



TEMI

L'irrisolta Ambiguità Del Punire

Massimo
Pavarini

1. 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 socialmente pericolosi - possano essere socialmente (ma soprattutto, politicamente) accettati solo ed in quanto educati alla legalità; 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 *lumpenproletariat*. Da un lato, pedagogia (sognata in verità, più che effettivamente realizzata) per una 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 alla 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 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 è una ambiguità che si è costruita prevalentemente intorno a due volontà politiche che sovente sono rimaste solo allo stato di aspirazioni. Due prospettive ideali, radicalmente opposte, di apprezzamento del 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.

2. 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 esclusione/devianza/criminalità e che quindi proietta una immagine tipologica di *homo criminalis* di stampo positivista. È pericoloso chi ha *meno*, chi ha *deficit*. Deficit fisici, psichici, affettivi, 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 e dovunque dei 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 medicinale che sia in grado - come un *farmacum* - di aggredire le cause del male, cioè di ridurre ed eliminare i *deficit*. *In primis*: i *deficit* socio-economici. 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 della legalità è pertanto passaggio obbligato ad ogni processo di inclusione sociale, che è in primo luogo (ossessivamente) inteso come inclusione nel mercato del lavoro. Il modello di produzione *fordista* arricchisce poi ulteriormente il contenuto di questa retorica, persuadendo a *sinistra* della bontà dell'impresa pedagogica. Se da un lato - dal 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 legalità. È questa la stagione d'oro - segnata da forte ottimismo - delle politiche di rieducazione attraverso le *pratiche trattamentali*.

La fase sopra descritta ha, in effetti, prima 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 insomma realtà definitive. Insomma: i marginali che delinquono - che sono appunto una minoranza - progressivamente mostrano di non avere più 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 comunque socializzato a quest'ultima, anche perché non esiste altra dimensione possibile, né fattuale né culturale. Certo le norme penali sono ancora e forse di più violate, 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 tutti già socializzati, non si vede come si possa contrastare l'illegalità, rieducando a quella legalità cui già si è *addomesticati*.

3. 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 illegali. Che poi queste opportunità offerte dai mercati illegali si mostrino alla lunga diseconomiche per i più, è alla fine di scarso rilievo. 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 correzionale 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 necessario e auspicabile. Deversione processuale, pene sostitutive, misure alternative segnano il percorso riformista e progressivo 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 penale. L'idea (ripeto: l'idea) della *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 situazionale*. 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*. Oggi in Italia, su 10 misure alternative, almeno 8 sono concesse direttamente dallo stato di libertà, senza alcun assaggio di pena detentiva, senza alcuna osservazione e trattamento penitenziari.

Si presti attenzione al sistema della giustizia penale minorile in Italia, forse il solo sottosistema penale assolutamente coerente tanto alle finalità rieducative, quanto al modello correzionale di giustizia penale. I minori che delinquono già da tempo non finiscono più in carcere o in altre istituzioni segregative. Solo nei primi anni cinquanta del secolo passato, decine di migliaia di minori erano privati della libertà per ragioni penali; oggi a stento solo qualche centinaio. E i pochi che finiscono in istituzioni totali lo sono non perché hanno violato la legge penale più gravemente degli altri, ma solo perché riesce più difficile farsene altrimenti carico. Sono prevalentemente, se non esclusivamente, zingari e figli di immigrati *irregolari*, minori che situazionalmente sono deboli, o più deboli degli altri, di reti sociali efficaci. Il carcere diventa per questi ultimi la sola e pertanto residuale agenzia *assistenziale* possibile.

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. E non fu solo un sogno: fu anche, e per alcune decadi, una meta intravista come realistica... quasi a portata di mano. Essa si tradusse, ancorché contraddittoriamente, in azione sociale e politica. Conobbe anche i suoi meritati successi. Pure in Italia dove, per ragioni in tutto analoghe a quelle sopra riportate, una legge decretò di autorità la chiusura degli ospedali psichiatrici. La penalità nella libertà, in molti contesti occidentali, ha

un peso quantitativo superiore a cinque volte quello della penalità attraverso la privazione della libertà.

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 coerentemente si allontanò da quella originaria ossessione disciplinare, 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 assistenziali. 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 sociale, confidando anche - e questo fu un imperdonabile errore, ma appunto col senno di poi - che l'area della marginalità sociale dovesse progressivamente restringersi nel tempo.

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

4. 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*. La crescita della *moltitudine* degli esclusi - tanto dal mercato del lavoro garantito quanto dal 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, del tutto coerenti con il linguaggio della guerra.

Sappiamo che 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 socialmente sofferto 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 fuori di sé tutto ciò che è socialmente inteso come estraneo. E la nostra società della post-modernità, nella definitiva crisi dello stato sociale di diritto, si costruisce sulla pratica diffusa dell'esclusione sociale. Difficile sul punto non convenire.

5. 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: rieducare - 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 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 quest'ultimo si pone come produttore e riproduttore dei rapporti sociali, l'obiettivo della integrazione sociale diviene il fine e nel contempo il limite della politica dello stato sociale di diritto. E questa volontà può anche trovare espresso ricono-

scimento costituzionale. Nel nostro sistema giuridico, il secondo capoverso dell'art. 3 della Costituzione è di inequivoca espressività *cannibalesca*: 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 *necessary qualities* del bene giuridico, alla concezione normativa della colpevolezza; dai criteri di commisurazione della pena, alla diversa collocazione sistematica delle cause di giustificazione; ecc. Su quel solo punto di appoggio si edifica una *nuova teoria* del reato (e forse anche del processo).

6. Da «*gli uomini furono ritenuti liberi, per essere puniti*» 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 potere.

"Un lupo ed un agnello vennero alla medesima fonte; il lupo stava sopra, l'agnello sotto...". Sappiamo come andò a finire: "mi intorbidi l'acqua", "sette mesi fa mi ingiuristi", "tuo padre gravemente mi offese" sono pretesti retorici per dare seguito ad un destino comunque ineludibile: il lupo divorò l'agnello. Fuori di metafora: è la pena (e nel nostro presente interesse di penalisti, quella legale, ma più in generale, la pena come fatto sociale) che comunque *si dà* nella storia; le legittimazioni (e dalla modernità in poi, di tipo utilitaristico, o di *difesa sociale*) non la fondano, nel senso che anche ove vengano - come sono state - invalidate *empiricamente* (e il processo di invalidazione non può che essere quello che si confronta con le funzioni *reali*), la pena comunque *rimane*. Alla fine, si punisce ... a prescindere: ... "e il lupo divorò l'agnello". Questo è il *solo fatto* che - nella storia - non è mai (o ancora) venuto meno.

7. 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.

Così in effetti non è sempre stato e non sempre è. È innegabile che la tradizione garantista propria della scienza penalistica moderna si sia anche, se non soprattutto, fondata in una prospettiva riduzionista, nel senso preciso 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* dei penalisti?) o, più confidenzialmente, inscriverla nella 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, storicamente sono 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 delitto.*

La filosofia della penalità moderna si è certamente fondata anche su una *economia della parsimonia*. Un esercizio del castigo vincolato a criteri tanto di auto-limitazione sistemica (quelli garantistici della *pena minima*) che di limitazione extra-sistemica (quelli appunto finalistici della *pena utile*). 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 dalle virtù diseconomiche della magnificenza, dell'ostentazione e della dissipazione.

Ma questa immagine - certo, per noi, assai gratificante - del penalista che da consigliere servizievole del Principe, tradizionalmente avvezzo al vecchio mestiere, denunciato da Francesco Carrara ¹, di razionalizzatore delle pratiche del boia, 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 penalistica nei confronti della prevenzione speciale positiva alla fine si radicesse anche nel convincimento che di tutte le bugie, questa alla fine era la più capace di porre ulteriori limiti alla violenza punitiva. Altrettanto personalmente, e da lungo tempo, ritengo che questa scelta *opportunista* 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.



¹ "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", Carrara F., VARIETÀ DELL'IDEA FONDAMENTALE DEL GIURE PUNITIVO (1862), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. 1, Lucca 1870, p. 180.

8. Una circostanza cui si presta poca attenzione: il sistema penale moderno - nella sua storia *breve* - è stato egemonizzato da retoriche elitarie, nel senso che la legittimazione del diritto di punire - per ragioni di prevenzione - 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 un punto di vista di parte. Per quanto di parte e minoritario all'origine, questo punto di vista si è anche storicamente imposto nelle politiche penali, ma più per *astuzia giacobina* che per *condivisione democratica*.

E questa fondazione segna anche irrimediabilmente l'estrema fragilità della costruzione garantista.

In effetti 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 penalità. E nei sistemi democratici, forse per 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*.

L'aprirsi di questo nuovo scenario, libera, mi sembra definitivamente, la cultura penalistica elitaria dall'illusione di potere ancora produrre una cultura della *resistenza*, in qualche modo efficace nell'azione di contenimento del potere di punire.

9. Muore, da tempo oramai gravemente infermo, lo scopo della *specialprevenzione* 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 sociale. Viene a mancare il punto di appoggio esterno che consente anche ad una bugia di essere (politicalmente 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 penalistica 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 idealista, 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 *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 pensa sia il castigo che il colpevole merita".

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 posizione. 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 penalistica italiana a livello maggioritario rimane però ancorata, pur con differenze di accento, al *valore costituzionale* della prevenzione speciale positiva. Intendo e in parte condivido le ragioni *forti* e *nobili* di questa resistenza nel principio costituzionale, nel senso che intendo e in parte condivido le ragioni forti e nobili di questa resistenza *politica*.

Ma è una resistenza che seriamente rischia di svilirsi 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 il 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.

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 Stella ², avvertiva, pionieristicamente per l'Italia, 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 molti, essa, alla fine, non si è mai tradotta in un diverso sistema della dogmatica.

10. 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 Kuhn, ad esempio,



2 Romano M., Stella F., (a cura di), TEORIA E PRASSI DELLA PREVENZIONE GENERALE DEI REATI, Il Mulino, Bologna 1980.

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: c'è chi assume che la scienza penalistica possa (e quindi debba) farsi soggetto autorevole *autonomo* capace di competere con i soggetti della politica, portando avanti la propria idea di giustizia penale; e chi invece seriamente dubita che la scienza giuridica possa pretendere tanto, se non altro, per quanto prima accennato a proposito della scarsa condivisione democratica delle idee dei giuristi. La contrapposizione non è tanto tra *pensiero forte* e *pensiero debole* secondo la lettura di Vattimo (mi auguro che tutti i penalisti condividano che la scienza penale è per eccellenza ascrivibile al *pensiero debole*, altrimenti dovrei sospettare un vero e proprio delirio di onnipotenza!), quanto tra chi ritiene che la Storia di fatto riservi sempre una opportunità politica alle idee dei giuristi come corporazione di scienziati e chi, pessimisticamente, 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 sempre avere come consiglieri del Principe di turno.

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

11. Debbo riconoscere alla intelligenza di Sandro Baratta avere posto chiaramente la questione più di un vent'anni fa, anche se l'amico Sandro così argomentando portava acqua al suo mulino: la sola utopia *concreta* per il *buon* penalista è militare per l'abolizione del diritto penale.

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 penalistica 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, all'origine, teorie giustificative della pena, ma modelli descrittivi e poi esplicativi - e pertanto sociologici in senso proprio - della pena 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, senza dover fare ricorso alle *inutilmente complesse* astrazioni della scuola sistemica tedesca contemporanea, aveva riconosciuto al sistema penale queste funzioni effettive: rassicurare l'opinione pubblica e produrre pertanto coesione sociale, 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 realizzarsi diversamente. Ma lucidamente comprese che il sistema penale, nella sua ormai 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 contemporaneo. È solo nella pratica della esclusione sociale di alcuni, che il sistema di giustizia penale può produrre più 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".

VITTIME. FABBRICA DI PACE

a cura di

CENTRO CULTURALE SAN FEDELE
DIGNITAS. PERCORSI DI CARCERE E DI GIUSTIZIA
SESTA OPERA SAN FEDELE

Seminario - Venerdì **27 gennaio** 2006, **9.30-18.30**

Convegno - Sabato **28 gennaio** 2006, **9.30-18.30**

presso

AUDITORIUM SAN FEDELE
Via Hoepli 3/b - 20121 Milano

RELATORI INVITATI

Olga D'Antona

Marcello Flores

Piero Stefani

Gustavo Zagrebelsky

Parents Circle (Gerusalemme)

COORDINA

Adolfo Ceretti

Per informazioni: dignitas@sanfedele.milano.it