





# Quaderno di storia del penale e della giustizia

3 / 2021



## Il castigo

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito  
contemporaneo su giustizia,  
diritto di punire e pena



## Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

3 / 2021

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-800-7 (print)

ISBN 978-88-6056-801-4 (PDF)

© 2022 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

### *Comitato di Direzione*

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Monica Stronati

### *Consiglio scientifico*

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure, Paris, France), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (FernUniversität in Hagen, Deutschland)

### *Editing*

Francesca Martello

### *Indirizzo*

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: [riviste.unimc.it/index.php/qspg](http://riviste.unimc.it/index.php/qspg)

e-mail: [luigi.lacche@unimc.it](mailto:luigi.lacche@unimc.it)

### *Editore*

eum edizioni università di macerata  
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 - 62100 Macerata; tel. (39) 733 258 6080

web: [eum.unimc.it](http://eum.unimc.it)

e-mail: [info.ceum@unimc.it](mailto:info.ceum@unimc.it)

### *Progetto grafico e impaginazione*

Carla Moreschini

I saggi contenuti in ciascun numero del *Quaderno* sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

## Sommario

### *Il castigo*

Luigi Lacchè

- 7 I paradossi del castigo

#### **Passaggi**

Umberto Curi

- 19 Verso un nuovo paradigma

Adriano Prosperi

- 25 Non uccidere, tra fede e potere

Flavia Stara

- 37 L'umano che deve rimanere. Le sfide allo spazio-tempo del castigo

Alfredo Verde

- 53 Il castigo in una prospettiva psico(socio)criminologica

#### **Antropologie e Storie del diritto penale**

Grazia Mannozi

- 73 Il "castigo": dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto

Aglaia McClintock

- 99 *Ius, paricidas, necare*. Castigo e purificazione a Roma

Pierangelo Buongiorno

- 111 Precipizio e castigo. Forme, funzioni e mitologie delle *deiectiones e saxo* in Roma antica

Ettore Dezza

- 131 Le origini della legge penale nella *Summa de maleficiis* di Bonifacio Antelmi

- Michel Porret  
141 Il male del castigo: conservare ma limitare la pena di morte nell'età dei Lumi
- Floriana Colao  
159 Percorsi della pena castigo tra attualismo penale, umanesimo penale, giustizia fascista
- Loredana Garlati  
177 Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale
- Lessico e politica del penale**
- Roberto Cornelli  
201 Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale
- Domenico Pulitanò  
217 Problema castigo e principio responsabilità
- Roberto Bartoli  
231 Castigo: vendetta o giustizia? Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo
- Ombretta Di Giovine  
253 Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali e istinti emotivi
- Andrea Francesco Tripodi  
277 L'idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee in materia di *ne bis in idem*
- 293 Abstracts
- 303 Autori

Luigi Lacchè

I paradossi del castigo

### 1. *Il tema*

Il terzo *Quaderno*<sup>1</sup> del Laboratorio di storia del penale e della giustizia<sup>2</sup> pubblica i risultati del seminario 2021 dedicato a “Il castigo”. Come sempre il volume raccoglie sia le relazioni di apertura<sup>3</sup> presentate in occasione del Seminario (14-15 maggio 2021) sia i contributi elaborati, a seguito della discussione, da alcuni dei partecipanti<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Tutti i numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono pubblicati in *open access* e scaricabili dall'indirizzo <[riviste.unimc.it/index.php/qspg](http://riviste.unimc.it/index.php/qspg)> e dal sito web dell'editore <[eum.unimc.it](http://eum.unimc.it)>.

<sup>2</sup> Il Laboratorio è nato nel 2018 da una pluralità di esperienze di studio e di insegnamento legate alla storia del diritto e della giustizia penale nel solco della riflessione condotta da Mario Sbriccoli (1941-2005), a lungo docente nell'Università di Macerata. È promosso da Luigi Lacchè, Massimo Meccarelli, Paolo Marchetti, Monica Stronati, Ninfa Contigiani e vuole offrire un nuovo “spazio” di elaborazione, ricerca e discussione a cadenza annuale.

<sup>3</sup> Presentate da Umberto Curi (Università di Padova), Alfredo Verde (Università di Genova), Adriano Prosperi (Scuola Normale Superiore di Pisa), Flavia Stara (Università di Macerata).

<sup>4</sup> Al Seminario (che si è svolto in forma di *webinar*), oltre agli organizzatori, hanno partecipato Roberto Acquaroli (Università di Macerata), Roberto Bartoli (Università di Firenze), Pierangelo Buongiorno (Università di Macerata), Paolo Cappellini (Università di Firenze), Lina Caraceni (Università di Macerata), Giovanni Chiodi (Università di Milano Bicocca), Floriana Colao (Università di Siena), Roberto Cornelli (Università di Milano Bicocca), Ettore Dezza (Università di Pavia), Ombretta Di Giovine (Università di Foggia), Loredana Garlati (Università di Milano Bicocca), Fiorella Giusberti (Università di Bologna), Vincenzo Lavenia (Università di Bologna), Claudio Luzzati (Università di Milano Statale), Grazia Mannozi (Università dell'Insubria), Aglaia McClintock (Università del Sannio), Giuseppe Mecca (Università di Macerata), Marco Nicola Miletti (Università di Foggia), Emilia Musumeci (Università di Teramo), Paola Nicolini (Università di Macerata), Diego Nunes (Universidade Federal de Santa Catarina), Giacomo Pace Gravina (Università di Messina), Carlo Piergallini (Università di Macerata), Michel Porret (Université de Genève), Domenico Pulitanò (Università di Milano Bicocca), Carlo Sabbatini (Università di Macerata), Ricardo Sontag (Universidade Federal de Minas Gerais), Carlo Sotis (Università della Tuscia), Claudia Storti (Università Statale di Milano), Andrea Tassi (Università di Macerata), Andrea Tripodi (Università di Macerata), Massimo Vogliotti (Università del Piemonte Orientale), Andrea Zorzi (Università di Firenze).

Uno degli obiettivi del Laboratorio è quello di proseguire il “viaggio” nelle “parole (e nei sentimenti) del penale e della giustizia”, andando alla radice storica della loro concettualizzazione e attraversando la dimensione contemporanea. Se dunque il Laboratorio privilegia, almeno in partenza, il tema della “profondità” (anzitutto antropologica e filosofica) e della “distanza”, è allora chiaro il perché della scelta del lemma *castigo*, non scevro da ambivalenze, aporie e paradossi. Abbiamo inteso quindi interrogarci sulla complessità degli orizzonti di senso del castigo e della sua vasta costellazione concettuale. Abbiamo scelto come “attacco” la “parola-chiave” *castigo* (e non *pena*) perché, nello spirito del Laboratorio, vogliamo tornare a riflettere sulla sua densità semantica riallargando il campo visuale per avviare una riflessione interdisciplinare che sembra poter trarre spunto da alcune “evidenze” del dibattito e delle pratiche politiche a trazione “populista”.

Nel “diritto di punire”, i fini, le funzioni<sup>5</sup>, le forme, i limiti della pena restano al centro della riflessione dottrinale e delle politiche sul diritto e sulla giustizia. Si tratta, ovviamente, di temi cruciali e imprescindibili, che suscitano in ogni epoca e in ogni tornante storico idee, concetti e possibili “nuove” soluzioni<sup>6</sup>. Questa dimensione di *longue durée* non esime tuttavia dal tentativo di cogliere lo *Zeitgeist* e di ricollegare quindi la “struttura” ai “fenomeni” che oggi si lasciano intravedere. Se appare scontato il fatto che gli “specialisti del penale e della giustizia” offrano, oggi come ieri, il loro contributo alla riflessione e al dibattito “tecnico-giuridico”, non lo è forse l’attenzione – di matrice anzitutto filosofico-antropologica – per la “profondità” semantica del punire che sembra suscitare ancora nuovi stimoli e nuovi interrogativi<sup>7</sup>. «All’idea di castigo – le cui logiche si collocano tra le polarità della vendetta e della purificazione e, perciò, tra “mito” e “rito” – sono da ricollegare sia i “tipi di pena” storicamente dati, sia le “funzioni politico-criminali” associate all’uso della sanzione» (Mannozi).

<sup>5</sup> Sull’idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee v. il contributo di Andrea Tripodi. Tutti i riferimenti ad autori senza ulteriori indicazioni riguardano i saggi contenuti in questo volume.

<sup>6</sup> Paul Ricoeur ha osservato che «Un tormento costante per la filosofia morale, che finisce per coinvolgere anche il diritto e la giustizia penale, è senz’altro rappresentato dal diritto di punire» (*Il diritto di punire* (2001), in *Il diritto di punire. Testi di Paul Ricoeur*, a cura di L. Alici, Brescia, Morcelliana, 2012, p. 59).

<sup>7</sup> Ci si riferisce, per es. a G. Agamben, *Karman. Breve trattato sull’azione, la colpa e il gesto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017; la traduzione italiana di D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2018 (2017); U. Curi, *Il colore dell’inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019; M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, La nave di Teseo, 2019.

## 2. Radici e archetipi

Questo angolo visuale ci ricorda che ogni concezione originaria della pena nasce anzitutto da una prospettiva “cosmologica”. Il turbamento del *kósmos* è la violazione di un ordine originario che richiede, come osserva Umberto Curi, «un movimento uguale e contrario che ripristini l’ordine infranto». La nostra civiltà possiede come riferimenti, in buona sostanza, tre grandi “spazi” storico-concettuali: quello ebraico-cristiano; quello del *logos* greco; quello delle antropologie culturali. Si tratti di Adamo ed Eva nella Genesi (Stara)<sup>8</sup>; dei passi testamentari sull’“occhio per occhio”, dell’Iliade, della saga degli Atridi e della tragedia classica; o delle società “primitive”, i macro-temi della colpa e della punizione, del sacro, della sofferenza e della purificazione/redenzione alimentano le “narrazioni”.

L’origine mitico-religiosa del tema è confermata dalle parole che fanno ancora parte del nostro lessico. Pensiamo al greco *poinë*, riparare/compensare (quindi pagare in corrispettivo) ma allo stesso tempo, per addizione, punire/castigare; al *castus* di castigo come purificazione, togliere le macchie della colpa<sup>9</sup>; al supplizio (*sub-pleo*) come «riempire nuovamente», riportare «*ad integrum*» cioè che invece la colpa aveva “svuotato”» (Curi)<sup>10</sup>. «Le azioni malvage sono come un cancro che si diffonde nel corpo in un disordinato moltiplicarsi di cellule. Il castigo non solo ha il compito di ripristinare la salute del corpo cosmico e sociale ma anche di impedire le metastasi che procedono dal male» (McClintock). In tal senso la pena è punizione/castigo, sofferenza/cura<sup>11</sup>. Per il concetto di pena vale il principio dualistico del *phármakon*, al tempo stesso “medicina” o “veleno”. Molto dipende dall’applicazione e dalle dosi.

L’antichità romana è portatrice di una visione del riequilibrio cosmico affidata non tanto ad una divinità quanto allo *ius* inteso dall’età arcaica più come giustizia che come diritto. La stessa radice indo-europea avrebbe dato luogo nel mondo romano a un termine esclusivamente giuridico: *iūs* e nella cultura indo-iranica a un termine religioso: *yaoš* «purezza» (cit. da Mc Clintock). «In gioco c’è sempre il rischio della contaminazione, della perdita di purezza, che deve essere *castigata* nel senso di essere riportata al *castus* che la

<sup>8</sup> «C’è nell’episodio biblico tutta la tensione tra legge e violazione, colpa e punizione, secondo un sistema di valori e giudizi che dalle figurazioni religiose e mitiche arriva all’esperienza quotidiana. L’uomo, esposto dalla *hybris* a non sapersi tenere nella misura che è sua, nelle leggi che ne hanno stabilito l’identità psichica e sociale, nello spazio che si è conquistato con il suo sudore, non può sottrarsi alla bilancia del giudizio».

<sup>9</sup> «Chi si macchia della colpa è impuro, sporco, e deve essere ripulito attraverso una punizione, un castigo, che lo rinnovelli. Il castigo può allora definirsi come “purificazione”, “espiazione” e quindi come rinnovamento e rinascita» (Verde). Vedi anche Mannozi.

<sup>10</sup> Più ampiamente in Curi, *Il colore dell’inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, cit.

<sup>11</sup> «[...] la pena, che significa tanto il prezzo da pagare che una sofferenza di cui non possiamo darci ragione» (Agamben, *Karman*, cit., p. 17).

governa» (McClintock). La simbologia delle pene romane mira a preservare la collettività dalla contaminazione. Il mito di Tarpea – analizzato da Pierangelo Buongiorno – è l’archetipo di chi si macchia di tradimento e per questo deve essere punito con una pena simbolica e spettacolare come il getto dalla rupe. Nell’accentuare la dimensione politica dello “scacciamento” del reo, la *lex Iulia maiestatis* riserva la *deiectio* al traditore “nemico pubblico” che si è reso colpevole di azioni ostili contro l’autorità costituita (Buongiorno).

### 3. Storie del penale

La legge penale ha avuto origine da Dio – come ci ricorda Ettore Dezza analizzando le radici teologiche della *Summa* medievale di Bonifacio Antelmi – per “castigare” i delitti che rivelano la malvagità degli esseri umani. Il paradigma della pena assoluta – la pena di morte – studiato in profondità da Adriano Prospero ci mostra lo stridente contrasto nella tradizione cristiana tra le leggi mosaiche del Levitico e il comandamento biblico ed evangelico del «Non uccidere».

L’esperienza italiana della pratica del conforto dei condannati a morte ne rivela la parabola: da mezzo per partecipare alle sofferenze dei condannati «a una sempre più decisa forma di legittimazione della pena capitale» (Prospero). Nel tempo il rito della presenza e della condivisione «era stato confiscato e ristrutturato dai poteri vigenti, quello politico come quello religioso, in modo tale che i confortatori non furono più donne e uomini del popolo ma esponenti di un’élite sociale raccolti in corpi istituzionali potenti e privilegiati, dediti all’organizzazione della scenografia della pena capitale come grande spettacolo celebrativo della utilità e giustizia della pena a cui il condannato doveva collaborare a gloria del potere» (Prospero). Scopo del patibolo, dello «splendore dei supplizi» era celebrare un rito collettivo di espiazione, sofferenza e pentimento finalizzato ad affermare il monopolio statale del diritto di punire.

«Moderare» ma mantenere la pena di morte fu, dal XVIII secolo, il compromesso per coniugare economia punitiva e nuovi valori e sensibilità (Pomaret). D’altra parte, sino al rivoluzionario rescritto di papa Bergoglio del 2018, la pena capitale non aveva lasciato l’orizzonte bimillenario di un credo religioso che riposa sulla misericordia e sul perdono (Prospero).

Floriana Colao esamina il filone novecentesco che si è sviluppato soprattutto a partire dagli anni Venti e che chiama in causa l’attualismo penale. Il filosofo del diritto Giuseppe Maggiore vedeva nella «pena-castigo, retribuzione ed espiazione, il fulcro del diritto penale». «L’attualismo e l’umanesimo penale erano accomunati dal modellare la pena sulla nozione morale e religiosa del *castum agere*, del rendere il colpevole *castus*; il castigo era inteso come “spinta al bene, sofferenza attiva”, strumento di una giustizia “riparatrice”,

oggi declinata, nel contesto della crisi del diritto penale, nei termini della “riparativa”» (Colao). Il castigo “purificatore” poteva essere visto come mezzo di “redenzione” e di elevazione spirituale (Ugo Spirito).

La riflessione penalistica sui rapporti tra etica, diritto e politica trovò un’eco nei dibattiti in Assemblea Costituente. Loredana Garlati, dopo aver passato in rassegna le varie concezioni della pena, si propone di comprendere se il terzo comma dell’art. 27 rispecchi in particolare l’adesione ad una delle funzioni della pena o si riferisca piuttosto ad una pena poli o multifunzionale in grado di contemperare natura retributiva e principio di umanizzazione. «In altre parole – si chiede – l’art. 27, 3° comma è stato voluto (e perché) quale contemperamento tra intimidazione, retribuzione, prevenzione e rieducazione in una prospettiva pluridimensionale in cui la pena è inflitta *quia peccatum est ne peccetur?*». La ricostruzione di uno dei dibattiti più infuocati della Costituente consente di ripercorrere la lunga durata delle concezioni della pena e la difficoltà a cogliere la portata più innovativa di quella formulazione, voluta soprattutto da Basso e La Pira, che Giuseppe Bettiol ha giudicato come forse «“l’unico principio penale costituzionale davvero di rottura”, capace di temperare l’impostazione repressiva e general preventiva dell’intero codice» (Garlati).

#### 4. *Ci siamo sbarazzati del castigo?*

Il percorso repubblicano verso il “superamento” della pena (solo) castigo è stato, non a caso, tutt’altro che agevole. Sul tronco antico del retribuzionismo che postula la crisi di alcuni caratteri dell’indirizzo general-preventivo (tra cui l’intimidazione) e, tanto più, del fine “rieducativo” della pena, ha ripreso fiato, ad ondate, un’idea di “certezza della pena” che si allontana dal significato classico dell’illuminismo penale e del diritto penale liberale per avvicinarsi invece a quello di *castigo* inteso come inasprimento sanzionatorio, massima severità, istanza vendicativa<sup>12</sup> che vorrebbe orientare il sistema punitivo verso un uso “vero” del carcere in una logica di diritto penale massimo e di neutralizzazione del colpevole<sup>13</sup>.

La teoria di René Girard sul “capro espiatorio”, sul rito sacrificale e sul desiderio mimetico<sup>14</sup> ha posto il problema della “presenza” della violenza

<sup>12</sup> E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli, 2019, pp. 93-97.

<sup>13</sup> Ma sul carattere contraddittorio delle riforme v. F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2014, pp. 1693-1722.

<sup>14</sup> R. Girard, *La violenza e il sacro* (1972), Milano, Adelphi, 1992; Id., *Il capro espiatorio* (1982), Milano, Adelphi, 1987. Sulle fonti letterarie in particolare R. Girard, *Shakespeare. Il teatro*

sacrale – razionalizzata e resa sotto forma di “giustizia istituzionale” – nei sistemi penali contemporanei. In tal senso il diritto penale moderno non riuscirebbe a nascondere il tentativo di razionalizzare la vendetta attraverso la pena (Verde; Cornelli).

Il lungo e sofferto percorso di “allontanamento” e di de-sacralizzazione/razionalizzazione della pena continua a dover fare i conti sia con il binomio dostoevskijano di “delitto e castigo”<sup>15</sup> che evidenzia il tema del “bisogno” morale della punizione (Di Giovine) sia con i presupposti “vendicatori”, profondi, del punire.

La pena (e la sua funzione) è anzitutto un problema (Cornelli). È necessaria ma non è il fine ultimo. Ha “senso” – come osserva Domenico Pulitanò – proprio in quanto non sia riassorbita dalla sfera del castigo. L’esempio degli ex-terroristi fuggiti all’estero e condannati per delitti commessi un quarto di secolo fa è uno spunto di riflessione importante sul discrimine tra giustizia, principio di responsabilità e ritorno alla vendetta. «Quanto più forti la società e le istituzioni, tanto più spazio può essere dato al volto benevolo delle Eumenidi, per quanto concerne i problemi del penale, cioè del campo, dei modi e della misura del castigo. Ciò che è necessario salvaguardare, in modi che ben possono diversificarsi, è il principio responsabilità. Responsabilità – innanzi tutto – dell’osservanza, dei doveri, da parte di tutti, e responsabilità di alcuni per l’inosservanza» (Pulitanò). Roberto Bartoli rileva come «[...] attraverso il costituzionalismo [che] si è passati da un paradigma vendicatorio, sia esso pubblico oppure privato, illimitato, e quindi come tale ingiusto a un paradigma vendicatorio pubblico limitato e quindi legittimo». Il richiamo al diritto penale come “diritto”, appunto, limite, misura, proporzione, ragionevolezza e quindi, per quanto possibile, *extrema ratio*<sup>16</sup> si contrappone alla prospettiva

dell’invidia (1990), Milano, Adelphi, 1990; Id., *Dostoevskij dal doppio all’unità*, Milano, SE, 1987. Cfr. G. Mormino, *Giustizia e vendetta nel pensiero di René Girard*, «Rivista di storia della Filosofia», LXII, 3, 2007, pp. 483-505; M. Villa, *Il ruolo della vendetta mimetica in René Girard. Una lettura di antropologia filosofica*, in I. Pozzoni, L. Possati (a cura di), *Oltre Cartesio*, Gaeta, deComporre, 2014, pp. 183-195. Più ampiamente A. Carrara, *Violenza, sacro, rivelazione biblica. Il pensiero di René Girard*, Milano, Vita e Pensiero, 1986; A. Ceretti, *Dal sacrificio al giudizio. Da Girard a Chapman*, in A. Francia (a cura di), *Il capro espiatorio. Discipline a confronto*, Milano, Franco Angeli, 1995, pp. 56-78; S. Tomelleri, *René Girard. La matrice sociale della violenza*, Milano, Franco Angeli, 1996.

<sup>15</sup> «Nel mio racconto accenno anche all’idea che la pena giuridica con la quale si punisce il delitto spaventa molto meno il delinquente di quanto pensino i legislatori – poiché egli stesso moralmente la esige» (F. Dostoevskij, *Lettera a M. N. Katkov*, direttore del *Messaggero russo*, 1865, in *Polnoe Sobranie Sočinenij*, Leningrado 1972-88, vol. 28, II, p. 127, tr. it. F. Malcovati, in *Introduzione a Dostoevskij*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 58).

<sup>16</sup> Carlo Enrico Paliero ha osservato – in una ricostruzione estremamente articolata del problema – come questa clausola stia vivendo «Una fase, infine, (vertiginosamente) discendente» e in essa «non può non intravedersi – e siamo all’oggi – nei già nati e nascituri frutti legiferativi del sorgente ‘populismo penale’, già fomento di fattispecie geneticamente mutanti (dal ‘disastro ambientale’ all’omicidio stradale)’, manipolate *in vitro* per inseguire l’emotività contingente del *moral panic* dell’istante. Fattispecie geneticamente appunto aliene rispetto all’*extrema ratio*» (*Pragmatica e paradigmatica della*

di veder risorgere «istanze punitive e [di] misure repressive arcaiche e fondamentalmente antimoderne»<sup>17</sup>, col rischio di scambiare vendetta e giustizia<sup>18</sup>.

«Comunque stiano le cose: sia che al fondo del bisogno psicologico di pena continui a pulsare un irredimibile istinto sadico (Nietzsche); sia che militi un bisogno di coesione e di riaggregazione sociale (con i diversi accenti di cui si è detto, Durkheim e Mead); sia che operi un banale meccanismo confabulatorio che ci induce, attraverso la negazione, ad immaginare *un mondo più bello* di quello reale, resta il fatto che il bisogno di pena è ancora attuale. E non svanisce semplicemente stigmatizzandolo» (Di Giovine).

Porre quindi l'accento sul *castigare* significa doversi confrontare anche con un'idea di pena come punizione e *purificazione*, con chiari (arcaici) presupposti religiosi e sacrali<sup>19</sup>. «Nel momento in cui la pena in senso giuridico, pur esprimendosi concretamente come meccanismo di azione sociale, si carica impropriamente di una valenza sacrale, modellandosi sulla nozione morale e religiosa di castigo, essa smarrisce ogni riferimento all'originaria ambivalenza di significati, e perde inoltre ogni connotazione negativa, venendo a indicare esclusivamente lo strumento di realizzazione di una teodicea superiore, il mezzo efficace, attraverso il quale attuare una redenzione universale»<sup>20</sup>. Secondo Umberto Curi il diritto penale moderno vive un'aporia ineliminabile che nasce dall'idea di pena come *espiazione*, con una funzione assimilabile a quella purificatrice dell'ambito religioso. Per uscire dall'aporia il penale dovrebbe rinunciare al mito dell'espiazione e al suo carattere religioso ma si priverebbe, in questo modo, del principio sui cui fonda la propria originaria legittimità, cioè il rapporto proporzionale tra il reato e la pena. Il *castigo* ci "riporta" dunque verso la dimensione del sangue, del *mito* e del *sacro* e per certi versi alla «vecchia teologia della collera e della vendetta»<sup>21</sup>.

*clausola d'extrema ratio*», «Rivista di diritto e procedura penale», LXI, 3, 2018, p. 1453. Cfr. inoltre A. Gargani, *Il diritto penale quale "extrema ratio" tra post-modernità e utopia*, ivi, pp. 1488-151.

<sup>17</sup> D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, il Saggiatore, 2004, p. 60.

<sup>18</sup> F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, II, pp. 513-543.

<sup>19</sup> L'analisi recente più approfondita sull'"anima primitiva" della pena, sulla giustizia vendicatrice e sul rapporto tra archeologia e modernità si può leggere in C.E. Paliero, *Il sogno di Clitennestra. Mitologie della pena*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXI, 2, 2018, pp. 447-520.

<sup>20</sup> Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, cit., p. 109.

<sup>21</sup> Ricoeur, *Il diritto di punire* (1958), cit., p. 50. «In una società dai mille legami invisibili con i propri predecessori, il termine *castigo* è, dunque, solo uno dei molti retaggi cognitivi e linguistici di società antichissime e dimenticate; non certo l'unico, ma quello dai collegamenti con il passato forse solo più evidenti. Con il suo antico portato di vendetta e di espiazione, il castigo continua infatti, ancor oggi, ad essere il "convitato di pietra" del "banchetto" penale» (Mannozi).

Con forse un ulteriore paradosso: mentre lo spazio del *castigo* ha perduto centralità e *sensu* nell'ambito religioso, specialmente cattolico (peccato-colpa-castigo), ed è discusso in quello della pedagogia e dell'educazione<sup>22</sup> (Stara), sembra poterlo invece riacquistare, intanto a livello simbolico e comunicativo, in quello penale, ri-orientando gli stessi effetti general-preventivi (intimidazione; moralizzazione/educazione; orientamento sociale) e procedendo in direzione opposta a quella dell'umanizzazione della pena (in tutta la sua estensione concettuale e pragmatica) che ha sperimentato sulle frontiere della "giustizia riparativa" e della mediazione il tentativo di andare oltre la logica del *castigo*<sup>23</sup>. Densità antropologica, dunque, ma anche problema della costruzione/spiegazione *politico-ideologica* della pena<sup>24</sup>.

### 5. Verso un nuovo paradigma?

C'è una via di uscita dal "problema della pena" e dalla lunga durata del volto oscuro del castigo? Ci stiamo incamminando verso un «nuovo paradigma» (Curi)? L'orizzonte di riflessione e di esperienze<sup>25</sup> della *giustizia riparativa* – sempre più, come detto, oggetto di studio e di proposte normative<sup>26</sup> – è

<sup>22</sup> «La punizione è valutata positivamente, da educatori e psicopedagogisti, solo se presenta alcuni accorgimenti, cioè se strutturata e prospettata adeguatamente, se assegnata al momento opportuno e se fatta poi concretamente rispettare, promuovendo una consapevole modifica del comportamento che ha portato al castigo. Deve trattarsi, quindi, di una punizione "positiva", costruttiva, utile a stimolare le potenzialità del soggetto. Studi psicopedagogici sottolineano che le regole dovrebbero essere poche, sintetiche, contestualizzate e possibilmente formulate in forma positiva e non negativa» (Stara).

<sup>23</sup> Sull'ormai ampio dibattito italiano v., in particolare, G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2003; G. Mannozi, G. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015; L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2015; G. Mannozi, G. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017; il numero monografico di «Paradoxa», 4, 2017 a cura di U. Curi.

<sup>24</sup> In particolare M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, «Rivista Italiana di diritto e procedura penale», LVI, 3, 2013, pp. 1162-1218.

<sup>25</sup> La «[...] giustizia riparativa, rispetto ai tradizionali paradigmi del diritto penale, impone infatti la mobilitazione di una molteplicità di approcci complementari: dal giurista al religioso, dallo storico della filosofia al moralista, dal magistrato al filosofo del diritto» (Curi).

<sup>26</sup> «Per quanto riguarda la giustizia privata, è tale forma di giustizia che apre con più vigore alle alternative alla violenza rispetto a quella pubblica, non solo perché attribuisce rilevanza a comportamenti sanzionatori riparatori, ma anche perché addirittura supera la stessa componente sanzionatoria violenta. Ed infatti, anzitutto, nella giustizia privata le alternative alla violenza tendono ad essere la regola mentre l'esercizio della violenza costituisce l'eccezione. In secondo luogo, queste alternative possono assumere una consistenza diversa, potendo andare dalla riparazione fino a ciò che oggi chiameremmo giustizia riparativa, per cui l'esito della trattativa finisce per essere la riconciliazione, la composizione, l'incontro. Diversamente, nell'ambito della giustizia pubblica, non solo le alternative sono meno diffuse, ma non giungono mai a dare spazio ad una giustizia a due. Ed è proprio per questo che merita grandissimo interesse e attenzione la riforma c.d. Cartabia che prevede di inserire la giustizia riparativa all'interno del nostro sistema penale: si tratterebbe di una vera rivoluzione» (Bartoli).

evocato in molti dei contributi. «La giustizia riparativa apre a visioni inedite del reato: inteso come violazione non solo di una norma ma primariamente dei diritti delle persone, il reato reclama non necessariamente un castigo ma risposte orientate alla riparazione alle vittime, alla riconciliazione sociale, alla riaccoglienza del colpevole» (Mannozi). E «Osservate da vicino, – rileva Cornelli – le pratiche di giustizia riparativa – quelle che s’ispirano ai principi di una giustizia dialogica/relazionale più che le misure riparative imposte in sostituzione o in aggiunta alla pena/castigo – esprimono la tensione a una giustizia capace di guardare le persone al di là dei confini che le categorizzano, di considerare il conflitto – innanzitutto tra autore e vittima – implicato nelle violazioni dell’ordine legale come possibilità di risignificare le relazioni sociali e di assumere le istanze di non diritto come linfa per rafforzare su nuove basi l’ordine sociale». Ombretta Di Giovine individua e analizza le diverse posizioni della dottrina di fronte al problema del superamento del binomio delitto-castigo e all’irrompere della giustizia riparativa, mostrandone tutta la complessità<sup>27</sup>.

Come è stato giustamente osservato, «Con i paradossi e il lato cattivo del penale non possiamo non fare realisticamente i conti. Siamo ancora lontani dal farlo in modo ragionevole»<sup>28</sup>. Lo sappiamo: il lungo viaggio che ha portato a limitare e “razionalizzare” la dimensione di “vendetta”<sup>29</sup> insita nel *castigo* è lungi dall’essere concluso.

<sup>27</sup> «Per depotenziare il perdurante “bisogno di pena” che osta alla sostenibilità sociale di interventi volti a mitigare il volto del castigo, si dovrebbe quindi innanzitutto pensare ad una sorta di mediazione “al contrario” e “allargata”: così come la mediazione, che è il paradigma della *Restorative Justice*, presuppone e passa per l’avvicinamento del carnefice alla vittima, noi, la collettività, dovremmo essere spinti ad avvicinarci al reo, guardare le cose *dal di dentro*. Prima e senza questo passaggio, riforme legislative pure condivisibili e coraggiose difficilmente raccoglieranno il successo che meritano al di fuori di una ristretta cerchia di pensatori, ed è irrealistico pensare che il binomio delitto-castigo venga, se non rescisso (esito non ipotizzabile e forse nemmeno auspicabile), anche solo allentato» (Di Giovine).

<sup>28</sup> D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, «Rivista Italiana di diritto e procedura penale», LIX, 2, 2016, p. 669.

<sup>29</sup> «La storia del ‘penale’ può essere pensata come la storia di una lunga fuoruscita dalla vendetta. Chiave di lettura solo all’apparenza semplificatrice, se usata come prudente indicazione di metodo, la prospettiva della fuoruscita dalla vendetta (vendetta degli individui, delle società, degli Stati) è quella che meglio svela il tortuoso processo di incivilimento dei sistemi penali, dando senso alla loro ricostruzione storica e valorizzando, di quei sistemi, la funzione di difesa giuridica delle persone, dei beni, delle società» (M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, t. I, pp. 3-4).

