

## Teorie della pena

La parola “pena” è sinonimo di “castigo”: essa in generale indica il dolore, la sofferenza che viene inflitta a colui che ha trasgredito una norma giuridica<sup>1</sup>. Carattere essenziale della sanzione è l’afflittività, identificabile in un danno fisico, economico o morale<sup>2</sup>.

Sostanzialmente le teorie sulla natura della pena sono quattro: retribuzione, risarcimento della vittima, deterrenza ed emenda. Le prime due sono deontologiche, le seconde due consequenzialiste. Nei sistemi giuridici concreti spesso questi criteri coesistono, combinati in misure diverse.

### Retribuzione

Per le teorie della retribuzione, dette anche del “corrispettivo”, la pena non è altro che una ricompensa. È un’esigenza profonda e incoercibile della natura umana che il male sia retribuito col male. Si punisce “quia peccatum est” (mentre nelle teorie preventive che si esamineranno più oltre, si punisce “ne peccetur”). La punizione del reo è *stretta conseguenza* dell’atto ingiusto commesso (Pitagora: “il giusto assoluto è far subire la stessa cosa all’altro”; I. Kant<sup>3</sup>, F. Hegel<sup>4</sup>). Questa concezione suggerisce l’idea del ripristino di un equilibrio, di una simmetria, che sono stati turbati dal delitto. Il reo deve “restituire” quanto ha sottratto alla vittima (e, per alcuni, anche alla società).

Poiché il male della pena rappresenta la risposta a un male precedente, in genere a questo principio è collegato il criterio della stretta proporzionalità della pena; si parla allora di retribuzione pura. La sanzione dev’essere commisurata al danno provocato. O, secondo un’altra formulazione, si perde il diritto violato nella stessa misura. Di conseguenza, secondo il criterio di proporzionalità, in caso di omicidio è legittima la pena capitale. Il noto passo della Bibbia “occhio per occhio, dente per dente” è un esempio di tale concezione<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Vi è sempre un elemento di riprovazione sociale nei confronti dei comportamenti sanzionati, in quanto questi attentano a beni ritenuti fondamentali per la comunità.

<sup>2</sup> La sanzione consiste nella privazione di un bene individuale fra i quattro fondamentali, che sono: vita, integrità fisica, libertà, proprietà. La pena di morte è la sanzione che incide sulla vita; le pene corporali, ad esempio la mutilazione o la fustigazione, colpiscono l’integrità fisica; la detenzione (reclusione, arresto) e il lavoro forzato incidono sulla libertà; e le pene pecuniarie (multa, risarcimento, confisca, esecuzione forzata sui beni) sul patrimonio o proprietà.

Vi sono poi alcune sanzioni collaterali che provocano l’inabilitazione all’esercizio di alcuni diritti (es. i diritti politici; o di guidare nel caso di ritiro della patente).

Secondo la teoria statale contemporanea, deve essere irrogata ed eseguita da un’autorità competente: è ciò che distinguerebbe la pena di morte da un omicidio o la reclusione da un sequestro di persona. L’evoluzione storica ha sostituito l’autotutela con l’eterotutela, cioè la sanzione viene inflitta da organi diversi dalle parti in conflitto, in quanto sarebbe garantita una maggiore uguaglianza di trattamento. Secondo altre teorie (ad esempio quella libertaria) tale requisito non è necessario: la sanzione può essere irrogata anche da un soggetto privato (la vittima o l’agenzia di protezione di cui è cliente) purché la sua entità sia stabilita da norme di tipo retributivo-risarcitorio (v. *infra*): è questo che distingue la pena di morte da un omicidio o la reclusione da un sequestro di persona, non l’autorità che sanziona.

<sup>3</sup> In Kant la retribuzione è squisitamente morale: il male è una violazione di un valore etico e come tale esige una punizione: «La punizione giudiziaria non può mai essere usata soltanto come mezzo per promuovere qualche altro bene per il criminale stesso o per la società civile, ma deve in tutti i casi essere imposta su di lui soltanto sulla base del fatto che ha commesso un crimine». I. Kant, *Metafisica dei costumi* (1796), Laterza, Roma-Bari, 1989.

<sup>4</sup> In Hegel viene enfatizzata la violazione dell’autorità dello Stato, dunque è una retribuzione giuridica più che morale: il reato è la ribellione del singolo alla volontà giuridica espressa nella legge, da cui discende l’esigenza per lo Stato di riaffermare la propria autorità. Nei termini della sua dialettica: il delitto è la negazione del diritto (tesi), la pena è la negazione del delitto (antitesi) e porta con sé la riaffermazione del diritto (sintesi).

<sup>5</sup> «Se egli ha ucciso, egli *deve morire*. Non vi è nessun surrogato, nessuna commutazione di pena, che possa soddisfare la giustizia. Non c’è nessun paragone possibile tra una vita, per quanto penosa, e la morte, e in conseguenza nessun altro compenso fra il delitto e la punizione, fuorché nella morte giuridicamente inflitta al criminale». I. Kant, *op. cit.*, p. 165-166. Autori precedenti hanno difeso la liceità della pena di morte ricorrendo a un criterio qualitativo, non quantitativo.

La dottrina retributiva, dunque, poggia su un elemento del passato, l'atto criminoso e la sua compensazione, non su uno scopo orientato al futuro, come ad esempio la teoria della deterrenza (v. *infra*).

### Risarcimento

Secondo questa concezione la sanzione per il reo dev'essere strutturata in modo tale da configurarsi come un immediato risarcimento, economico (riparazione) o psicologico, della vittima.

Un sistema che combina i due criteri esaminati è quello retributivo-risarcitorio, incentrato sulla vittima (M.N. Rothbard)<sup>6</sup>. È risarcitorio perché la sanzione per il criminale ha una stretta correlazione con la riparazione dei danni subiti dalla vittima. Il risarcimento, economico o psicologico, della vittima grava interamente sul reo. Il rapporto è fra aggressore e vittima, o danneggiante e danneggiato.

Il semplice risarcimento del danno (*restitution-only stance*) non è sufficiente. Ad esempio, nel caso del furto, la sanzione per il ladro deve consistere nella restituzione alla vittima di un valore pari a qualcosa più del doppio del valore sottratto. Infatti, innanzi tutto c'è la restituzione del bene o della somma rubata, che rappresenta il risarcimento. Poi vi è il trasferimento di un'ulteriore somma di pari valore, che rappresenta la punizione in senso stretto, conseguenza della teoria secondo cui il criminale perde i suoi diritti *nella stessa misura* in cui ne ha privato la vittima. Infine bisogna aggiungere un'ulteriore somma che incorpora due elementi: compensare la vittima degli aspetti di paura e incertezza derivanti dall'aggressione e privazione della proprietà; e le spese processuali e di polizia (i costi della cattura e/o del ritrovamento del bene rubato). Se il ladro non possiede una tale somma di denaro, dovrebbe essere costretto a lavorare finché i redditi percepiti non gli consentano di rimborsare la vittima.

Nel caso in cui l'aggressione consista di percosse o lesioni, la proporzionalità si applica consentendo all'agredito di percuotere successivamente l'aggressore (o di farlo percuotere da funzionari) in misura maggiore di quanto abbia dovuto subire. In caso di omicidio la sanzione è la pena capitale<sup>7</sup>.

Solo la vittima può intraprendere un'azione giudiziaria contro gli aggressori, non un procuratore in nome di entità astratte quali la "società" o lo "Stato"<sup>8</sup>. Inoltre la vittima può ridurre a propria

---

Per Tommaso d'Aquino chi commette un grave crimine perde la qualità di uomo conferitagli da Dio, e la pena capitale dunque diviene "sicut occidere bestiam". Parole analoghe vengono utilizzate da John Locke: col suo comportamento il criminale «dichiara lui stesso di abbandonare i principi della natura umana, [perciò] può essere abbattuto come un leone o una tigre, cioè come una di quelle bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società o garanzia». J. Locke, *Due trattati sul governo* (1690), Utet, Torino, 1960, pp. 245 ss. Autori contemporanei che sostengono un impianto retributivo, anche se non puro, sono J. Waldron, S. P. Garvey, M.S. Moore, M.J. Fish. Al retributivismo è stato obiettato che l'idea secondo cui la somma di due mali dà come risultato un bene è un misticismo indimostrato; i mali si moltiplicano senza effetto benefico per alcuno. Tuttavia nella versione risarcitoria che verrà esaminata di seguito tale obiezione è in gran parte superata, perché il risarcimento economico o psicologico della vittima rappresenta per essa un "bene".

<sup>6</sup> M.N. Rothbard, *L'etica della libertà* (1982), Liberilibri, Macerata, 1996, cap. 13; *King on Punishment: A Comment*, in "Journal of Libertarian Studies", vol. 4, n. 2, primavera 1980, pp. 167-172.

<sup>7</sup> È stato obiettato che il criterio del "taglione", in base al quale la vittima compie nei confronti dell'aggressore lo stesso atto che ha subito, non può essere applicato in alcuni casi: ad esempio nello stupro, nell'omicidio plurimo o nel tentato omicidio. Per quanto riguarda i tentativi di reato, essi in genere si traducono in percosse o lesioni, e dunque sono quelli i tipi di crimini da "ricompensare", non l'omicidio. Rothbard ammette che il criterio di proporzionalità può incontrare delle difficoltà in alcune situazioni concrete, ma ciò avviene per molti principi giuridici, e per questo motivo esistono i tribunali e gli arbitri; è importante però avere un principio orientativo corretto, sebbene con qualche dilemma applicativo, anziché non avere alcun principio o avere altri principi (es. deterrenza o riabilitazione) che conducono a esiti completamente illogici e paradossali.

<sup>8</sup> Nella società libertaria prefigurata da Rothbard il diritto penale confluirebbe nel diritto basato sull'illecito civile, in cui la vittima intenta la causa contro l'aggressore in vista del risarcimento del danno. Lo stesso *crimine* come categoria

discrezione la sanzione per il reo, o condonarla completamente, o commutare un tipo di sanzione in un altro (per esempio la pena di morte in reclusione, o le percosse in un'ammenda in denaro, in tal caso in accordo con il reo)<sup>9</sup>. La vittima contraria alla pena di morte può esplicitare il tipo di pena alternativa per i suoi eventuali assassini attraverso una volontà testamentaria (per W. Block se tale volontà manca, la decisione spetta all'erede più prossimo della vittima).

Se la vittima non vuole in assoluto la condanna dell'aggressore (anche quando viene scoperto), questo non può essere sanzionato perché è come se il crimine (la violazione di un diritto) non ci fosse più. Ad esempio, se l'azione è il furto, è come se la vittima avesse volontariamente trasferito la somma di denaro al ladro; se l'azione è un omicidio (la vittima potrebbe essere un pacifista assoluto), è come se la vittima avesse acconsentito<sup>10</sup>.

Dunque la proporzionalità stabilisce il limite *massimo* della pena.

### Deterrenza

Le teorie della deterrenza assegnano alla sanzione la funzione di prevenire i delitti mediante la sua efficacia intimidatrice. Consistendo in una sofferenza, la minaccia di essa dovrebbe scoraggiare i proclivi a delinquere dal commettere azioni criminose (Platone, J. Bentham, G.D. Romagnosi, C. Beccaria<sup>11</sup>, P.J.A. Feuerbach<sup>12</sup>).

È un'impostazione di taglio utilitaristico o consequenzialistico: l'obiettivo più importante è ridurre il più possibile il danno sofferto dalla società, dunque la pena diventa uno strumento di difesa sociale<sup>13</sup>, in funzione del ben noto obiettivo del *benessere* della società<sup>14</sup>.

Tale finalità è definita *prevenzione generale* quando opera nei confronti di tutti i consociati indistintamente; e *prevenzione speciale* quando è riferita al singolo reo, che sarà scoraggiato dal violare nuovamente la legge. La dottrina è incentrata soprattutto sulla funzione generalpreventiva.

La teoria della *difesa sociale*, a volte considerata una teoria della pena distinta, può essere incorporata all'interno della deterrenza, in quanto il suo argomento è che attraverso la sanzione si garantisce la coesistenza sociale contro le spinte disgregatrici della devianza.

L'appunto di natura logica rivolto al criterio della deterrenza si basa sulla considerazione che, se l'obiettivo è quello di scoraggiare il crimine, bisognerebbe applicare pene più afflittive per i crimini più diffusi e pene più blande per i crimini più rari. Per cui il piccolo furto dovrebbe essere sanzionato più duramente dell'omicidio; ma ciò si scontra con i più elementari principi di giustizia.

---

scomparirebbe, essendo una nozione tipicamente statalista e collettivista, che ha origine dall'idea di un danno provocato non a una persona specifica, ma soprattutto alla personalità dello Stato (e in passato del sovrano).

<sup>9</sup> Oggi invece gli Stati sanzionano la maggior parte dei reati con la reclusione, che, oltretutto, implica un onere per i contribuenti (e quindi anche per la vittima).

<sup>10</sup> Alla libertà della vittima di procedere o meno è stata rivolta l'obiezione della possibile intimidazione da parte del criminale al fine di imporre la riduzione o il condono. Tuttavia anche nei sistemi contemporanei con (teorica) obbligatorietà dell'azione penale tale rischio esiste ed è reato come lo sarebbe nel contesto basato sulla libera istanza della vittima. Secondo W. Block questa obiezione può essere fronteggiata attraverso accordi contrattuali limitativi fra la vittima e l'agenzia di protezione, in base ai quali sarà l'agenzia a stabilire la punizione, in modo che la vittima non possa essere minacciata.

<sup>11</sup> «Il fine della pena non è altro di impedire al reo di fare nuovi danni e rimuovere gli altri dal farne uguali». C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Einaudi, Torino, 1965, p. 31.

<sup>12</sup> P.J.A. Feuerbach, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano* (1798), Giuffrè, Milano, 1972.

<sup>13</sup> Si può inserire all'interno dell'impostazione utilitaristica anche una particolare funzione della reclusione, quella inibitoria: la rimozione dalla società per impedire che i delinquenti danneggino gli altri, per proteggere la comunità dai soggetti pericolosi, seppure temporaneamente.

<sup>14</sup> Agli utilitaristi premeva evitare soprattutto che legislatori e giudici punissero ogni "peccato", limitando il diritto penale solo ai crimini che generavano danni conclamati alla società. Tale posizione deriva dal principio di separazione tra diritto e morale tipico dell'utilitarismo giuridico.

Oppure si potrebbe pubblicamente giustiziare un innocente (purché l'innocenza resti un segreto per l'opinione pubblica): se il solo scopo è scoraggiare, tale esecuzione eserciterebbe un effetto deterrente tanto quanto l'esecuzione del colpevole<sup>15</sup>. Le persone verrebbero trattate come mezzi (Kant, Hegel). Dunque la deterrenza, sebbene rappresenti un effetto ineliminabile della sanzione, non sembra una giustificazione indipendente di essa.

### Emenda

Le dottrine dell'emenda mirano al ravvedimento (etico-psicologico) del reo: è necessario migliorarlo, correggerlo (il Digesto, A. Roeder<sup>16</sup>). Hanno dunque un carattere pedagogico. La pena quindi deve avere un contenuto rieducativo. La rieducazione del soggetto avverrebbe con l'ausilio delle discipline psicologiche, psichiatriche e antropologiche. Il reo necessita di una guida che lo "risocializzi", lo renda un soggetto cooperante nella vita sociale.

Tale finalità viene definita specialpreventiva, in quanto è una finalità preventiva nei confronti del singolo reo, cercando di evitare che in futuro possa commettere reati; a differenza della finalità generalpreventiva (v. *supra*), che riguarda la deterrenza nei confronti di tutti.

Questa teoria, come tutte quelle umanitarie, è contraria anche alla crudeltà della pena; ad esempio, durante il medioevo si applicavano anche pene disumane come lo smembramento, la lapidazione, l'impalamento o il rogo. La pena non solo non deve essere degradante e inumana, ma deve essere scontata con specifiche modalità. Esempi di modalità di espiazione della pena che realizzano tale criterio, puntando sul reinserimento sociale del condannato: misure alternative alla detenzione (affidamento in prova ai servizi sociali, detenzione domiciliare, semilibertà, permessi premio, libertà anticipata); le pene sostitutive della pena detentiva breve (semidetenzione, libertà controllata, pena pecuniaria); sospensione delle condanne in cambio di azioni dal valore "sociale"<sup>17</sup>; lettura di libri specifici<sup>18</sup>.

Critiche: 1) non tutti i reati configurano la necessità della rieducazione; ad esempio non quelli colposi, e non le contravvenzioni minime. 2) La flessibilità nella durata e nella configurazione della pena entra in tensione con il principio di certezza del diritto. Ogni sentenza resterebbe indeterminata, perché il criminale subirebbe la pena fino a quando non si è redento; inoltre si affiderebbe un elevato potere agli psicologi e agli psicoterapeuti. 3) Se le modalità di espiazione sono troppo generose viene meno l'effetto di deterrenza. 4) Il fine rieducativo è in conflitto col principio di autonomia personale: il condannato non viene trattato come un agente responsabile che autodetermina il corso delle proprie azioni ma come un soggetto le cui inclinazioni vanno modificate in modo paternalistico.

---

<sup>15</sup> Sebbene nessun consequenzialista affermi esplicitamente che sia opportuno punire un innocente per promuovere un bene maggiore, tuttavia molti giuristi (A.M. Dershowitz, U. Steinhoff, M.S. Moore) sostengono che sia lecito torturare un innocente se ciò è necessario per sventare minacce di eccezionale gravità.

<sup>16</sup> A. Roeder, *Commentatio de quaestione, an poena malum esse debeat*, 1839.

<sup>17</sup> Nel 2016 a Voghera un giudice ha sospeso la condanna per guida in stato di ebbrezza in cambio della pulizia del cimitero; un altro giudice in provincia di Torino in cambio della pulizia di alcune strade. A Milano un deejay colpevole di truffa ha patteggiato accettando di servire pasti agli anziani.

<sup>18</sup> Nel processo contro uno dei clienti delle ragazze adolescenti che si prostituivano nel quartiere Parioli a Roma (2016), il giudice Paola Di Nicola ha accompagnato la pena di due anni di reclusione con un risarcimento che, al posto dei 20.000 euro richiesti dalla parte civile, è stato stabilito nella lettura di libri e visione di film "sulla storia e il pensiero delle donne, di letteratura femminile e sugli studi di genere".

La teoria correzionalista ha punti di contatto con la dottrina espiativa, secondo la quale la pena dev'essere una sofferenza, in modo che il reo, attraverso la purificazione dello spirito, si rigeneri.

Piero Vernaglione