criterio di selettività opera su questo universo. L'esperienza detentiva viene mediamente sofferta ogni anno da un cittadino ogni 1.000 residenti; ma in ragione delle variabili quali l'età e il genere maschile (sappiamo che sempre ed ovunque il carcere è prevalentemente abitato da uomini giovani) possiamo ragionevolmente calcolare che ogni duecento giovani maschi, almeno uno viene annualmente carcerizzato. Se consideriamo poi anche la variabile certamente più difficile da calcolare quale la povertà, forse potremmo osare ritenere che ogni 50 giovani maschi poveri, annualmente uno viene penalmente controllato. Se poi teniamo conto della variabile immigrazione, forse, è ragionevole ritenere che ogni 20 giovani maschi immigrati clandestinamente e poveri, uno entra nel circuito carcerario. E forse, senza volere rischiare il paradosso, credo sia prossimo alla verità affermare che per l'universo di giovani maschi, tossicodipendenti e che provengono dalle classi sociali più disagiate, un periodo o periodi più o meno lunghi di detenzione nell'arco della loro esistenza tossicomana siano statisticamente eventi altamente probabili.

Allora mi chiedo: che c'entra tutto questo con la pena? Che c'entra questa razionalità da *mass imprisonment* nell'amministrazione della neutralizzazione selettiva con quanto la scienza del diritto penale e la filosofia chiamano "pena". Con ben altra inquietudine politica e culturale di quanto non sia riscontrabile in Italia, di recente alcuni penologi americani si interrogano sugli effetti sulla stessa teoria della pena di una incarcerizzazione che si qualifica oramai esclusivamente nella pratica dell'esclusione penale dell'intera marginalità sociale²⁰.

Accanto a questo universo di puniti con la pena carceraria esiste poi il sistema penale dell'ontologica ineffettività sanzionatoria, in altre parole il sistema di diritto penale come solo rischio sociale²¹. Il bisogno di penalità nei confronti degli autori di questi illeciti artificiali non risponde a necessità di difesa sociale e quindi di una risposta neutralizzante attraverso la pena della privazione della libertà. In questo caso il bisogno di penalità si costruisce sul criterio della meritevolezza del castigo, per finalità di sola censura di alcune condotte e non certo di difesa sociale nei confronti di alcuni autori.

Ed è proprio al cospetto di questo universo di condotte illecite meritevoli di censura ma di fatto agite da soggetti niente affatto bisognosi di essere socialmente controllati e neutralizzati attraverso la pena del carcere, che naufraga irrimediabilmente ogni teoria giustificata della

¹⁹ M. PAVARINI, *Lucha contra la criminalidad organizada y "negociacion" de la pena*, cit.

²⁰ D. GARLAND, *The meaning of mass imprisonment*, in *Punishment and Society*, 2001, vol. 3, n. 1, pp. 5-8; J. SIMON, *Fear and loathing in late modernity: Reflections on the cultural sources of mass imprisonment*, in *Punishment and Society*, 2001, vol. 3, n. 1, pp. 21-34; K. BEKETT, B. WESTERN, *Governing social marginality: Welfare incarceration and the transformation of state policy*, in *Punishment and Society*, 2001, vol. 3, n. 1, pp. 43-60.

²¹ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit.

pena. La contraddizione si offre all'analisi critica come paradossale: la sola pena che possiamo giustificare non è socialmente praticabile; la sola sofferenza che di fatto irrogiamo, non è giustificabile.

4. Il *restorative paradigm* nella produzione di un “nuovo” ordine sociale

Se la pena effettivamente agita rischia di non potere essere più giustificata – all'interno di una stato sociale di diritto – come “pena”, perché la sua effettività non esprime la volontà di infliggere intenzionalmente una sofferenza espressiva a fini preventivi, oggi, ai confini della penalità tracciati dalla modernità, si intravedono nuovi possibili territori di espansione²².

Certamente una ricca provincia nei cui confronti il sistema penale palesa oggi forti interessi di colonizzazione è quella approssimativamente ricomprendibile all'interno dei confini del modello riparativo di giustizia.

Delle diverse letture che la dottrina offre del “perché” dell'emergere, almeno a fare corso dalla decade degli anni settanta, del *restorative paradigm* nei sistemi di controllo sociale (anche penale) in alternativa e/o competizione con quelli retributivo e riabilitativo, quella proposta da Faget²³ più di ogni altra mi seduce: il modello riparativo-mediatorio rizomaticamente si sviluppa²⁴ – per effetto di una connaturata tendenza entropica dei sistemi di produzione di ordine, come appunto quelli di controllo sociale penale – oltre i confini dell'ordine stesso²⁵. Esso quindi germoglia confusamente ed imprevedibilmente in territori sociali progressivamente abbandonati dai sistemi formali di produzione di ordine. Intere periferie vengono lasciate di fatto sguarnite di ogni presidio effettivo offerto dalla legalità: il limite oltre il quale *Hic sunt leones* ritaglia a macchia di leopardo spazi sociali disomogenei e diversi ove l'ordine legale non si produce più. E in questi spazi spontaneamente germoglia o può germogliare un diverso ordine.

Un'altra delle grandi promesse della modernità non mantenute: la funzione disciplinare avvocata – gli abolizionisti parlano in verità di espropriata²⁶ – dal sociale e monopolisticamente assunta entro i confini della legalità dal sistema di giustizia penale, si mostra sempre più incapace di governare, cioè di produrre ordine.

Due distinti processi favoriscono con effetti sinergici la dissoluzione del sistema di giustizia penale stesso: da un lato – come abbiamo potuto vedere – la crescita elefantica del dominio del penale in ragione della crescita delle funzioni disciplinari proprie dello stato sociale; dall'altro lato, la crisi dei sistemi di socializzazione primaria e quindi di riflesso la produzione crescente di una domanda di disciplina formale²⁷.

²² A. BARATTA, M. PAVARINI, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, n. 1, pp. 7-28; L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e “mediazione”*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, Cedam, 1998, pp. 61-95.

²³ J. FAGET, *La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et de désordre*, in *Déviance et Société*, 1993, vol. XVII, n. 3, pp. 221-223.

²⁴ J. FAGET, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Erés, 1992.

²⁵ M. FORSE, *L'ordre improbable. Entropie et processus sociaux*, Paris, PUF, 1989.

²⁶ L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale? (intervista a...)*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, pp. 71-89.

²⁷ G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*, in G. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, Cedam, 2000, pp. 3-26.

Il dominio del sistema di controllo sociale penale è insomma troppo vasto per potere essere mantenuto, e pertanto metaforicamente sembra dovere esso pure rispondere alla seconda legge della termodinamica²⁸. Ciò che si produce al di fuori di esso, e a volte anche contro di esso – negli spazi del crescente disordine selvaggio – richiama alla mente veri e propri processi di rifeudalizzazione dei rapporti sociali. Conflitti e violenze intrafamiliari e nei rapporti di vicinato, degrado sociale, vandalismi, micro-criminalità nelle periferie metropolitane, intolleranze razziali producono sofferenze da vittimizzazione diffusa che si traducono in domande altrettanto diffuse di riaffermazione normativa, esse stesse poi inevase²⁹.

In questo contesto politico di dissoluzione, è quindi possibile assistere all'emergere di dinamiche sociali che si pongono come obbiettivo quello di responsabilizzare la società civile, di re-staurare capacità e virtù di autoregolamentazione dei conflitti che beneficiano di un ampio capitale di "simpatia sociale"³⁰.

La messa in scena pubblica della mediazione si colloca così in questo scenario di ampia adesione consensuale alla presa in carico informale delle situazioni problematiche di fatto abbandonate dai sistemi formali di controllo³¹. La sua più genuina espressione si realizza pertanto nell'adesione ad un modello di mediazione autonomo, comunitario e deprofessionalizzato. La sua crescita spontanea e disordinata investe segmenti diversi e disomogenei di presa in carico delle problematicità, attraversando i confini formali dell'ordine legale tradizionale: civile, amministrativo, penale³². Su tutto sembrerebbe, ma è un fallace effetto ottico, potersi dispiegare felicemente.

La retorica giustificativa del suo imporsi è socialmente accattivante: informale, dolce, intelligibile, semplice, mite, di prossimità... sono termini di un lessico costruito sul genere "femminile" contro quello "maschile" di una giustizia formale, *dura lex*, incomprensibile, complessa, distante³³. Che l'area della devianza minorile e giovanile sia tra le prime ad essere aggredita dal paradigma in oggetto è pertanto di assoluta evidenza. Ma anche quando l'onda del farsi altrimenti carico dei conflitti – cioè al di fuori del sistema di giustizia formale – invade aree diverse, una certa contiguità comunque permane, è rintracciabile: come intelligentemente si esprime l'australiano Braithwaite (con un occhio antropologico attento ai sistemi aborigeni di gestione dei conflitti, e con un altro rivolto al "paradosso" giapponese), le risorse vincenti dell'esperienza mediatrice sono il sentimento di vergogna (reintegrativa e non socialmente stigmatizzata) da

²⁸ R. BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, Paris, PUF, 1977.

²⁹ S. ROCHE, *Le sentiment d'insécurité*, Paris, PUF, 1993; H. LAGRANGE, *Apréhension et pré-occupation sécuritaire*, in *Deviance et Société*, 1992, vol. XVI; 1, pp. 1-29; J. BROWN, *Insecure Societies*, London, McMillan, 1990; M. PAVARINI, *Controlling Social Panic. Questions ad Answers about Security in Italy at the End of Millennium*, in C. SUMNER, R. BERGALLI (eds), *Social Control at the End of Millenium*, London, Sage, 1997, pp.75-95; F. VIANELLO, *Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione*, in G. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, cit., pp. 129-149.

³⁰ J. DE MUNCK, *Le pluralisme des modèles de justice*, in A. GARAPON, D. SALAS, *La Justice des mineurs. Evolution d'un modèle*, Paris, Editions Bruylant, 1995, pp. 91-138.

³¹ R. MATTHEWS (ed.), *Informal Justice?*, London, Sage, 1988.

³² H. MESSNER, H.U. OTTO, *Restorative Justice on Trial. Pitfalls and potentials of Victim-Offender Mediation – International Research Perspectives*, The Hague, London, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1992.

³³ A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., pp. 19-60.

parte del deviante e il perdono da parte della vittima³⁴. È insomma la disciplina materna contro la giustizia del padre. Ed è chiaro che sia possibile estenderla alla giustizia penale “minore”, come appunto quella in Italia attribuita alle competenze penali del giudice di pace.

Tutto il bene e tutto il male che si può dire – e per la verità è stato detto, basti leggere il compendio esaustivo delle diverse ragioni pro e contro in Bonafè-Shmitt³⁵, in Matthews³⁶ e in Davis³⁷ – della *restorative justice*³⁸, si gioca intorno a questo suo originario e primitivo fondarsi su un modello consensuale *contra* quello conflittuale dei rapporti sociali³⁹. Le simpatie e le diffidenze, gli amori e gli odi che ci dividono di fronte a questa esperienza si radicano in sostanza su questo decisivo punto. Ma il nodo può essere anche diversamente nominato.

Si può così convenire che l’“altra” giustizia ha successo nella gestione delle situazioni problematiche che socialmente sono costruite, e pertanto avvertite dagli attori sociali coinvolti, come disagi e sofferenze e non come conflitti. Insomma: aree di disordine non conflittuale o comunque di contenuta conflittualità⁴⁰. Situazioni problematiche certo, spesso produttrici anche di grande sofferenza e di esteso disagio negli attori sociali coinvolti, ma che socialmente non sono avvertite come minacciose e contestatrici dell’egemonia dell’ordine normativo statale su cui si cimenta il patto di cittadinanza.

Lo spazio di praticabilità di una gestione del conflitto tra le parti private è quindi in ragione di quanto la struttura sociale è socialmente condivisa come stabile, di quanto, in diverse parole, quella determinata situazione problematica è sofferta solo “privatamente”⁴¹. Ed è oltremodo significativo che i contesti nazionali ove per prima e più diffusamente si è sviluppata l’esperienza della mediazione sociale sono quelli in cui la struttura e l’ordine sociale sono fortemente condivisi, come il Canada⁴² e i paesi scandinavi; ovvero quelli, come gli USA, in cui, per ragioni certo assai diverse se non opposte, culturalmente lo Stato è assai debole se non assente, in cui antropologicamente il conflitto difficilmente è “pubblicizzato”⁴³. Nel lessico penalistico, facendo mente all’illuminante saggio di Sbriccoli⁴⁴ sulla nascita del

³⁴ J. BRAITHWAITE, P. PETTIT, *Not Just Desert. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

³⁵ J.-P. BONAFE-SMITT, *La médiation: une justice douce*, Paris, Syros, 1992.

³⁶ R. MATTHEWS (ed.), *Informal Justice?*, cit.

³⁷ G. DAVIS, *Making Amends. Mediation and Reparation in Criminal Justice*, London, New York, Routledge, 1992.

³⁸ Vedasi la tesi dottorale di G. VARONA, *Restorative Justice: New Social Rites within the Penal System?*, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1996.

³⁹ C.B. HARRIGTON, *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalisation of Alternatives to Court*, Greenwood Press, 1981; R. ABEL, *Conservative conflict and the reproduction of Capitalism; the role of Informal Justice*, in *UCLA Law Review*, 1981, sept.

⁴⁰ A. BOTTOMLEY, J. ROCHÈ, *Conflict and Consensus: a Critique of the Language of Informal Justice*, in R. MATTHEWS (ed.), *Informal Justice?*, London, Sage, 1988, pp. 87-108.

⁴¹ M. CAIN, *Beyond Informal Justice*, in R. MATTHEWS (ed.), *Informal Justice?*, cit., pp. 51-86; D. NELKEN, *Social Work Contracts and Social Control*, in R. MATTHEWS (ed.), *Informal Justice?*, cit., pp. 108-122.

⁴² D.E. PEACHEY, *The Kitchener Experiment*, in K. WRIGHT, B. GALAWAY (eds), *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*, London, Sage, 1989, pp. 14-26.

⁴³ M.S. UMBREIT, R.B. COATES, *Cross-Site Analysis of Victim-Offender Mediation in Four States*, in *Crime and delinquency*, 1993, pp. 565-85.

⁴⁴ M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis*, Milano, Giuffrè, 1974.

diritto penale moderno, mi sembra di potermi così esprimere: lo spazio storico e politico di praticabilità di una soluzione solo tra le parti del conflitto è in ragione diretta della distanza di questo dalla costruzione sociale del fatto come *crimen laesae maiestatis*.

5. La mediazione penale e la nostalgia del “vecchio” ordine penale

Ma la mediazione penale nel sistema di giustizia minorile ed in quella amministrata dal giudice di pace è però altra cosa, ove “altra” sta a significare che da quella sopra descritta situazione di produzione sociale di un ordine nella crisi del sistema legale molta acqua è passata sotto i ponti. A quel primo processo, ne è seguito uno di segno opposto: il tentativo del sistema legale di ri-appropriarsi, di includere entro i confini della legalità formale, quanto all'esterno di questi si era venuto determinando. I modelli realizzati di mediazione penale oggi dominati e a cui anche il nostro sistema di giustizia penale sembra con tardivo interesse guardare con simpatia, sono quelli di tipo legale e professionale⁴⁵. Alla dispersione, segue ora l'inclusione.

Per altro le strade tecniche per raggiungere lo scopo della “ri-appropriazione” sono almeno apparentemente facilmente praticabili: ove possibile, in particolare nei sistemi di giustizia penale che si reggono sulla facoltatività dell'azione penale, la strada maestra è quella della diversione processuale⁴⁶; altrimenti si può ricorrere a quella certo più impervia delle pene sostitutive, ovvero ancora passando per la cruna dell'ago di un uso atipico della *probation*.

Anche in questo caso, conviene preliminarmente interrogarsi sul “perché” – cioè sulla ragione forte, diciamo strutturale – di questo processo di recupero del sistema della giustizia formale e quindi anche di quella penale della realtà informale cresciuta al suo esterno, appunto oltre i confini della legalità.

Ne scorgo una sola: l'esperienza esterna viene inclusa come risorsa utile per un processo di razionalizzazione, nel senso che quella esperienza, se ed in quanto istituzionalizzata, sembra capace di favorire contemporaneamente, sia l'arricchimento della “scatola di attrezzi” con cui il sistema formale di giustizia e di controllo sociale penale opera, sia, l'implementazione di modalità ritenute deflative rispetto a quelle più proprie e tradizionali di gestione dei conflitti, cronicamente afflitte da disfunzionalità determinate da processi di crescita ipertrofica.

I due obiettivi apprezzabili sotto il profilo della funzionalità sistemica, sono poi i medesimi contro i quali si può concentrare anche la lettura critica nei confronti del processo di istituzionalizzazione delle pratiche di mediazione⁴⁷; ed in effetti queste critiche sono state ripetutamente argomentate.

L'arricchimento della “scatola di attrezzi” è stato ad esempio, censurato come ampliamento della rete del controllo penale, come inclusione nell'area della criminalizzazione se-

⁴⁵ J. FAGET, *La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et de désordre*, in *Déviance et Société*, 1993, vol. XVII, n. 3, pp. 221-223.

⁴⁶ Come avviene nel sistema di giustizia penale francese; cfr. J. LEBLOIS-HAPPE, *La médiation pénale comme mode de réponse a petite délinquance: état des lieux et perspectives*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 1994, n. 3, pp. 525-536.

⁴⁷ A. GARAPON, *Droit, médiation et service public*, in *Information sociales*, 1992, n. 22, pp. 40-47; R. ABEL, *The Politics of Informal Justice*, New York, Academic Press, 1992.

condaria di quanto di fatto altrimenti vi sfugge⁴⁸; l'obiettivo deflativo – spesso più presunto che reale – è stato invece contestato come orientato principalmente alla definizione di una giustizia minore, come giustizia svilita e di secondo livello⁴⁹; ed infine l'inclusione di pratiche mediatricie nel sistema della giustizia penale è stato ritenuto capace di favorire la “giuridizzazione” dei rapporti sociali, operando così in favore di una rilegittimazione dello stesso sistema giudiziario e comunque favorendo un incremento del dominio della regolamentazione di tipo giuridico⁵⁰.

Mi sembra che le critiche siano sensate se in quanto esse siano intese come individuazione di rischi possibili; nutrirai alcune perplessità se queste venissero intese come individuazione di rischi inevitabili.

6. Uno scenario futuro probabile, una speranza e un timore

Quali sono le possibilità che questo matrimonio che non si doveva fare ma che alla fine si farà tra mediazione e sistema della giustizia penale, consenta ancora al paradigma compensatorio di non piegarsi ancillarmente alle sole ragioni del paradigma correzionale ovvero a quello di un'ulteriore negoziabilità della pena?

La cultura e le ragioni della special-prevenzione sono ancora forti, almeno a livello ideologico; la loro forza è in ragione in parte della convinzione diffusa – quanto a mio parere errata – della loro idoneità nel contenimento della repressione. È in verità difficile non pensare che l'attenzione benevola sia pur tardiva che il sistema della giustizia penale minorile mostra oggi nei confronti della risorsa offerta dalla mediazione, sia appunto quella di una risorsa utile al perseguimento del fine certo nobilissimo e condivisibile della decarcerizzazione⁵¹.

Diversamente credo si debba invece argomentare per quanto concerne l'esperienza mediatricia per i reati perseguibili a querela di parte nel procedimento dinanzi al giudice di pace: in questo caso la conciliazione persegue il fine di favorire accordi tra le parti e quindi di risparmiare la risorsa scarsa e pertanto costosa dell'offerta di giustizia penale e della pena. E tutto ciò in una dimensione svilita o comunque ridotta rispetto al fine della riprivatizzazione del conflitto.

Certo è che se l'esperienza originaria della mediazione sociale può occasionalmente palesarsi in grado di favorire una diversa costruzione sociale del panico attraverso l'utilizzo di un vocabolario non punitivo nella soluzione dei conflitti, questa risorsa andrebbe gelosamente preservata e coltivata. Purtroppo, nel momento in cui essa viene attratta dal sistema della giustizia penale, essa rischia di perdere in parte la sua virtù, in quanto il suo linguaggio alternativo viene irrimediabilmente incluso e omologato a quello del sistema della giustizia criminale.

Ma forse, tutto sommato, neppure questo è un male. Senza cadere in facili entusiasmi, si deve pur sempre riconoscere che anche la mediazione inclusa nel sistema di giustizia penale

⁴⁸ S. COHEN, *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*, Cambridge, Polity Press, 1985.

⁴⁹ T.F. MARSHALL, *Out of Court: More or Less Justice?*, in R. MATTHEWS (ed.), *Informal Justice?*, cit., pp. 25-50.

⁵⁰ R. ABEL, *The Politics of Informal Justice*, cit.

⁵¹ M. PAVARINI, *Bilancio della esperienza italiana di riformismo penitenziario*, in S. PALMA (a cura di), *Il vaso di Pandora*, Roma, Treccani, 1997, pp. 137-153.

qualche cosa di nuovo e di diverso porta con se, forse non in grado di alterare il sistema stesso, ma certo di contribuire al superamento di vecchi equilibri. Shearing⁵² acutamente osserva che l'insoddisfazione nei confronti dei due grandi paradigmi della pena – quello retributivo e quello preventivo – risiede appunto nel loro sguardo parziale: quello retributivo, tutto rivolto al passato, annichilito nella considerazione del solo fatto storico di reato e quello preventivo, unicamente proteso verso il futuro, esaltato nella fede di potere impedire nuovi reati. In effetti il *restorative paradigm* si offre invece con lo sguardo aperto a tutto campo. Chiede alle parti in conflitto di ri-considerare il passato, di misurarsi sul senso di un fatto storico che ha rotto un equilibrio; ma chiede anche di superare insieme quella frattura, per incamminarsi più serenamente verso il futuro.

Sia chiaro: tutto ciò non induce ottimisticamente a ritenere che il *restorative paradigm* rappresenti il definitivo approdo alla navigazione in cerca di una nuova penalità funzionalmente e culturalmente compatibile in uno stato sociale di diritto, una volta che alle spalle si siano definitivamente lasciati quelli retributivo e rieducativo. Nulla di definitivo, quindi, ma pur sempre un porto in cui fare momentaneamente sosta, in vista di continuare la *recherche*.

Ma le prospettive future potrebbero essere indicate anche in ottica più pessimista. In fin dei conti il paradigma compensatorio nel sistema della giustizia penale opera comunque in favore di una privatizzazione del conflitto criminale. È da tempo denunciato che l'attenzione vittimologia oggi è certo più in sintonia con le politiche neo-liberali che con quelle welferiste sulla questione criminale. Quanto può essere riportato ai soggetti privati del conflitto criminale esce e definitivamente dall'egemonia penalistica dello stato di diritto. Lo *jus puniendi* che sopravviverà come esercizio monopolistico della forza statale potrà finalmente aspirare a diventare più contenuto se non minimo, ma soprattutto più efficace, ma di una efficacia sempre più tecnocratica e neutralizzante.

⁵² C. SHEARING, *Punishment and the changing face of the governance*, in *Punishment and Society*, 2001, vol. 3, n. 2, pp. 203-220.

Revisori

Andrea R. Castaldo, Roberto Guerrini, Alessio Lanzi, Vincenzo Maiello, Gonzalo Quintero Olivares, John Vervaele, Costantino Visconti, Thomas Vormbaum, Eugenio Raúl Zaffaroni.

Linee operative per il sistema di revisione

Il Direttore responsabile della Rivista trasmette ciascun contributo inviatogli per la pubblicazione – ad eccezione dei lavori provenienti dai Direttori, dei testi di relazioni presentate a convegni e dei contributi commissionati dalla Direzione della Rivista ivi compresi quelli inseriti negli eventuali numeri speciali a carattere monografico – nelle rubriche *Politica criminale e penale*, *Giustizia costituzionale*, *diritto penale comunitario e internazionale* (ad eccezione dei contributi in forma di *Osservatorio*), *Diritto vivente*, *Materiali didattici*, a due revisori estranei alla Direzione della Rivista, da lui scelti tra i professori ordinari di diritto penale e di diritto processuale penale, italiani e stranieri, tenendo conto delle competenze specifiche (non sono invece soggetti alla procedura di revisione i lavori pubblicati nelle altre Rubriche della Rivista: *Lavori in corso*, *Tesi delle tesi*, *Lecture e dibattiti*). I lavori pubblicati sulla Rivista che sono stati oggetto di revisione sono contraddistinti con l'apposizione del segno ** accanto al titolo.

L'elenco completo dei revisori della Rivista è pubblicato in ciascun fascicolo. Il lavoro viene inviato ai revisori senza alcuna indicazione del nome dell'Autore. Il nome dei revisori viene tenuto dal Direttore assolutamente riservato.

I revisori trasmettono al Direttore, entro venti giorni, una scheda contenente la sintetica valutazione motivata del lavoro, che si conclude con una indicazione di meritevolezza o non meritevolezza di pubblicazione. Il Direttore informa immediatamente l'Autore della valutazione indipendente, salvo in ogni caso l'anonimato dei revisori.

In caso di valutazione di meritevolezza, il revisore può segnalare la possibilità di ulteriori specifici interventi sul lavoro al fine del suo miglioramento. In tal caso, il Direttore trasmette le indicazioni all'Autore.

In caso di valutazione di non meritevolezza, il revisore può formulare delle indicazioni all'Autore per la stesura di una versione che ritiene accettabile del lavoro esaminato. In questo caso, tali indicazioni vengono trasmesse dal revisore al Direttore che le inoltra all'Autore.

In caso di pareri contrastanti tra i due revisori la decisione sulla pubblicazione è assunta dal direttore della Rivista.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata presso la Redazione della Rivista.

I lavori vanno inviati per e-mail al Direttore responsabile Prof. Nicola Mazzacuva, all'indirizzo: n.mazzacuva@imzstudiodilegale.191.it o alla Segreteria della Redazione: ius17@unibo.it.

