

Il sistema del “doppio binario”

SERENA GILIBERTI

Dottoranda di ricerca in Scienze Penalistiche
nell'Università di Trieste

1 - RETRIBUZIONE E SANZIONE PENALE

La sanzione penale, così come concepita dalla Scuola positiva, trova il proprio presupposto nella “pericolosità sociale”, anziché in quella “responsabilità morale” che i pensatori classici ponevano a fondamento del diritto penale stesso¹.

La Scuola classica, all'interno della quale si sono sviluppate le cd. “teorie retributive”, considerava il reato quale scelta umana cosciente, volontaria e consapevole di violazione di una norma penale.

La pena, *malum passionis quod inflingitur ob malum actionis*, si autogiustificava in tale prospettiva quale retribuzione per il male compiuto. La stessa, dunque, per i fautori delle “teorie retributive” era concepita come valore ed assumeva una duplice funzione.

Essa si connotava sia quale “retribuzione morale”, sia quale “retribuzione giuridica”².

Nella prima accezione, la pena era vista quale esigenza radicata nella coscienza umana: male che segue il male, come kantiano imperativo categorico³; nella

1 A. PAGLIARO, *Sanzione*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, Treccani, p. 1.

2 P. NUVOLONE, *Pena*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 787-817; R. A. FROSALI, *Pena*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, Utet, 1960, pp. 816- 825.

3 B. PETROCELLI, *La funzione della pena*, in “*Rivista di Diritto Penitenziario*”, 1935, p. 1315.

seconda, essa era reazione dell'ordinamento alla violazione commessa dall'individuo e mezzo volto alla riaffermazione del diritto.

I principali esponenti della Scuola positiva⁴, le cui radici vanno ricercate nel positivismo metodologico della fine del XIX secolo, abbandonano la prospettiva classica fondata sul "libero arbitrio" illuminista, per affermare all'opposto, il principio del determinismo causale.

Questa nuova impostazione si riflette sulla concezione del reato che viene ad essere inteso come fatto umano individuale e non più come astratta entità giuridica. Lo stesso è espressione della pericolosità del delinquente essendo giustificato dalla struttura bio-psicologica del soggetto. Concetti quali "volontà colpevole", "responsabilità morale" ed "imputabilità" sono sostituiti da quello di "pericolosità sociale", da intendersi come mera probabilità che il soggetto sia spinto a compiere reati. La pena, allora, diviene risposta a tale spinta e non può più essere intesa come retribuzione.

Il criterio che ne scaturisce è quello del cd. "doppio binario", ovvero sia della differenziazione delle conseguenze che il fatto-reato comporta per il soggetto. Qualora quest'ultimo sia imputabile, infatti, dovrà essere lui irrogata una pena; nel caso in cui sia socialmente pericoloso, invece, allo stesso dovrà essere irrogata una misura di sicurezza.

Nei casi in cui sia imputabile e socialmente pericoloso, entrambe⁵.

Scopo precipuo di tutte le sanzioni penali è la difesa sociale, attuata attraverso la retribuzione, la prevenzione generale e speciale, nonché attraverso la correzione morale del soggetto. Queste funzioni sono diversamente modulate a seconda che la sanzione consista in una pena o in una misura di sicurezza.

La Scuola positiva relativizza, dunque, i concetti di retribuzione e correzione morale i quali mantengono dignità solamente in quanto mezzi idonei a ridurre la probabilità che il soggetto, reo d'aver già commesso un reato, si renda nel futuro colpevole di ulteriori fatti della medesima specie.

In altre parole, solo nella misura in cui la retribuzione e la correzione del soggetto siano utili a perseguire l'obiettivo della prevenzione speciale, le stesse sono rilevanti per l'ordinamento statale.

L'ordinamento statale non è un ordinamento etico. Qualora quest'ultimo venga violato, pertanto, il suo ripristino, da parte e ad opera dello Stato, è finalizzato al parallelo e conseguente ricomporsi dell'ordine sociale.

Il paradigma retributivo della Scuola classica viene ad essere rivisto in relazione alla funzione di prevenzione generale e speciale della pena dato che, come già efficacemente colto dagli antichi, "*poenia utitur contra delinquentes, ne quid posthac committant ipsi, coeteri vero sint ad delinquendum tardiores*".

Rispetto alla prevenzione generale, che si sostanzia nel distogliere i consociati dal compiere atti socialmente pericolosi, la retribuzione diviene limite alla se-

⁴ Tra gli altri: Lombroso, Ferri, Grispigni.

⁵ A. PAGLIARO, *op. cit.*

verità della sanzione penale e parametro per la sua applicazione. L'ordinamento, irrogando la sanzione, non può procurare un danno maggiore di quello che intende prevenire per mezzo della stessa. Ogni eccesso di sforzo intimidatorio, d'altra parte, rischia di conseguire risultati opposti, diminuendo la sensibilità pubblica⁶.

La pena deve avere come ulteriore scopo il distogliere il reo dall'apportare nuova offesa al consorzio civile e, in quest'ottica, la stessa deve essere idonea alla rieducazione morale del soggetto. Soltanto una pena proporzionata al fatto commesso può essere compresa e ritenuta giusta dal reo, permettendo l'*emendatio* dello stesso. In questo senso la funzione retributiva della pena mantiene un ruolo finalizzato alla "prevenzione speciale" dei reati. Se per i giuristi romani e la tradizione cattolica quest'ultima si sostanzialmente esauriva proprio nella rieducazione del reo, per i giuristi della Scuola positiva, la stessa può essere ottenuta anche attraverso un'opera di riadattamento del soggetto alla vita associata.

Rieducazione sociale e morale, dunque, sono le due vie da percorrere per la prevenzione speciale.

La Scuola positiva rapporta la pena non all'uomo *uti singulus* ed alla sua sfera etica, ma all'*homo socialis*, mirando ad attuare un percorso di ravvicinamento del delinquente alla comunità che ha offeso. La stessa, quindi, si giustifica e presenta quale stimolo a non ricadere nel male in futuro.

2 - PENE E MISURE DI SICUREZZA

L'istituto delle misure di sicurezza trova le sue radici già nel diritto romano che contemplava, tra le altre, la possibilità di custodia presso i parenti dell'infermo di mente e liberazione anticipata dei *non valentes* condannati alle miniere.

L'elaborazione e l'applicazione della teoria delle misure di sicurezza si deve, però, ai pensatori della Scuola positiva⁷. Questi, per primi, constatata l'insufficienza, quale deterrente al diffondersi della delinquenza, della "pena", così come intesa dalla Scuola classica che considerava l'imputabilità presupposto ineludibile della sanzione penale, compresero la necessità di introdurre nell'ordinamento trattamenti applicabili ai non imputabili ed ad alcune categorie di imputabili pericolosi⁸. Per la Scuola positiva le sanzioni dovevano non solo punire il delinquente, ma principalmente difendere gli altri consociati dallo stesso⁹.

6 A. B. BELLONI, *Pena*, in *Dizionario di criminologia*, a cura di E. FLORIAN, A. NICEFORO, N. PENDE, Milano, Vallardi, 1943, p. 745.

7 A. MARUCCI, *Misura di sicurezza (teoria)*, in *Dizionario di criminologia*, a cura di E. FLORIAN, A. NICEFORO, N. PENDE, I, Milano, Vallardi, 1943, p. 560; IDEM, *Sul concetto platonico della pena rilevato da Florian*, in "Quaderni di criminalia", a cura di A. CRISAFULLI, Torino, Fratelli Bocca, 1928, pp. 139-150.

8 N. PALOPOLI, *Il progetto Ferri fra la Scuola positiva e il moderno indirizzo criminale*, in "Scuola Positiva", 1925, pp. 13 ss; W. VALSECCHI, *Pene e provvedimenti di sicurezza*, ivi, 1920, pp. 203-235; P. NUVOLONE, *Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1957, p. 3 ss.

9 A. B. BELLONI, *op. cit.*, p. 655.

Tale impostazione nasceva dall'osservazione sociale. In particolare, il riferimento era all'esclusione della punibilità dei delinquenti non imputabili, ma solitamente maggiormente pericolosi, figlia del principio della responsabilità; al problema della criminalità adolescente, nonché all'organizzazione penitenziaria non efficiente¹⁰. Dal che si sviluppava nella Scuola positiva la consapevolezza dell'urgenza di un radicale cambiamento nel sistema¹¹.

La prima elaborazione compiuta di questa nuova concezione si deve al Progetto svizzero del Codice Penale Federale del 1893 ad opera di Stoss ove sono inserite misure quali l'internamento dei delinquenti abituali, l'educazione al lavoro dei pigri e ripugnanti al lavoro, il trattamento dei bevitori abituali, il ricovero dei prosciolti per infermità di mente, dei semi-responsabili pericolosi e dei minori. Tali provvedimenti erano concepiti come mezzo supplementare alla pena per assicurare la difesa sociale contro la criminalità.

A partire dal quel momento le misure di sicurezza sono entrate a far parte di tutte le leggi ed i progetti di riforma delle legislazioni dei diversi paesi, seppur con diverse connotazioni. Il codice norvegese del 1905 prevedeva misure per i minorati psichici; le leggi inglesi del 1908, quelle danesi del 1925 e quelle tedesche del 1933 ne introducevano altre per gli abituali e psicopatici; ma anche i codici russo del 1927, uruguayano del 1934, messicano del 1929 ed altri, recepirono l'innovazione figlia del pensiero positivo¹².

In Italia si rinvenivano *in nuce* istituti riconducibili alle "misure di sicurezza" già nei Codici preunitari, quali il Codice toscano e sardo, in cui erano previsti trattamenti specifici per i minorenni colpevoli d'aver commesso un fatto di reato.

Il Codice del 1889 prevedeva la possibilità di ordinare provvedimenti e misure di sicurezza per minori, infermi di mente e sordomuti. Per queste ultime due categorie di soggetti, tuttavia, era competente ad irrogare detti provvedimenti l'autorità amministrativa. Tale distribuzione della giurisdizione rispecchiava ancora un'impostazione rigidamente classica che confina le misure di sicurezza ad istituto puramente amministrativo del tutto estraneo all'ambito penale.

Soltanto con la redazione del Progetto Ferri del 1921, invero, si ha una compiuta ed organica disciplina delle teorie della Scuola positiva; anzi, si può ben dire che il Progetto ne rappresenta la più significativa applicazione.

Nella relazione al Progetto è riassunto efficacemente il pensiero della Scuola positiva in merito a cd. "doppio binario":

10 L. RADZINOWICZ, "Il problema delle misure di sicurezza e l'evoluzione moderna del diritto penale", in *Scritti in onore di Enrico Ferri*, Torino, Utet, 1929, p. 388.

11 C. PELUSO, *Misure di sicurezza*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 145 ss.; A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1930, II, pp. 1245 ss.; U. CONTI, *Ancora per il concetto di pena*, ivi, 1918, I, pp. 241 ss.; D. MILILLO, *Pene, misure di sicurezza nell'odierna fase evolutiva del diritto penale*, in "Quaderni di criminalia", a cura di A. CRISAFULLI, Torino, Fratelli Bocca, 1928, pp. 153-159.

12 A. MARUCCI, *op. cit.*

Il progetto elimina qualsiasi differenza tra le pene e quelle così dette misure di sicurezza, che negli ultimi anni furono disciplinate o in leggi speciali (contro i delinquenti abituali, pazzi, etc.), o nei più recenti progetti del Codice Penale. Evidentemente, come già fu sostenuto dalla dottrina positivista, esclusa ogni pretesa di retribuzione della colpa morale del delitto, le misure di sicurezza hanno la stessa funzione e natura delle pene. Ed anzi colla loro assimilazione al novero delle sanzioni repressive, non solo si toglie l'empirico ed illogico espediente di far scontare al delinquente pericoloso una quantità fissa di pena, per poi trattenerlo a tempo indeterminato per misura di sicurezza, ma si sottraggono poi le così dette misure di sicurezza all'arbitrio del potere amministrativo per sottoporle alle garanzie giurisdizionali come qualsiasi altra forma di sanzione¹³.

La parola "sanzione" si sostituisce, allora, a "pena" ed indica «tutti i mezzi che il magistero repressivo impiega contro il delinquente»¹⁴.

L'argomento principale usato dai positivisti per assimilare pene e misure di sicurezza è l'identità di funzione delle stesse. Per la Scuola positiva il punto da cui partire è la "difesa sociale"; pene e misure di sicurezza, pertanto, devono essere intese come un unico istituto volto a garantire la stessa in modo diretto (con misure volte a rendere inoffensivi i soggetti pericolosi) ed indiretto (con misure di previdenza ed assistenza)¹⁵. In tale senso la pena si deve ridurre a misura di sicurezza¹⁶.

L'ulteriore argomento usato dalla Scuola positiva per giustificare la mancanza di distinzione tra pene e misure di sicurezza consiste nella necessità di sottrarre queste ultime all'"arbitrio del potere amministrativo"¹⁷. Tale necessità sussiste, essendo non demandabile l'esame al giudice amministrativo della pericolosità del soggetto richiesto dalla legge penale¹⁸.

Il capitolo terzo del libro primo del progetto Ferri si occupa di enumerare i diversi tipi di sanzione¹⁹.

Prevede, in particolare, per i maggiorenni che si macchiano di delitti "comuni" le seguenti sanzioni in ordine decrescente di afflittività: la segregazione rigorosa perpetua, la segregazione rigorosa in uno stabilimento di reclusione, la segregazione semplice in casa di lavoro o colonia agricola, la prestazione obbligatoria di lavoro diurno, il confino, l'esilio locale e la multa²⁰.

13 E. FERRI, *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in "Scuola Positiva", Milano, Vallardi, 1929, p. 12.

14 E. BATTAGLINI, *L'indirizzo di politica criminale*, in "Rivista Penale", 1922, p. 218.

15 A. MARUCCI, *op. cit.*

16 E. FLORIAN, *Connessione tra pene e misure di sicurezza nella legislazione italiana attuale*, in "Scuola Positiva", 1931, pp. 433 ss.

17 E. FERRI, *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, cit., p. 85.

18 E. FLORIAN, *Il processo delle misure di sicurezza*, in "Scuola Positiva", 1934, p. 357.

19 G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, II, Torino, Utet, 1994.

20 G. NOVELLI, *L'esecuzione delle misure di sicurezza detentive*, in "Rivista di Diritto Penitenziario", 1931, p. 569; IDEM, *Il primo esperimento delle misure di sicurezza, in Italia*, ivi, 1937, p. 789.

Per i delitti polico-sociali, che nell'ottica positiva meritano un trattamento speciale e meno rigoroso stante i motivi non egoistici e rivolti all'interesse collettivo da cui prendono le mosse, le sanzioni previste sono: la detenzione rigorosa e semplice, l'esilio generale e la multa.

Le sanzioni previste per i maggiori di anni diciotto infermi di mente rei d'aver commesso delitti comuni sono: il manicomio criminale per i soggetti più pericolosi, la casa di custodia e la speciale colonia di lavoro per gli alcolizzati od intossicati cronici e per gli psico-neuropatici.

Quali sanzioni complementari, infine, sono previste l'interdizione dai pubblici uffici, la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte, la cauzione di buona condotta e la pubblicazione della sentenza.

Per i minori degli anni diciotto, invece, le sanzioni previste sono: la casa di custodia, la casa di lavoro o colonia agricola per minorenni, la Scuola professionale o di correzione o la nave scuola e la libertà vigilata. Le stesse devono essere adattate alla personalità dell'imputato od alle modalità del fatto ed devono avere carattere riparatorio o preventivo.

Tutte le sanzioni, nell'aspirazione dei Positivisti, sono volte a garantire l'emenda del reo essendo tale obiettivo precipuo rispetto all'afflizione dello stesso, strumentale solo alla rieducazione del soggetto.

La grande innovazione sta nel rapportare le sanzioni non all'entità giuridica del delitto, ma al diverso livello di pericolosità dei delinquenti.

Questo tipo di concezione giustifica che la più grave delle sanzioni contemplate dal Progetto sia la c.d. "segregazione rigorosa" che nelle intenzioni dei suoi ideatori, per quanto severa, doveva comunque prevedere per i condannati lavori "all'aria libera"²¹ quali la bonifica agraria delle terre malariche od incolte.

La Scuola positiva, dunque, respinge le idee di pena-castigo e di pena-espiazione ed ha il merito di aver compiutamente teorizzato un sistema di mezzi scientifici, in quanto basati sui risultati delle moderne discipline rivolte a comprendere la personalità del delinquente, finalizzati alla lotta alla delinquenza e ignoti alle altre scuole²².

21 G. NOVELLI, *op. loc. ult. cit.*

22 T. PADOVANI, *L'utopia punitiva, il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 1-39.