GENESI ED ETEROGENESI "MODERNE" DELLA MISURA E DELL'UNITÀ DI MISURA DELLE PENE. COMMENTO A *CARCERE E FABBRICA, QUARANT'ANNI DOPO*[*]

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche
in disCrimen dal 4.6.2020

Massimo Donini

SOMMARIO 1. Le tesi di fondo. Oltre Marx e Foucault, oltre Rusche e Kirchheimer: Evgenij Pašukanis. — 2. Due modelli di pena "detentiva", tra inclusione ed esclusione. — 3. Una riflessione post-hegeliana, e post-ottocentesca: la misura e l'unità di misura della pena, tra danno e offesa. — 4. La riparazione di offesa e danno quale base razionale del computo della pena come "equivalente" del reato. — 5. Il valore pubblicistico della riparazione e il significato della "parte sempre del Principe". — 6. Misura e unità di misura. Conclusioni *ex* art. 3, co. 1 e 2, e 27, co. 3, Cost.

Carcere enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet
(*Digesto*, 48.19.8)[1]

1. Le tesi di fondo. Oltre Marx e Foucault, oltre Rusche e Kirchheimer: Evgenij Pašukanis

Carcere e fabbrica di Dario Melossi e Massimo Pavarini (Bologna, Il Mulino, 1977, 2018[2])[2] impone al lettore, oggi come al tempo in cui uscì, di confrontarsi con i fondamenti del diritto penale del carcere, ricordandogli che questa istituzione *non è un prodotto del diritto naturale*.

La "ri-scoperta" è che il carcere è invenzione moderna (dal '500-'600 in poi),

[*] È il testo riveduto e ampliato della relazione svolta a Bologna, il 27 marzo 2019, per la presentazione della ristampa del libro.

[1] Per un utile approfondimento sull'uso del carcere e dei lavori forzati in età romana e antica, cfr. J. HILLNER, *Prison, Punishment and penance in late Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 119 ss., 135 ss. L'esergo giustinianeo è riportato anche da Rusche e Krichheimer a p. 123 del loro studio di seguito citato.

[2] *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, Il Mulino, 1977, ristampa 2018 (e di qui le citazioni) presenta due parti formalmente attribuite una a Dario MELOSSI (analisi europea e italiana) e l'altra a Massimo PAVARINI (analisi americana), con "Conclusioni" comuni. Nelle citazioni si tiene distinta la paternità formale, pur trattandosi di lavoro condiviso.

perché in età feudale esso era soprattutto preventivo, in vista dell'esecuzione o del processo, o garanzia del pagamento dei debiti, e la sua durata, anziché costituirsi come misura "della colpevolezza", era solo processuale, non esecutiva, né per grandi masse[3].

Le descrizioni possono essere rivoluzionarie, ma lo sono di più se si ha già in mente un'idea rivoluzionaria.

La base storico-ideologica era innanzitutto il capitolo 24 del libro primo del *Capitale* di Marx: una lettura ancora oggi travolgente. Prima che il capitalismo avesse diviso lavoro e mezzi di produzione, proprietà e lavoro, era necessario un peccato originale, una *accumulazione originaria*, la quale "non è altro che il processo storico di separazione del produttore dai mezzi di produzione. Essa appare "originaria" in quanto forma la preistoria del capitale e del corrispondente modo di produzione"[4]: affrancati dalla condizione di servi della gleba e poi dagli obblighi delle corporazioni (per apprendisti, garzoni etc.), questi uomini senza padrone[5], da poco liberati, ma privi di mezzi di produzione, si vendono a un nuovo *dominus*. "L'espropriazione dei produttori agricoli, dei contadini, e il loro allontanamento dalle terre costituisce la base dell'intero processo"[6]. *Carcere e fabbrica* aggiunge l'istituzione del carcere moderno ai *metodi violenti* dell'accumulazione originaria del capitale descritti straordinariamente

[3] Più di recente, peraltro, i significativi collegamenti tra società e carcere medievale anche nella sua funzione *punitiva* e non preventiva, sono stati per es. finemente approfonditi, con riferimento a varie esperienze della realtà italiana tardomedievale, nello studio di G. GELTNER, *The Medieval Prison. A social History*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2008, 44 ss., 74 ss. (anche in tr. it. *La prigione medievale*, Roma, Viella, 2012). L'assenza di un carcere punitivo in età feudale e altresì moderna meriterebbe di essere meglio vagliata soprattutto in relazione all'uso punitivo del carcere secondo la canonistica: cfr. in tal senso la ricerca di M. CAVINA, *Funzioni della pena basso-medievale*, in ID., *Ai confini del problema criminale. Saggi storico-giuridici*, Bologna, BUP, 2015, 50 ss., spec. 67 ss. (cit. da testo word del volume); nonché R. CANOSA, I. COLONNELLO, *Storia del carcere in Italia dalla fine del '500 all'Unità*, Roma, Sapere 2000, 27 ss.; e con riferimento all'evoluzione e alla pratica comunque afflittiva, se non punitiva, del carcere preventivo che emerge nelle *Pratiche* criminali del '500-'600, L. GARLATI, *Sepolti vivi. Il carcere a tempo delle pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *DPC, Riv. trim.*, n. 4/2017, 12 ss., e 23 ss. sull'uso punitivo del carcere canonico: funzione processuale del carcere civile, romanistico, funzione retributiva-punitiva-emendatrice del carcere canonico.

[4] K. MARX, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie* (1867 e ss.), tr. it. Roma, Newton Compton, (2006), 2010, 514 s. e *amplius* il cap. 24 (514-548).

[5] Una storia più recente di questo processo anche di criminalizzazione, meno ideologica ma di grande interesse, in B. GEREMEK, *Uomini senza padrone. Poveri e marginali tra Medioevo e età moderna*, Torino, Einaudi, 1992, 79 ss. e *passim*.

[6] K. MARX, *Das Kapital*, tr. it. cit., 516.

nel cap. 24 de *Il Capitale*[7]. La tesi era già in Rusche e Kirchheimer[8], ma ora viene approfondita in chiave marxista: il processo di carcerizzazione per utilità e secondo le categorie del mercantilismo e poi del capitalismo, viene visto come una tappa della formazione del proletariato, del processo che doveva condurre l'operaio a considerare come "leggi naturali" le nuove regole del capitalismo nascente. Questa operazione di smascheramento diventa progetto politico dello studio.

L'analisi, storico-comparata (europea e statunitense), fa vedere nel corso del tempo che lo sviluppo del carcere è in funzione di esigenze economico-sociali e non sempre, ma solo via via, luogo di prevalente esclusione; che tale istituto riflette un modello di società, che riproduce disuguaglianze, crea i proletari, ed è anzi luogo di "accumulazione originaria" del capitale; che fa nascere la criminologia come sapere distaccato dal normativo ma aderente a tipi d'autore "reali" il cui etichettamento segue il carcere e non lo precede: è criminale il detenuto, mentre chi non è detenuto non è criminale. La criminologia segue questo processo come base epistemica (*sic*) del proprio oggetto. Una tesi che Melossi e Pavarini condividono con Foucault[9], e li conduce perfino a delegittimarla come sapere borghese[10].

Mentre il carcere feudale è preventivo o per debiti, di carattere dunque processuale ma mai "misurato a tempo"[11], la pena fisica, sul corpo del colpevole, è esemplare,

[7] Esempi illustrati con prodigiosa capacità narrativa nel capitolo 24 da Marx, in relazione soprattutto (ma non solo) all'Inghilterra: espropriazione della popolazione rurale e suo allontanamento dalle terre, abbattimento violento di case di contadini e *cottages* di operai agricoli, legislazione sanguinaria contro gli espropriati, in particolare contro il vagabondaggio, lavoro coatto con imposizione di un massimo, ma non di un minimo, per il salario, coalizione operaia come delitto grave ("mostruose leggi"), costruzione violenta del proletariato come classe, pratiche coloniali del furto di schiavi poi seguito in Europa dal "furto di bambini", conversione in capitale europeo di furti, saccheggi, rapine, scotennamenti, assassini in aree coloniali, nascita del debito pubblico come leva potente dell'accumulazione originaria, evoluzione del sistema tributario quale strumento per mantenere il debito pubblico, etc.

[8] G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure* [1939], New York, 1968, tr. it. *Pena e struttura sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, 123 ss., 137 ss., 141 ss. La traduzione e l'edizione italiana furono curate come noto da Melossi e Pavarini.

[9] M. PAVARINI, *Il penitenziario come modello della società ideale*, in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 269 s.; D. MELOSSI, *Criminologia e marxismo: alle origini della questione penale nella società de "Il Capitale"*, in *La Quest. Crim.*, 1975, II, 319 ss.

[10] D. MELOSSI, *Criminologia e marxismo*, cit., 333: "quando il marxismo prende possesso di nuovi settori della "conoscenza", come ad esempio, la criminologia, esso distrugge la criminologia come tale…Così il problema della criminalità o della devianza (concetti borghesi che hanno la funzione di esprimere in modo ideologico, mistificato, un problema reale), diviene…un aspetto della questione della accumulazione originaria del capitale (concetto marxista scientifico)".

[11] Molto decisamente già G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, tr. it. cit. 123 ss. Su limiti di questa affermazione v. (per es.) i lavori di Geltner e Cavina cit. a nota 3 supra.

è una pena-vendetta che non può essere custodiale, ma *espiatio*, dovendo apparire tanto crudele e pubblica quanto utile a scongiurare la paura collettiva del contagio e della pena divina sulla comunità[12]; invece il carcere canonico-medievale, la pena ecclesiastica, è *penitentia*, terapeutico, *usque ad correctionem*, e dura quanto basta per il ravvedimento[13]. Nessuno spazio per il lavoro carcerario, ma per una sua funzione punitiva-emendatrice per gli ecclesiastici certo sì.

Il carcere moderno nasce invece (questa la tesi del libro) come "idea progressiva" col proletariato[14], con la fine del feudalesimo, la cacciata dei contadini dalle terre, l'urbanizzazione forzata. Espropriati, mendicanti e vagabondi invadono le città. Sono criminali naturali che danno luogo a un fenomeno penalistico internazionale.

La minaccia del carcere funziona come *deterritio* per queste masse urbanizzate o disperse e diventa presto mezzo di produzione, utilizzando il vagabondo e il brigante in forme di lavoro forzato. Leggi terroristiche imperversano in Inghilterra contro i vagabondi. Fino a metà del '500 ci sono la frusta, il bando e la pena capitale. Poi dalla *Poor Law* di Elisabetta in avanti, si sviluppa un sistema costrittivo che indurrà il povero o al lavoro o alla detenzione in case correzionali[15]. È così che nasce il carcere nel significato custodiale, via via generalizzato e applicato a determinate "classi".

Esso è coevo alla genesi del diritto penale moderno (*rectius*: dell'età moderna) dal '500-'600 in poi, tipico sapere e forse non scienza nella logica foucaultiana del sapere[16], e ancor più in quella marxiana del diritto. Le premesse marxiane-foucaultiane[17]

---

[12] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna in Inghilterra e nell'Europa continentale tra la seconda metà del Cinquecento e la prima metà dell'Ottocento,* in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, 59

[13] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna,* cit., 59-61. V. peraltro i lavori di M. Cavina e L. Garlati cit. *supra*, nota 3.

[14] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 69 ss.

[15] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 70 ss.

[16] Sulle "epistemi" occulte di Foucault, paradigmi culturali inconsci che governano l'articolazione della conoscenza, e sottostanno alle diverse epoche: rinascimentale sino al '500, classica da Cartesio sino al '700, e poi "moderna", cfr. D. LELAND, *On Reading and Writing the World: Foucault's History of Thought*, in *Clio,* an interdisciplinary Journal of Literature, History and the Philosophy of History, IV, Indianapolis, 1975, 225 ss.

[17] Ma sono più le pagine del Foucault della *Storia della follia* a incidere sull'analisi storica che non quelle di *Sorvegliare e punire* (1975, tr. it. Torino, Einaudi, 1976), uscito quando *Carcere e fabbrica* era praticamente concluso, e comunque molto incentrato (come ricordava criticamente Melossi all'epoca) sulla sola esperienza francese: cfr. proprio D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 141, nota 144. Lo stesso Foucault, del resto, fa nascere il carcere molto più avanti, a fine Settecento (M. FOUCAULT, *La société punitive. Cours au Collège de France 1972-1973*, Paris, Seuil/Gallimard, 2013, tr. it., *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, Milano, Feltrinelli, 2016, 2019, 76

e della Scuola di Francoforte, in particolare la lettura di Rusche-Kirchheimer (1939)[18], accompagnano la formazione degli Autori di *Carcere e fabbrica*[19]: l'impostazione marxiana, in particolare, vede nel diritto una ideologia e un ostacolo alla comprensione della realtà, e sostiene la narrazione, insieme a Foucault[20].

È centrale l'analisi storica europea (parte prima) e più tardi americana (parte seconda) del carcere. L'ossessione per i vagabondi è restituita nelle pagine di Thomas More e di Karl Marx[21]. La descrizione dell'urbanizzazione forzata, la cacciata dalle terre, i fenomeni di vagabondaggio, di povertà, furti, brigantaggio, accompagnano il formarsi del proletariato e quindi lo sviluppo delle case di correzione o *workhouses* inglesi[22] e poi delle *Rasp-huis* (case di lavoro) olandesi del Seicento[23], dove si attuavano processi continui di polverizzazione del legno con strumenti manuali e rudimentali, i

ss., 265 s.), con la sparizione dei supplizi e la fine del castigo-spettacolo, con pena di morte solo istantanea (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, tr. it. cit., 9 ss.). Anche le lezioni foucaultiane sulla società punitiva, che ora vengono ricordate nella *Introduzione* alla ristampa (pp. 25-27), e attestano la linea marxiana del comune sentire con i francofortesi e confortano la lettura compiuta da *Carcere e fabbrica*, saranno pubblicate solo più tardi (nel 2013, a parte un riassunto del corso del 1972-1973 uscito al tempo), anche se precedettero e accompagnarono la stesura di *Sorvegliare e punire*. Dettagliata ricostruzione in B. E. HARCOURT, *Nota del curatore*, in M. FOUCAULT, *La société punitive* (2013*),* tr. it., *La società punitiva,* cit., 284 ss., 313 s.

[18] G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure* [1939], tr. it. cit. Premesse ben differenti, come noto, pur originandosi la Scuola di Francoforte da influenze marxiste. Cfr. in rapporto alla questione criminale la *Introduzione all'edizione italiana* di MELOSSI, *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo di Rusche e Kirchheimer*, *ibidem*, 7 ss.

[19] Cfr. D. MELOSSI, *Criminologia e marxismo: alle origini della questione* penale, cit., 319 ss.; M. PAVARINI, *"Concentrazione" e "diffusione" del penitenziario. Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in *La Quest. Crim.*, 1978, 39 ss. (anche in *Appendice* al testo italiano di Rusche e Kirchheimer (*Op. cit.*, 341 ss.). Di Melossi si v. anche, successivamente, ma nel medesimo arco di "tempo culturale", D. MELOSSI, *Oltre il "Panopticon". Per uno studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo*, in *La Quest. Crim.*, 1980, 277 ss.

[20] D. MELOSSI, M. PAVARINI*, Carcere e fabbrica*, cit., 56 ss., 69 ss., 87 ss., 122 ss., 265 ss. V. anche la "Introduzione" di Melossi alla ristampa del volume, p. 25 ss. e sul punto quanto già osservato in M. DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, in *Il diritto penale messo in discussione. L'opera di Massimo Pavarini tra teoria ricerca empirica e impegno sociale*, a cura di L. STORTONI, D. BERTACCINI, Bologna, BUP, 2018, spec. 167 ss. (anche in *Studi sulla questione criminale*, n. 1-2/2017, 39-60, spec. 41 ss.).

[21] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 71 s.

[22] *Ivi*, 72 ss.

[23] *Ivi*, 75 ss. Per la casa di correzione (in tedesco *Zuchthaus*, più tardi inteso semplicemente come carcere) e la sua differenza dalla casa di lavoro (in tedesco *Arbeitshaus)*, in rapporto all'esperienza olandese, cfr. G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, tr. it. cit., 125 ss.: "il sistema carcerario moderno inteso come metodo per sfruttare forza lavoro…e per addestrare nuove riserve di lavoro, fu egualmente la conseguenza necessaria delle case di correzione" (*ivi*, 125).

cui "operai senza abilità" imparavano soprattutto una disciplina. Si criminalizza il rifiuto del lavoro da parte di questi soggetti pericolosi, privi ormai di padrone e di controllo, passando così dalla correzione al carcere. L'effetto generalpreventivo è chiaro: nel mercato "libero" si deve sapere che o si lavora alle condizioni date, proposte e imposte, quali esse siano, o si finisce sempre più costrittivamente in casa di lavoro o casa di correzione, oppure in carcere.

Tutto un codice di disciplina e comportamento viene in tal modo socialmente diffuso[24]. Disciplinarizzazione e ammaestramento contrassegnano così le porte girevoli tra fabbrica, casa di lavoro e carcere[25]. A questo proletariato non resta che una possibile resistenza *criminale*, prima che possa diventare, nel tempo, *politica*.

Nell'Europa dove si sperimentano tali forme di scambio tra libertà, forza lavoro e mano d'opera con diverse modalità di detenzione, la povertà non è più meritevole di *pietas* cristiana, è anzi un peccato: almeno nelle forme olandesi il protestantesimo e il calvinismo hanno introdotto il principio che la povertà è segno della lontananza da Dio, perché egli benedice con la ricchezza chi ne pratica i comandamenti[26]. Con la Riforma "povertà significa punizione"[27]. Il libro rilegge in senso molto oscurantista tutta la Riforma: concependo la stessa vita normale come un "carcere", essa avrebbe ispirato le ex colonie inglesi ai primi dell'Ottocento, e poi i coloni Quaccheri della Pennsylvania nel concepire il loro carcere cellulare. Al carcere doveva peraltro sostituirsi la pena capitale se il rifiuto non era del lavoro, ma della stessa autorità, così commettendosi un *crimen laesae maiestastis*[28].

Il *vero problema economico* è costituito dalla *scarsità della forza lavoro* nel Seicento e per buona parte del Settecento, *ovvero comunque dal costo di questa forza lavoro*. Il lavoro coatto in carcere produce *un livellamento verso il basso dei salari esterni*. Il processo di induzione al lavoro dei poveri mediante la minaccia della "casa-lavoro" si accentua nell'Inghilterra tra fine-Settecento e primi dell'Ottocento quando la rivoluzione industriale produce l'esigenza di impiegare in attività lavorative tutti i poveri che dal tempo della *Poor law* elisabettiana ricevevano un sussidio: due secoli più tardi, la

[24] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 82 s.

[25] *Ivi*, 84.

[26] *Ivi*, 90 s.

[27] *Ivi*, 90, citando FOUCAULT: cfr. *Histoire de la folie à l'âge classique* (1963, 1972), tr. it. *Storia della follia nell'età classica*, Milano, Rizzoli, 1990, 82. Dalla lettura di quest'opera dipende fortemente la ricostruzione dell'internamento dei poveri e del ricatto lavoro-libertà *vs*. detenzione.

[28] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna,* cit., 91-93. Pagine corrispondenti si trovano sempre nel cap. 24 del *Capitale* di Marx.

nuova *Poor Law* del 1834 renderà così sistematico il meccanismo deterrente e terroristico della *workhouse* come *house of terror*[29], "cioè la sostituzione di qualsiasi forma di assistenza fuori delle case di lavoro (*outdoor frelief*) con l'internamento e il lavoro obbligatorio in esse"[30]. Nessuno poteva voler entrare volontariamente in simili case di lavoro: per questo avrebbe accettato qualunque condizione lavorativa "libera" pur di non essere internato in caso di rifiuto. Come disse più tardi Disraeli, la riforma del 1834 annuncia al mondo che in Inghilterra la povertà è un delitto[31].

Seguendo l'analisi di Foucault[32], anche nei paesi cattolici il metodo sarà analogo: la ricostruzione della politica sociale francese, come parimenti quella inglese, portò alla classificazione dei poveri in poveri buoni e poveri cattivi. I primi accettano le condizioni offerte da un mercato sfruttatore. Gli altri meritano l'internamento. La reversibilità della casa di lavoro (poveri buoni) in casa di correzione (vagabondi e criminali) è ritenuta evidente: una differenza che secondo *Carcere e fabbrica* non c'era, perché alla fine erano la stessa cosa in quanto il vero delitto era la povertà[33] . Le statistiche riportate evidenziano del resto quanto centrale sia divenuta la prassi e l'istituzione della prigione per debiti[34].

La successiva trattazione descrive il progetto del *Panopticon* di Bentham[35] (c'era un capitolo intero sul punto in *Sorvegliare e punire* di Foucault[36]; e c'erano pagine importanti, ben note agli Autori, in Pietro Costa[37]), il *Capitale* di Marx (libro I, cap. V ss. e XXIV) sulla produzione del plusvalore[38], le peregrinazioni europee dell'illuminista John Howard, alla fine del Settecento, nelle carceri europee[39], dove emerge che agli albori delle Carte dei diritti della Rivoluzione francese nelle carceri il lavoro ormai era reputato inutile, risultando di fatto disfunzionale alla produzione

[29] *Ivi,* 101 s.

[30] *Ibidem*.

[31] *Ibidem*, 103.

[32] M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, cit., 88 ss.

[33] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 95.

[34] In Italia, dobbiamo ricordarlo, fu abolita solo nel 1877.

[35] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 105-109.

[36] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1993, 218 ss.

[37] P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Vol. I. Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974, 370 ss.

[38] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 109 ss.

[39] *Ivi*, 114 ss. Per una descrizione più ampia e istruttiva del fortunato libro di J. HOWARD, *The State of the Prisons* (1777) cfr. M. IGNATIEFF, *A Just Measure of Pain. The Penitentiarry in the Industrial Revolution (1750-1850*), 1978, tr. it., *Le origini del penitenziario*, Milano, Mondadori, 1982, 52 ss.

del capitale, che non tollerava imprese che beneficiassero di lavoro estraneo al libero mercato e che del resto risultava marginale rispetto alle varie possibilità produttive esterne. Passati l'illuminismo e la sua filantropia, riemerge il volto terroristico del carcere, mai in verità scomparso[40].

Tuttavia, dopo questa lunga cavalcata nella storia del nascente capitalismo, *il vero argomento dirimente (e più originale) del libro riguarda l'unità di misura del lavoro e della pena insieme*, ripresa anche nella seconda parte dello studio (v. *infra*, § 2).

Nelle pagine iniziali si riportava la tesi di Pašukanis[41], cioè che il delitto può considerarsi come una variante particolare dello scambio: la pena agisce come equivalente che pareggia il danno causato alla vittima[42]. È qui il passaggio dalla vendetta privata della vittima alla pena come equivalente. In questa nascita della retribuzione fondante la pena pubblica c'è l'origine del danno al quale equivale: *restitutio* e *emendatio* insieme. Si può ricordare che la tesi era già brillantemente esposta da Nietzsche sul rapporto tra colpa e debito (comunque "Schuld", in tedesco), ma non importa insistere adesso sulla storia delle idee[43]. Ritorna la citazione di Pašukanis più avanti: la privazione della libertà attua il principio della retribuzione equivalente[44].

È una equivalenza temporale, non di mera proporzione, si noti bene. Lo precisa molto bene Dario Melossi in una nota della sua introduzione all'opera di Rusche e

[40] Sulle origini della reclusione, per una analisi piuttosto in linea vista dal punto di vista della storia penale tedesca v. più di recente T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*[2] Heidelberg, Springer, 2011, tr. it. *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Padova, Cedam, 2013, 142 ss.; e già E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*[3], Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, 187 ss.

[41] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna*, cit., 58.

[42] Cfr. E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo* (orig. russo 1927) in STUCKA, PAŠUKANIS, VISINSKIJ, STROGOVIC, *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, 77 ss.

[43] Nietzsche l'aveva scritto nella seconda dissertazione della *Genealogia della morale* (1887), al par. 4: F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (1887), tr. it. *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano, Adelphi, 1989, 51 s.: "Ma come mai è venuta al mondo quell'altra «oscura faccenda», la coscienza della colpa, l'intera «cattiva coscienza»? – E con ciò torniamo ai nostri genealogisti della morale [omissis]. Questi nostri genealogisti della morale hanno mai sia pur lontanamente pensato che, per esempio, quel concetto fondamentale di «colpa» [Schuld, in tedesco. Ndr] ha la sua origine nel concetto molto materiale di «debito» [sempre Schuld, in tedesco. Ndr]? O che la pena come rivalsa si è sviluppata prescindendo assolutamente da ogni presupposto sulla libertà e non libertà del volere? Da dove ha derivato la sua forza questa antichissima idea, dalle radici profondissime che forse oggi non è più possibile estirpare, l'idea di un'equivalenza di danno e dolore? Io l'ho già svelato: nel rapporto contrattuale tra creditore e debitore, che è tanto antico quanto lo sono anche i «soggetti di diritto», e rimanda ancora una volta, da parte sua, alle forme fondamentali di compera, vendita, baratto e commercio".

[44] D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria moderna,* cit., 123 ss.

Kirchheimer[45]: prima del modo di produzione capitalistico, osserva Melossi commentando Pašukanis, sarebbe apparsa del tutto assurda e impossibile una correlazione tra reato e pena in termini temporali di durata della detenzione come scala di gravità. È infatti una unità di misura che va oltre il tradizionale criterio di proporzione; è una sua declinazione del tutto peculiare.

Questa *teoria* della proporzione (tempo/pena/carcere), perfezionatasi con l'illuminismo declinando tale principio in funzione limitatrice della pena, aveva alle spalle una *prassi* costruita sul valore delle merci: "il marchese Cesare Beccaria consegnò alla storia e alla letteratura quei principi che i rozzi mercanti di Amsterdam avevano inventato nella loro pratica circa un secolo e mezzo prima"[46].

Volendo approfondire il tema, andrebbe detto che Pašukanis era profondamente avvinto dalle astrazioni giuridiche, dal pensiero giuridico astratto dalla realtà, ma non quale necessaria sovrastruttura che ne deformerebbe ideologicamente la struttura economico-sociale: l'astrazione non solo giuridica, ma delle diverse discipline, accompagna e riflette aspetti 'reali' dei fenomeni teorizzati o conosciuti dai particolari punti di vista[47]. Storicamente, nell'evoluzione dalla vendetta di sangue alla legge del taglione, la serie infinita di vendette familiari si interrompe quando al sangue si aggiunge un riscatto in denaro. Egli ricorda la definizione aristotelica del delitto come *contratto*

[45] D. MELOSSI, *Introduzione all'edizione italiana* cit., in G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, tr. it. cit., 15 ss., nota 23.

[46] Così, con particolare ironia storica, D. MELOSSI, *Introduzione all'edizione italiana* cit., 15 e qui in nota (pp. 15-17) la replica alla più dura critica sul tema apparsa sulle pagine della rivista *La Questione criminale*: L. FERRAJOLI, D. ZOLO, *Marxismo e questione criminale*, in *La Quest. Crim.*, 1977, 97 ss., 101 ss. La proporzione era principio garantista del tutto tradizionale, e non inventato da nessun mercante olandese – la stessa legge del taglione nasce con questa funzione storica! – e dunque non poteva essere interpretata come principio borghese e antiproletario…Giusto, ovvio. Tuttavia, a parte questi eccessi ideologici affioranti, il vero tema introdotto dalla lettura di *Carcere e fabbrica* riguarda l'impensabilità antica e medievale di un uso sistematico e ordinario del carcere per *misurare sul tempo della libertà il "valore" della pena e il "disvalore" dell'offesa penale*. Innovazione che secondo la tesi del libro si origina dalla prassi mercantilista della fine del '500 e del '600, poi teorizzata nel '700 (già G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, tr. it. cit., 123 ss., 137 ss.), e divenuta infine logica capitalista. Già per Rusche e Kirchheimer era chiaro che "di tutte le motivazioni che contribuirono a rafforzare l'idea del carcere come pena, la più importante fu senz'altro quella del profitto": G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Op. cit.*, 133. È però solo con Pašukanis che questo tema viene collegato specificamente a quello del valore del tempo e della mercificazione del lavoratore. Ma *Carcere e fabbrica* ne fa un problema generale di "equivalenza" sanzionatoria e di *rilettura dello stesso fondamento della retribuzione* in chiave moderna (v. *infra* qui nel testo e di seguito anche il § 3).

[47] E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., 107 ss., 114 ss.

concluso contro volontà[48]*:* "la pena opera come equivalente che pareggia il danno arrecato alla vittima"[49]. Chi rifiuta il riscatto merita la vendetta, che ne costituisce l'equivalente. L'evoluzione della società condurrà poi a valorizzare l'elemento soggettivo e la colpevolezza quale criterio anche di commisurazione: una forma concettuale espressiva della retribuzione, anche se "la colpevolezza non è un concetto scientifico perché esso conduce direttamente alle contraddizioni dell'indeterminismo"[50]. Di fronte a un diritto penale non incentrato solo su reati costituiti dal danno a una parte lesa, ma anche da violazioni a pretese dello Stato e rappresentato da un pubblico accusatore[51], era allora necessario disporre di un *quantum* di libertà astrattamente predeterminato; era necessaria una unità di misura astratta: *il lavoro misurato dal tempo*[52].

È qui, come si è visto, che si aggancia il discorso di *Carcere e fabbrica*: la 'vera' misura della pena "moderna", quella che sostituisce le pene corporali pubbliche, che diventa "uguale" per i condannati, che si descrive in astratto in tutti i codici penali, è *il tempo di detenzione* davvero misurabile in termini sociali e di forza-lavoro, una sorta di ponte simbolico o reale tra il 'fuori' e il 'dentro'[53]. Naturalmente a Pašukanis questo nuovo parametro di "equivalenza" pareva assurdo: logico, benché rozzo, era determinare la pena sulla base del risarcimento del danno alla vittima; del tutto irrazionale invece era il parametro della libertà quantificabile a tempo: ma la contraddizione non era da ricercarsi nella "teoria", quanto nella realtà che essa rifletteva, nella struttura stessa della società, che faceva il pari con la contraddizione tra *valore del lavoro* e *valore delle merci*[54], così realizzando una mercificazione quantitativa del prestatore di lavoro.

Noi sappiamo che la misura della pena secondo scansioni temporali era centrale nella rappresentazione del Purgatorio, insieme al concetto di proporzionalità della pena, idea che dominò per secoli tra Medioevo ed età moderna[55]. Ma era una pena ultraterrena che affliggeva le anime ancora separate dai corpi, anche se molto afflittiva. È così che dal carcere canonico afflittivo dei corpi alla pena proporzionata e "a termine" (ma sull'anima più che sulla sola libertà) si trovano concrete *origini pratiche*

[48] E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto*, cit., 217.

[49] *Ibidem.*

[50] *Ivi*, 229.

[51] E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto*, cit., 226 ss.

[52] *Op. ult. cit.*, 230.

[53] Ancora M. PAVARINI, in D. MELOSSI, M. PAVARINI*, Carcere e fabbrica*, cit., 245.

[54] E. B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto*, cit., 231.

[55] Rappresentazione bellissima e istruttiva in J. LE GOFF, *La naissance du Purgatoire*, Paris, 1981, tr. it. *La nascita del Purgatorio*, Torino, Einaudi, 1982, spec. 236 ss., 256 ss., 328 ss.

da un lato, e concettuali dall'altro, diverse da quelle valorizzate in chiave economico-sociale da una lettura di ispirazione marxiana. Il nostro discorso, peraltro, non vuole essere una critica storica, ma soprattutto un recupero *teorico-giuridico* del problema dell'unità di misura, come subito vedremo.

2. Due modelli di pena "detentiva", tra inclusione ed esclusione

Il *trait d'union* tra la prima e la seconda parte del libro, oltre al tema dell'unità di misura per la pena carceraria, che viene ripreso conclusivamente[56], è probabilmente la presenza di *due modelli di pena detentiva*, solo a grandi linee rappresentati nell'area statunitense dal (a) sistema Filadelfia[57] (*solitary confinement*), e dal (b) sistema di Auburn[58] (*day association/night isolation*).

Il *sistema Filadelfia* segue il *Panopticon* di Bentham: osservazione permanente già nella costruzione architettonica del carcere, isolamento diurno e notturno, atemporalità dell'esistenza carceraria (un tempo solo "coscienziale"); e poi: regole per la disciplina del corpo adatte a una vita non associativa, minaccia di docce gelate, forche di ferro, bavagli di ferro, regole religiose per tutti come tecnica di soggezione, lavoro come premio per chi collabora.

Come lavoratore il carcerato del sistema Filadelfia è un operaio solo, totalmente soggetto individualmente e separatamente al datore, lavoratore a cottimo, non a giornata.

Il *sistema di Auburn* vede il lavoro carcerario al centro, come attività produttiva da sfruttare economicamente. La sua illusione produttivistica fallirà, ma suppone un isolamento solo notturno e una vita associata diurna dove il lavoro è obbligo. Regna peraltro uno stile militare di organizzazione irreggimentata. Obbligo di silenzio ininterrotto. Il carcerato è un automa disciplinato. Retorica punitiva di tipo corporale, frusta e isolamento.

In entrambi i modelli c'è comunque una dimensione "cellulare" (una cella per ogni detenuto), che rende la persona un "soggetto astratto", dalle emozioni e dalle sensazioni esterne: perfettamente adatto all'uso, a quella "forma morale della soggezione" che è l'unica risorsa rimastagli.

[56] M. PAVARINI, *Conclusioni*, in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 312 ss.
[57] *Ibidem*, 275-281 (ma anche 113 s.).
[58] *Ibidem*, 282-287.

Il rapporto fra misura del lavoro e pena è scandagliato in questa seconda parte del libro, con la penna di Pavarini, nell'esperienza statunitense[59].

Il sistema di *public account*, quello più vicino al modello Filadelfia, vede il carcere trasformarsi in impresa: esso acquista le materie prime, organizza il processo produttivo, vende i manufatti sul libero mercato a prezzi molto concorrenziali e dunque disfunzionali all'impresa privata concorrente. Ma può produrre manufatti compatibili solo con un lavoro arretrato: corde, scarpe, stivali, spazzole etc.[60] È un dipendente artigiano.

Nel *contract system*, invece, più consono al modello di Auburn, il detenuto è diretto dall'imprenditore-contraente, che paga allo Stato il prezzo della forza-lavoro impiegata, secondo un sistema di retribuzione a giornata[61]. L'impresa fornisce le materie prime, mentre utensili e macchine vengono predisposti dall'amministrazione. C'è lavoro in comune e c'è disciplina di fabbrica. Il carcere guadagna, lo sfruttamento del lavoratore è pesantissimo, ma è il modello che avrà più fortuna per la sua adattabilità a produzioni più industriali[62].

L'analisi si tinge anche qui di ideologia: si compie nella soggezione morale del detenuto la sua equiparazione al proletario, e con ciò il "progetto egemonico borghese": "il non-proprietario omogeneo al criminale – il criminale omogeneo al carcerato – il carcerato omogeneo al proletario"[63]. Anche qui le diverse forme di retribuzione svelano presto che quel salario non retribuisce una prestazione, che non è "libera", ma rappresenta una finzione motivante una mera "tecnica di correzione"[64].

I due modelli Filadelfia/Auburn riflettono in realtà anche se imperfettamente *l'altro scenario prospettico* che gli Autori hanno avuto di fronte dopo la lettura di Rusche e Kirchheimer, ma che ritorna ancora nelle pagine finali della postfazione del 2015 di Massimo Pavarini.

Dentro al carcere in generale convivono un sistema più escludente e isolante (tipo Filadelfia) *e un modello appena più inclusivo* (il silenzio di una vita comune diurna organizzata in lavoro del sistema Auburn): sono due tendenze immanenti in atto.

---

[59] M. PAVARINI, *L'era jacksoniana: sviluppo economico, marginalità e politica del controllo sociale*, in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 199 ss., 241 ss., ID., *Il penitenziario come modello della società ideale*, *ibidem*, 265 ss.

[60] M. PAVARINI, *L'era jacksoniana*, in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 243.

[61] *Ivi,* 244.

[62] *Op. ult. cit.*, 246 ss.

[63] *Ivi*, 289.

[64] *Ivi*, 241, citando Foucault.

Carcere e fabbrica riconosce, nelle prospettive che indica, la presenza di *un paradigma ancora inclusivo*[65]: per quanto capace di recludere per disciplinare, il carcere "correzionale" non mira alla pura esclusione, che resta sullo sfondo una possibilità latente o reale "parallela" per determinati tipi d'autore, ma estranea alla sua ideologia, di sfruttamento, controllo e disciplina.

Il lavoro, per quanto inutile, se non mira a un reinserimento, e si inquadra in un codice disciplinare, comunque costituisce un dialogo con la società nella prospettiva di un possibile ritorno.

Tuttavia, *la selezione di classe, di povertà e di emarginazione o di tipologia socio-economica dei detenuti, che solo chi non sia mai entrato in un carcere non percepisce, rende sempre "disuguale" la pena carceraria*: gli autori di reato che nei grandi numeri ne sono ospiti effettivi sconfessano il mito dell'eguaglianza fondato su «un'identica unità di misura per tutti», che non può essere uguale se tocca la libertà soprattutto in prevalenza di alcune tipologie sociali ed economiche.

Essa resta *una unità di misura* propria di quell'*uguaglianza formale "borghese*"[66], che la prospettiva già marxista, poi solidarista, dell'*uguaglianza sostanziale* disvela come *ideologica e mistificante*.

Nel lessico dei lavori più maturi successivi di Pavarini [67] prevarrà il modello escludente, di pura neutralizzazione, quello che realizza anche nel secondo '900 una sorta di "diritto di guerra e del nemico"[68]. Esso si avvicina al *Panopticon* di Bentham, che nella sua proposta iniziale prevedeva l'isolamento anche diurno, come nel sistema Filadelfia. Qui il lavoro anche se c'è non ha "senso", il tempo non esiste più come dato esistenziale e non deve essere misurato, perché occorre solo controllare e neutralizzare.

La stessa evoluzione del sistema carcerario, secondo la riflessione di Pavarini premessa alla ristampa, mira oggi al modello escludente: perché mentre il carcere in

[65] Così M. PAVARINI, *Postfazione. Capire la penalità*, in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 322.

[66] Ricordo che fino ai primi dell'Ottocento era accesa in Germania la discussione sull'esigenza di differenziare per ceto le sanzioni penali per fattispecie "uguali": di rilevante interesse S. KESPER-BIERMANN, *"Nothwendige Gleichheit der Strafen bey aller Verschiedenheit der Stände im Staat"? Ungleichheit im Kriminalrecht der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Geschichte und Gesellschaft*, 2009, 603 ss.

[67] Per tutti, M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena* (2014), n. 3/2013 di *Ius17@unibo.it*, 137 ss. ID., *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bologna, BUP, 2013, 67 ss.; ID., *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, Flacso, 2009, 173 ss.; ID., *La giustizia penale ostile: un'introduzione*, in *Studi sulla questione criminale. Nuova serie di 'Dei delitti e delle pene'*, 2007, 2, 2, 7 ss.

[68] *Op. loc. ult. cit.*

sé non ha capacità rieducativa, ogni forma risocializzante si realizza in modalità di decarcerizzazione[69]. La vera opzione è: o fuori, o esclusi.

Per quanto l'orizzonte della riflessione fosse ben diverso, nel 1939, già Rusche e Kirchheimer avevano prefigurato se non la medesima alternativa, comunque *il destino non risocializzante del carcere*[70].

Non possiamo dire, oggi, che la bipartizione dei modelli ora accennata sia estranea all'orizzonte dei fatti. Ma non è possibile accettare che la dimensione escludente sia un diritto del nemico. La descrizione fattuale, per quanto critica e dissacrante, va distinta da quella normativa.

In effetti, c'è una componente non trascurabile del popolo o del populismo giustizialista-vendicatore, che pensa sempre al carcere come luogo di sofferenza imposta per "fare giustizia" (pura, "assoluta" retribuzione) attraverso un male inflitto, vedendo il carcere in realtà come fu per lungo tempo e quasi sempre: cioè *l'erede delle pene corporali* per le condizioni disumane delle carceri.

Questa spinta reattivo-vendicativa spiega il processo di cognizione, ma contrasta con il paradigma normativo "astratto" (umano, inclusivo, finalistico-utilitaristico) della legislazione carceraria e del processo di esecuzione.

Ciò premesso, gli osservatori più avvertiti distinguono davvero *in modo dualistico* gli scenari futuri: la necessità del carcere per i *tipi d'autore più pericolosi* (criminalità organizzata, violenta etc.) in funzione anche neutralizzante ed eventualmente di recupero – una dimensione minoritaria rispetto alla popolazione attualmente detenuta – e *per tutti gli altri la soluzione extramuraria* delle più diverse misure alternative, almeno *in progress*.

Realismo triste, ma molto concreto.

Chi sostiene la necessità del mantenimento di carceri più allargate nei destinatari, ma non solo per questo più umane, dovrà assumersi finalmente la responsabilità di dire *che occorre costruirne di nuove*. Non c'è alternativa.

Sono peraltro *due diverse libertà* quella reclusa e quella esterna, sono *due distinte unità di misura*, che dalla genesi sette-ottocentesca dei codici costruiti sulla libertà perduta ci restituiscono una eterogenesi, una diversa genetica evolutiva: *la libertà perduta*

[69] M. PAVARINI, *Postfazione. Capire la penalità*, cit., 325-332. Ovviamente questa è una descrizione *fattuale*, ma *non normativa* dell'oggi, non dovendo il carcere, nelle letture del giurista, essere visto mai in modo programmatico come il luogo dell'esclusione, del diritto del nemico, cioè del non-diritto. Ma la prospettiva dualistica indicata nel testo sembra mettere in crisi la descrizione umanistica del 'nocciolo duro' del carcere più neutralizzante.

[70] Cfr. M. PAVARINI, *"Concentrazione" e "diffusione" del penitenziario*, cit., 341 ss.

e la libertà recuperata mettono in campo due modi diversi di subire o di agire la pena. Nasce qui l'esigenza di differenziare la misura della pena a seconda che coinvolga una libertà interna o esterna al carcere, perché sono due libertà e due pene diverse.

3. Una riflessione post-hegeliana, e post-ottocentesca: la misura e l'unità di misura della pena, tra danno e offesa

Il tema più originale di *Carcere e fabbrica* non è quello per il quale il saggio è divenuto famoso. Esso riguarda la misura della pena come equivalente del reato *in generale*. Quale equivalenza, quale unità di misura già in astratto. Le pagine finali del saggio riprendono questo problema perché la sua lettura diventi tesi conclusiva.

Per gli Autori, che come sappiamo seguono Pašukanis sul punto, la quantità e l'orario di lavoro possibile, anche se non coatto o compulsato, sono davvero una nuova episteme, quella che cercavano i filosofi e i penalisti dell'Ottocento per misurare in astratto le equivalenze tra pena e delitto e che qui si pensa di ricavare dalla realtà economica.

Anche Hegel, al § 101 della *Filosofia del diritto*, aveva criticato la pretesa che la retribuzione penale (*Vergeltung*) fosse matematica, convertendosi piuttosto in un giudizio di valore[71].

Scrive Hegel, infatti[72], che "la determinazione dell'uguaglianza ha introdotto una difficoltà capitale nella rappresentazione della retribuzione…non è possibile una determinazione assoluta…[ma]…soltanto una approssimazione che è perenne". Nessuna "uguaglianza specifica" (occhio per occhio, dente per dente) è praticabile, pervenendosi altrimenti a esiti assurdi. Lo dirà Bentham[73], lo dirà von Liszt[74], per non parlare di Bovio, il più straordinario critico della disuguaglianza epistemica delle pene rispetto ai reati, e della pena criminale come duplicazione immorale del male commesso[75]. Le pene sono dunque necessariamente "disuguali" rispetto ai delitti, ma "secondo il loro

[71] Il richiamo testuale a quel passo è in D. MELOSSI, *Creazione dell'istituzione carceraria*, in D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 123 s. e nota 184 a p. 143, e poi anche nelle "*Conclusioni*" comuni: D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, cit., 312-319.

[72] G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821], tr. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, (1913), 1979, 111.

[73] J. BENTHAM, *The Rationale of Punishment* [1825], London, Robert Heward, 1830, 65 ss.

[74] F. V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882, rist. 1905), tr. it. *La teoria dello scopo in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962, 39 s.

[75] G. BOVIO, *Saggio critico del diritto penale e del nuovo fondamento etico* [1872], Napoli, Ernesto Anfossi, 1883, 40 ss., 58 ss.

valore, la loro qualità universale di esser lesioni, esse sono cose comparabili", secondo Hegel. Importa piuttosto che la pena sia capace di "annullare" il delitto secondo un giudizio di valore, non che lo eguagli nel male.

Nell'*Enciclopedia* Hegel esprime di nuovo in modo esplicito questo concetto: "non è in nessun modo possibile decidere mediante il Concetto se il giusto consista in tre anni, dieci talleri, ecc., oppure soltanto in 2 anni a mezzo, 2 anni e tre quarti, 2 anni e quattro quinti, e così via all'infinito; e tuttavia è di grande importanza che ciò venga deciso"[76]. C'è quindi una componente di necessaria arbitrarietà nella misura della pena in concreto, mentre in astratto "non è possibile alcuna determinazione assoluta", ma "soltanto un'approssimazione, che è perenne"[77].

Il *senso pratico* di questo giudizio di valore e della sua irriducibilità a tariffe quantitative era chiarissimo anche in un passo del "*Diritto naturale*", opera giovanile, ma mai disattesa sul punto: "In questa sua determinazione, quindi, la pena è qualcosa in sé, autenticamente infinito e qualcosa di assoluto, che con ciò ha in se stesso il proprio rispetto e timore: la pena viene dalla libertà e anche nella sua coercizione rimane nella libertà. Se al contrario la pena è rappresentata come coazione (*Zwang*), è posta semplicemente come una determinatezza e come qualcosa di meramente finito, che non reca in sé nessuna razionalità e cade completamente sotto il concetto comune di una cosa determinata contrapposta ad un'altra o di una merce grazie alla quale si può comprare qualcos'altro, e cioè il crimine…Il codice è il listino prezzi"[78].

Ecco, allora, che, diversamente da quanto sembra credere *Carcere e fabbrica*, non era decisivo per Hegel il valore economico o quantitativo, ma il valore come giudizio valutativo e "ponderale" (politico) su diritti e interessi in bilanciamento tra illecito e pena. Non si doveva affatto giungere a un *listino prezzi*, e dunque a una "mercificazione".

Invece, secondo una lettura post-marxiana attraverso Pašukanis, l'unità di misura e di valore è divenuta in *Carcere e fabbrica* il lavoro misurato a tempo, il "valore" della forza-lavoro negli anni di detenzione come misura del "danno" cagionato alla

[76] G.F.W. HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriß*, dritte Ausgabe, 1830, tr. it., *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, Milano, Bompiani, 2000, 831, § 529. Cfr. anche sul tema M. REULECKE, *Gleichheit und Strafe im deutschen Naturrecht des 18. Und 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, Siebeck, 2007, 53 ss.

[77] G.F.W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., 111, § 101.

[78] G.W.F. HEGEL, *Über die neuzeitlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, 1802-1803, tr. it., *Le maniere scientifiche di trattare il diritto naturale*, a cura di C. SABBATINI, Milano, Bompiani, 2016, 318 s. § 168.

vittima o allo Stato. È questa una tesi singolare, che *mai compare nelle pagine o nei manuali dei penalisti, neppure come ipotesi storica*. L'opera non ha avuto commenti[79]. Il penalista difende la proporzione e la tassatività della pena misurata a tempo come pena "uguale". Ma un'analisi obiettiva lo sconfessa. Ed è un profilo che riguarda *la misura*, prima che la sua *unità di misura*[80].

Si può agevolmente ironizzare sull'eccesso argomentativo della mercificazione del lavoro e dunque dell'uomo quale base "credibile" di tutta la pena detentiva moderna. Ma non sulla disuguaglianza, la disumanizzazione e la strumentalizzazione che a vari livelli rimangono.

Già Pašukanis, come si è visto, ricordava che non c'era possibile equivalenza tra la misura temporale della libertà e i diversi danni cagionati con i vari reati. Era il discorso di tutti i critici della insensatezza epistemica della retribuzione. Perché oltre alla disomogeneità dei valori (che c'è anche in diritto civile, dove tutto è patrimonializzato ed *economicizzato*) nella pena a noi nota c'è sempre anche *un "eccesso" sanzionatorio rispetto al danno risarcibile*. Lo aveva espresso assai bene Foucault: "Il castigo non può dunque identificarsi [nella] e neppure commisurarsi alla riparazione del danno; nella punizione deve sempre aversi almeno una parte che è del principe" [81].

Il delitto qui viene estremisticamente visto come offesa sempre almeno *anche* al sovrano: tutti i reati sarebbero un po' crimenlese[82]. Nei reati di pericolo, tanto più se presunto, che sono gran numero oggi, dov'è la parte che non sia del Principe, ma della vittima che non c'è? *L'eccesso di prevenzione generale proprio della pena criminale rispetto alla sanzione civile* è il tema permanente della agognata "equivalenza di valore". Non c'è in questo eccesso un chiaro o conclusivo giudizio economico[83], anche

[79] Certo il tasso ideologico potrebbe oggi non trovare spazio in edizioni sottoposte a una peer review accademica. Alcuni limiti dell'analisi storica sono evidenti. Ciò è vero in parte anche per il libro di Rusche e Kirchheimer. Ma questa non mi pare una ragione sufficiente per il "bando" dalla discussione accademica. Proprio l'assenza (almeno apparente!) di ideologia dalla discussione accademica è ciò che la rende spesso così insipida.

[80] La misura è il *quantum* di pena o il *quomodo*, l'unità di misura è *il bene* sacrificato con la pena.

[81] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, tr. it. cit., 52.

[82] Sembra di risentire Giuseppe MAGGIORE, nel suo più esaltato contributo nazional-fascista: *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 155. L'idea che nella cornice di pena ci sia sempre *una parte che è del principe*, rispondente a esigenze di prevenzione generale o di vendetta o di riaffermazione del potere pubblico sui beni protetti, rende meno stravagante quel pensiero totalitario anche in regimi democratici.

[83] La prospettiva di *Carcere e fabbrica* rimane invece, a mio avviso, condizionata da una premessa marxista che così esplicitata e sviluppata non solo non era presente nello stesso Marx, ma forse neppure del tutto in Pašukanis. Per dirlo con le parole di Massimo PAVARINI, *In tema di economia politica della pena: i rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema capitalistico di*

perché *nessuno sa misurare la prevenzione generale*, e tutto ciò che supera una equivalenza di danno – la differenza tra danno (civile) e offesa (penale) – costituisce il vero 'nucleo' del tema politico e filosofico che l'Ottocento penalistico ha scandagliato, non solo in Kant e Hegel, ma poi in Bentham, in Bovio, in Nietzsche, via via sino a von Liszt[84].

Scandagliato senza risolverlo, certamente.

Il discorso dell'equivalenza resta peraltro inclusivo, se non è retributivo: quando l'applicazione della pena è finalistica, quell'equivalenza deve essere declinata *verso l'obiettivo* perseguito, e dunque non può essere solo castigo (retribuzione). Sennò resta ideologia mascherante una diversa realtà. E *se il fine è individualizzante*, può ancora includere (prevenzione speciale positiva).

Invece, se il meccanismo rimane solo retributivo, esso appare orientato soprattutto alla società, alla prevenzione generale positiva indirizzata a tutti, compreso il condannato, ogni volta che la misura della pena superi il danno o prescinda da un danno misurabile (una retribuzione individualizzante qui non esiste, è solo prevenzione generale positiva, mentre ancora più manipolabile e incerta è la retribuzione degli "stati soggettivi").

È così che *se si concepisce il carcere come luogo dell'esclusione e della neutralizzazione*, il suo modello è piuttosto quello della pena indeterminata o perpetua, non certo la pena "della libertà" e dell'autocoscienza vagheggiata dal giovane Hegel.

Di fronte a questo tema perenne e irrisolto, la riflessione attuale non ha raggiunto esiti soddisfacenti neppure in via approssimativa, ma solo stipulativa: ci si accorda nel ritenere "equivalenti" certe proporzioni in un determinato ordinamento. Una equivalenza dunque molto relativa al "codice della città": una convenzione relativistica e gestita in modo arbitrario. Infatti non si mette *davvero* in relazione la misura della pena e il suo metro col tipo di fine a cui è orientata e che ne condiziona applicazione ed entità. Questo aspetto ci conduce al *tema finale dell'unità di misura***.**

produzione, in *La Quest. Crim.*, n- 2-3/1976 (volume su "Carcere ed emarginazione sociale"), 267 s.: «La pena del carcere diviene così la pena per eccellenza nella società produttrice di merci; l'idea di retribuzione per equivalente trova nella pena del carcere la massima realizzazione, proprio in quanto la libertà impedita (temporalmente) è in grado di rappresentare la forma più semplice di "valore di scambio"».

[84] V. anche M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AA.VV., *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, a cura di M. AMISANO, M, CATERINI, Napoli, Esi, 2012, 49 ss. e quanto osservato in M. DONINI, *Per una concezione*, cit., 1175 ss., e nota 22.

4. La riparazione di offesa e danno quale base razionale del computo della pena come "equivalente" del reato

Chi scrive ritiene da tempo che solo il rapporto con il "danno" (civile e criminale) possa davvero *razionalizzare la pena*[85]: la sua misura e la sua unità di misura *insieme*. Poiché la pena nasce dal danno e ha senso che sia diversa in caso di assenza di danno o di danno risarcito, la possibilità di misurarla sconta dall'origine la necessità di questo "scomputo".

A differenza dell'unità di misura (libertà, lavoro, patrimonio, onore, "esistenza"), *la misura* solleva un particolare ma decisivo problema che potrebbe anche *teoricamente* prescindere dal fine della pena: vi sia una realtà di carcere escludente o di sanzioni alternative di tipo inclusivo, vi sia una concezione di tipo retributivo o finalistico, *in ogni caso* il mutamento della misura della pena *in conseguenza della riparazione* appare accettabile o logico.

Tuttavia il problema coinvolge da subito anche *il profilo dell'unità di misura*, che in realtà è diversamente coinvolto da prospettive finalistiche o assolute della sanzione.

Il discorso "riparativo" riguarda del resto anche il danno criminale, l'offesa, non il solo danno civile "da reato" quantificabile in valore economico. La *riparazione dell'offesa* (del bene protetto) è un elemento decisivo di commisurazione, ma riguarda anch'essa una condotta sopravvenuta, ed eventuale, non coercibile: delimita e circoscrive la cornice di pena che qualcuno poterebbe pensare immaginata e costruita (solo) per la retribuzione del passato. Come escludere tuttavia che il momento riparativo sia tenuto presente già *ex ante*, nelle comminatorie edittali di legge, nelle pene minacciate, nelle loro "equivalenze" astratte, quando *ex post*, in sede giudiziale, esso *deve* essere considerato?

[85] Razionalizzare non significa risolvere il problema, beninteso. Il diritto penale è lo strumento giuridico più irrazionale dell'ordinamento. La sua "razionalizzazione" potrebbe anche essere certo disumana, ma il quadro di valori nel quale si muove la prospettiva qui proposta, anche in adempimento di un obbligo di interpretazione conforme alla Costituzione, è sicuramente una forma di umanesimo penale. Rinvio per pregressi lavori sul tema a M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come un raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, Il Mulino, 2015, 135-151 (versione maggiore in *www.penalecontemporaneo.it Riv. trim.*, n. 2015, pp. 236-250); ID., *Il raddoppio del male*, in *Una città*, n. 212/2014, consultabile in https://www.unacitta.it/newsite/articolo.asp?id=93; ID., Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 579 ss., spec. 589 ss., 593 ss.

Se minaccio la pena X non posso riferirmi solo al danno e alla colpevolezza per il passato, quando devo sottrarre il valore Y del fatto sopravvenuto della riparazione.

Occorre infatti ricordare che la pena nasce e serve perché non basta o non può esserci la riparazione. *La retribuzione (il contrappasso e il castigo) è una possibile alternativa alla riparazione. E viceversa***.** Se la riparazione c'è, la pena può venir meno. Però la riparazione non è mai stata la sua "misura". La riparazione infatti non è il risarcimento del danno (civile) che ne costituisce una parte e sconta differenze di classe nelle possibilità concrete di esercizio. La riparazione dell'offesa (penale) è possibile anche all'indigente, al povero, e implica una diversa concezione e prassi della pena: *una pena agìta, non subìta*[86].

Sembra una pena 'altra', troppo diversa, eppure solo una pena agìta esplica funzione di rieducazione/risocializzazione: la pena subìta è un male che non entra in dialogo culturale con il condannato: non ha "contenuto cognitivo" e "valoriale", tantomeno pedagogico; *è una sofferenza "senza scopo"***.**

Una prospettiva davvero finalistica suppone peraltro *che il reato sia visto come offesa di un bene giuridico* perché *solo gli effetti della condotta si possono riparare*, non la disobbedienza e la violazione di norme; e richiede che la misura della riparazione dell'offesa, anche "per equivalente", costituisca la base per il computo della pena stessa: solo interessi oggettivi diversi dall'obbedienza consentono una oggettivazione del giudizio e della misura, e quindi una razionalizzazione differenziata del contenuto della pena agìta[87].

Ecco perché i *reati di pericolo*, che non abbiano una vittima (magari collettiva, o indeterminata, anziché individuale), sono stati a suo tempo (M. Gallo) censurati come sintomatici di un *giudizio sull'autore*, anziché sul fatto, *in particolare se il pericolo è presunto*[88]. L'evento di pericolo si può neutralizzare, assicurando che non si

[86] Su questa declinazione post-riparatoria della pena, che abbiamo prospettato nei lavori più sopra citati, v. L. EUSEBI, *"Gestire" il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena "ritorsione"*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., vol. I, spec. 223 ss., 235 ss.; G. DEMURO, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, cit., spec. 703 ss.; G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Milano, Wolters Kluwer, Cedam, 31 ss.; M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 252 ss., 273 ss. Per una riflessione che muove dal pensiero tradizionale della pena subìta, D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., vol. I, 20-24.

[87] L'idea del delitto riparato, dunque, ben più ampia della giustizia riparativa, suppone un diritto penale orientato all'offensività e al bene giuridico, non alla mera osservanza di regole.

[88] M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss.

ripeta (dato frequente nei reati economici o d'impresa), la condotta presunta pericolosa, invece, può essere solo "riparata" da prospettive orientate all'autore, al suo *personale ravvedimento*.

In ogni caso, con i maggiori limiti (già politici!) rappresentati dai reati "senza danno", la riparazione diventa *misura stessa della pena* e *non una sua alternativa*: il tempo riparatore entra in commisurazione.

Poiché anche i delitti irreparabili ammettono forme riparatorie *per equivalente* (mediazione, lavoro di pubblica utilità, messa alla prova etc.), oltre che risarcitorie, la premessa del discorso è che *una riparazione è sempre possibile*[89].

Forse non è sempre possibile il perdono[90], ma la riparazione sì.

Rispetto alla *misura in sé stessa* dobbiamo riconoscere che il quadro commisurativo appare comprensibile *nelle sue origini* solo immaginando la *pena di morte* quale "convitato di pietra", presenza immanente della penalità, perché è su quell'origine che il diritto penale ha cominciato a "ridursi" a carcere perpetuo e poi via via a riparametrare le altre cornici.

Risorge qui, mai risolto, il tema dell'*unità di misura*: libertà?, lavoro? prestazioni alternative? Poiché anche *delitti oggi puniti con l'ergastolo* sono di fatto sanzionati (in Italia, altrove anche meno, in Europa) con pene detentive eseguite (e non tutte solo in carcere) intorno ai *vent'anni* (effetto di liberazione anticipata per gli autori meritevoli o che non demeritano), questa *possibilità* costituisce *la misura a discendere* dei reati meno gravi, secondo scalarità diminuenti che impongono la riscrittura più che della tavola dei valori, delle sue "equivalenze". Ma *è la diversa finalità della pena che ne condiziona anche l'unità di misura, cioè la tipologia, e la durata*: se devo uscire in esecuzione della pena la mia libertà, "finalizzata" e "agìta", ha un contenuto diverso dalla "libertà passiva e offesa" propria della pena "subìta"; ma lo ha perché ho dato ingresso

[89] Può essere interessante rileggere i dibattiti di fine-Ottocento sul reato come illecito irreparabile o riparabile. Per un'eco di teoria generale ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, Torino, Roma, F.lli Bocca ed., 1913, 421 ss. Istruttivo anche il profilo, ben presente in Rocco, del *danno indiretto e del pericolo indiretto*, del danno alla collettività diversamente pesato e derivante dalla conoscenza di trasgressioni volontarie o colpose, dagli effetti sociali non tipizzati ma considerati dal legislatore, dall'emulazione, dalla demoralizzazione, dalla delusione delle aspettative giuridiche (*Op. ult. cit.*, 387 ss., 391 ss.). È dentro a queste problematiche che si colloca quella "parte che è del Principe" della pena.

[90] Il perdono soggettivo è possibile sempre, quello del sistema conosce logiche diversissime. Cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, 871-936; L. EUSEBI, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1137 ss.

a *programmi finalistici*. Se poi il fine fosse anche riparatore, la stessa durata di questa pena agìta dovrebbe mutare ancora.

Invece, se l'esecuzione mira o appare destinata all'esclusione o alla neutralizzazione, la sua tipologia e durata si differenzierà dalle esecuzioni inclusive. Già ora è così per i *criteri di ragguaglio* con pene pecuniarie e sostitutive, e con le forme di riduzione sanzionatoria del diritto penitenziario, e ovviamente per le misure di sicurezza personali.

5. Il valore pubblicistico della riparazione e il significato della "parte sempre del Principe"

La riparazione non rende la pena *iure privatorum*, ma la orienta al danno e alla vittima *in chiave pubblicistica*.

C'è un dato decisivo al riguardo: la riparazione appare l'unico modo per *depotenziare l'irrazionalità della pena da eccessi di prevenzione generale, mai misurabile*, quella "parte sempre del Principe" di cui parlava Foucault: l'idea riparativa costringe il calcolo entro binari di realismo commisurativo aderente al *fatto* e al *post-fatto*. È un'unità di misura razionalizzante anche i reati di pericolo apparentemente senza danno, che devono scontare questa assenza nella loro cornice, ma restano "riparabili" da condotte di neutralizzazione diretta e indiretta del rischio, o per equivalente.

Il post-fatto può quindi *modificare il valore sanzionatorio* del fatto[91]. È pertanto prospettabile un modello del danno e dell'offesa riparati che orientino la commisurazione, dove la misura è oggettiva ("il danno fatto alla nazione" di Beccaria) e deve essere *in parte* già compresa nella pena edittale e *in parte* prevista in cornici riparatorie *ad hoc*[92], perché i criteri di commisurazione già oggi tengono conto della condotta successiva al reato, di risarcimenti, riparazioni e mediazioni penali.

Ciò significa che una componente importante della pena astratta non è collegata alla sola offesa cagionata (dato *fattuale*), ma anche all'offesa riparata (dato *in parte personologico*). Si pensi che il *ravvedimento operoso* (recesso attivo, art. 56, u.mo co.

[91] Non il valore o disvalore del fatto, ma quello sanzionatorio. Il *problema della recidiva*, in tale contesto, rimane insoluto. L'ideologia della recidiva è di punire di più l'autore: di punirlo "più dei fatti commessi" per un *surplus* di qualcosa (extrafattuale) che *non si accerta*. In tale prospettiva sorge un profilo di irragionevolezza o sanzionatoria o probatoria. Invece *il delitto riparato* può riguardare condotte extrafattuali, e sopravvenute, che tuttavia si accertano.

[92] Art. 62 n. 6 c.p., ipotesi riparatorie speciali (sono tantissime oggi) o più generali da introdurre.

c.p.) già oggi come *regola generale* consente nell'ordinamento italiano una diminuzione fino alla metà della pena prevista per il delitto tentato: la *metà di due terzi* della pena edittale.

Il delitto riparato non può che *discendere queste scale*.

Nella *responsabilità degli enti* la riparazione è già prefigurata come paradigma ampiamente sostitutivo della pena: è una pena agìta, non subìta, che conduce a una pena inferiore alla diminuente del tentativo[93]. E per le persone fisiche? Perché negarla? Perché non hanno le capacità economiche degli enti? Abbiamo dunque anche *una riparazione di classe* già riconosciuta *ex lege*?

Se la riparazione non c'è stata o non è possibile, *la pena* (soprattutto in presenza di un danno e *ceteris paribus*[94]) *è giustificata*, ma la riparazione resta *comunque* possibile *in forme vicarie* in fase esecutiva, *post sententiam*, aprendo la stessa esecuzione a livelli di pena compresi dal sistema come pena agìta. Valore equivalente, ma non di scambio, potenzialmente molto più risocializzante di ogni pena subìta.

Non è questo il momento per un discorso più analitico. Solo va osservato che il modello immaginato trova applicazione anche alle esecuzioni più lunghe, quelle degli esclusi[95]. È un paradigma che spezza o interrompe la divisione "astratta" dei sommersi e dei salvati, degli inclusi e dei nemici, affrancati ora da vincoli di presunte "leggi storiche" perché, come ci insegna anche questo libro, l'ideologia, semmai esistente o nascosta nelle pieghe di *ogni* pensiero sociale, politico, giuridico, riguarda l'intera società, di cui il carcere è un prodotto e non solo un epifenomeno. Se non si può dunque adattare una dottrina generale pensata nell'Ottocento alla realtà del Duemila e tantomeno al solo penitenziario[96], esistono certamente tipologie di autori dove la pericolosità soggettiva è debordante o dove la disuguaglianza di classe, o di provenienza, è

[93] Ampiamente il nostro Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., 590 ss.

[94] Cioè le condizioni di rispetto dei criteri di legittimazione sostanziale: offensività e *ultima ratio*.

[95] Cfr. G. BERTAGNA, A. CERETTI, C. MAZZUCATO, a cura di, *Il libro dell'incontro*, Milano, Il Saggiatore, 2015.

[96] Nel 1977 la situazione era ancora diversa. Alcune critiche a suo tempo espresse da L. FERRAJOLI, D. ZOLO, *Marxismo e questione criminale*, cit., 97 ss., 101 ss., muovevano da statistiche nazionali (circa 28 mila detenuti nel 1975, di cui il 60% in attesa di giudizio) che li autorizzavano a ritenere molto limitato il numero dei carcerati in esecuzione di sentenze definitive, e che la realtà del carcere (non del processo penale) fosse in forte regresso. Ma sappiamo che le cose sono andate molto diversamente in Italia e nel mondo: cfr. soltanto M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., cap. 1; e ora il *Report* del Consiglio d'Europa: M. F. AEBI, M. M. TIAGO (2020), *Prison Populations*. SPACE I - 2019 – *Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations*. Strasbourg: Council of Europe e le statistiche allegate al documento annesso alla relazione.

prevalente. La *misura* potrà dipendere dalla riparazione, ma *l'unità di misura* anche dal fine: e un fine inclusivo resta ancorato alla decarcerizzazione[97]. Invece, una necessità escludente indurrà a tempi e tipologie differenziate.

Ecco perché misura e unità di misura sono temi decisivi, centrali.

Solo la retribuzione classica appariva proporzionata "ai beni" e uguale per tutti: ma era una finzione astratta e formale. Infatti, in quel tempo quantificabile e uguale c'era una società di diversi che veniva ancora punita per ceto: l'art 3 cpv. Cost. irrompe davvero, oltre le radici marxiane del discorso di *Carcere e fabbrica*, nello scardinamento dell'uguaglianza formale.

Se poi appena si guarda al futuro e ai fini della pena, quelle dosimetrie si decompongono.

Il parametro di tutti i codici – la libertà misurata a tempo, ed enfatizzata oltre il danno e l'offesa nella "*parte sempre del Principe*" della cornice di pena (*supra*, § 1) –, ha così cessato di apparirci una unità di misura credibile: la libertà personale è *disuguale rispetto al valore dei beni protetti e al disvalore delle loro offese: una disuguaglianza epistemica* (*supra* § 3)[98]; è *disuguale rispetto alla realtà degli autori detenuti: una disuguaglianza sociale* (*supra* § 2)[99]; è disuguale rispetto all'eccesso sanzionatorio generalpreventivo, il suo *overkill*[100], la parte del Principe: *una disuguaglianza politica*; e per finire, è *disuguale rispetto alle modalità esecutive* di sottrazione della libertà il cui 'peso sanzionatorio' dipende dai programmi di scopo: *una disuguaglianza finalistica* (*supra* § 4)[101].

6. Misura e unità di misura. Conclusioni *ex* art. 3, co. 1 e 2, e 27, co. 3, Cost.

Si è detto che la misura è il *quantum* di pena o il *quomodo*, mentre l'unità di misura è *il bene* sacrificato con la pena.

[97] Che il carcere debba essere umano sempre non significa che sia inclusivo.

[98] Perché le grandezze sono eterogenee, troppo poco misurabili, ancor più se si volesse misurare *davvero* gli stati soggettivi e la colpevolezza. Un'episteme pseudoscientifica di cui dovremo render conto alla storia futura della penalità.

[99] Perché la libertà di alcuni autori è più sacrificata o a rischio di quella di altri, anche a parità di condotte e di eventi.

[100] Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda*, in ZIS, 10/2016, 654 ss.

[101] Perché sono la irreparabilità o la non riparazione a mettere in campo la pena (la perdita della libertà), mentre la riparazione, essendo una pena agìta e non subìta, va declinata diversamente in relazione a un fine non escludente.

La legislazione illuministica ha scelto la libertà quale bene fondamentale e principale bilanciato con tutti gli interessi e i valori protetti dal diritto penale. Questa l'unità di misura[102].

Sappiamo che la sua declinazione nasce dall'aver sostituito la pena di morte e le pene corporali (pur essendoci anche pene incorporali). La misura temporale del sacrificio della libertà non dipende oggi e ormai da più di un secolo, da criteri solo o soprattutto oggettivi, dalla gravità di offesa, ma anche dalla colpevolezza, e da altri parametri, extra e post-fattuali (condotta anteatta e sopravvenuta etc.) individualizzanti, tenuti presenti *dentro* alle cornici edittali e *dentro* a cornici *ad hoc*, ulteriori alla pena principale, come le tante ipotesi di riparazione.

È allora inevitabile che la misura della pena, la sua *durata* e le sue *modalità*, non siano *mai davvero indipendenti* dai *fini* della sua irrogazione (da parte del giudice) ed esecuzione (da parte di polizia penitenziaria, educatori etc.). Una dimensione punitiva di durata e a termine, con criteri plurimi di giudizio, è *necessariamente finalistica* perché dipende dal presente e dal futuro in cui si dimensiona[103]. Invece, quella retributiva classica non era a termine (pena di morte, morte civile e bando, triremi, o le pene cor-

[102] Pagine molto istruttive in T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, Pisa University Press, 2014, 21 ss.

[103] Sono immaginari carichi di millenni, non postilluministici: l'idea era molto chiara in Platone dal *Gorgia*, 476 c-479 c (la pena come bene per l'anima), al *Protagora*, 324 b (la pena guarda solo al futuro) e in *Le leggi*, 934 a (pur in presenza di aspetti anche retributivi nel complesso del "codice penale" che le *Leggi* contengono: cfr. T.J. SAUNDERS, *Plato's Penal Code*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 139 ss., 195 ss.; W. KNOCH, *Die Strafbestimmungen in Platon's Nomoi*, Wiesbaden, O. Harrassowitz, 1960, 26 ss.) fino all'uso *anche* (ma *non solo*) medicinale del carcere a tempo ne *Le leggi*, libri IX-XII (spec. 847b, 855b, 857b, 864 e, 880 a,b,c, 908 a,b, 909 a,b, 932 b,c; cfr. anche W. KNOCH, *Die Strafbestimmungen in Platon's Nomoi*, cit., 143 ss.), e qui le *tre tipologie di carceri* teorizzate da Platone: preventivo-custodiale, rieducativo, generalpreventivo-neutralizzante a vita. Tuttavia, per avvicinarci dal cielo greco dei concetti alle *prassi penitenziali* e all'*immaginario collettivo post-medievale*, la pena del Purgatorio, per es., era finalizzata al progresso dell'anima nel processo di purificazione (cfr. J. LE GOFF, *Op. cit.*, tr. it. 387 ss., 394 ss.). Quella dell'inferno era una retribuzione eterna senza scopo. Ecco che nell'universo dantesco, per es., coesistono *la pena retributiva* che non dialoga con l'anima, ma infligge solo un male ed è totalmente subìta, e *quella emendatrice* che è necessariamente una pena in qualche misura agìta, perché opera sull'anima e la riattiva spiritualmente. La detenzione-sofferenza e la detenzione che redime, gli esclusi e gli inclusi. Per gli esclusi c'è il contrappasso, ma non la proporzione. La proporzione ha una dimensione di equivalenza che guarda a uno scopo (cfr. ancora J. LE GOFF, *Op. cit.*, tr. it. 256-259) Sul rapporto retribuzione/riparazione (*rectius*: emenda) tra l'Inferno e il Purgatorio dantesco, cfr. P. FRARE, *La giustizia della "Commedia"*, in *Giustizia e letteratura*, vol. III, a cura di G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI, Milano, Vita e Pensiero, 2016, 172 ss. 180 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Giustizia retributiva e giustizia riparativa nella "Commedia" dantesca: una rilettura dei concetti di colpa, pena e beatitudine*, *ivi*, 201 ss., 211 ss.

porali, mutilazioni, frusta, tratti corda, gogna, berlina, bollo, lavori pubblici etc.), si immaginava "fissa" (o intensificata nel dolore), uguale e retrospettiva, e perciò anche se la pena aveva una "fine", misura e unità di misura non si distinguevano veramente[104].

La retribuzione appartiene, perciò, a *un'altra era nella storia della penalità*: ciò andrebbe capito *fino in fondo*, quando si volesse dire che non ne siamo ancora usciti del tutto o che è una logica immanente e inevitabile del castigo[105]. Ma questa presa di coscienza delegittima senza ritorno la pena essenzialmente *carceraria,* in verità esistente ma con altri teleologismi nell'età classica e moderna, e celebrata come "uguale" in quella (post)illuministica, *se intesa* quale *modello del giusto castigo*, perché il suo *contenuto* "retributivo" è solo afflizione senza scopo, senza una vera misura e senza futuro significante come una vecchia pena corporale, mentre tutto ciò che non lo è (retributivo senza scopo e senza futuro) non le appartiene veramente, inquadrandosi nella prospettiva della scarcerazione[106].

La pena carceraria resta invece, se riletta non in prospettiva fattuale[107], ma deontologica e normativa, sempre finalistica, ma essendo differenziata nei soggetti, nei parametri e nei programmi applicativi, spezza l'unità generalpreventiva e la proporzione della stessa pena edittale, svelando dal basso la fallacia del progetto illuministico della pena uguale. E una pena disuguale non può essere avvertita come giusta, salvo che rispetti il fine della differenziazione tra situazioni diverse *ex* art. 3, co. 1 e 2, e 27, co. 3, Cost.

Si schiude qui un intero programma politico che attende di essere pensato.

---

[104] Non è un caso che le discussioni maggiori sull'unità di misura e la sua idoneità proporzionale si siano avute nell'Ottocento e di fronte al dominio idealistico della pena retributiva la quale, essendo ormai divenuta di durata, doveva giustificare le sue dosimetrie: ma non aveva strumenti davvero credibili e flessibili di adattamento al molteplice dei tanti reati; e non è un caso che quelle dispute si siano via via attenuate quando al carcere si sono affiancate pene alternative la cui dimensione finalistica, e non retrospettiva, ha diversificato gli scopi e i contenuti della pena, prendendo atto delle diverse libertà in gioco, riempite di plurimi "programmi di scopo".

[105] Rinvio alla pagina della *Seconda dissertazione* della *Genealogia della morale* di Nietzsche, sopra riportata a nota 43.

[106] Il rapporto tra il carcere escludente e le misure inclusive di decarcerizzazione è colto assi bene nello schizzo *de lege ferenda* prospettato da R. BARTOLI, *Il carcere come* extrema ratio*: una proposta concreta*, in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, a cura di A. BERNARDI, M. VENTUROLI, Napoli, Jovene, 2028, 185 ss. (a questo volume si fa rinvio per vari altri contributi di Bernardi, Mannozzi, Pelissero, Della Bella etc.).

[107] Che resta, in fondo, la prospettiva di Melossi e Pavarini.