



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

e-mail: 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

e-mail: 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

Umberto Curi

Verso un nuovo paradigma¹

Nelle prime parole che ci siano pervenute della filosofia occidentale, vale a dire nel celebre frammento di Anassimandro, troviamo la formulazione del nesso fra *dike* e *adikia*, fra giustizia e ingiustizia, rappresentato nella forma della vicenda cosmica. In quanto rottura dell'unità originaria, la nascita degli enti particolari è vista come una ingiustizia che deve essere riparata. Per rimediare all'ingiustizia della nascita dovrà esservi un movimento uguale e contrario, capace di ripristinare l'unità infranta, l'ordine preesistente. E dunque, scrive Anassimandro, gli enti dovranno *didonai diken tes adikias* – rendere giustizia dell'ingiustizia.

Si riconosce nitidamente in questa rappresentazione della vicenda cosmica un presupposto tacito, destinato ad emergere nella forma della relazione colpa-pena. La nascita degli enti è una colpa che deve essere simmetricamente compensata dalla pena. Questa relazione deve essere proporzionale: all'entità della colpa deve corrispondere una pari proporzionale entità della pena.

Ma a conferma di quanto sia diffuso e radicato nel mondo arcaico il binomio colpa-pena si può citare un frammento di un altro grande filosofo. Eraclito scrive che il sole non oltrepasserà le misure che gli sono state assegnate, altrimenti le Erinni, che sono ministre della giustizia, lo afferreranno e lo riconduranno all'interno dei confini che gli sono assegnati.

Neppure il sole dunque può sfuggire alle ferree regole che impongono a ciascuno di restare nei propri limiti e confini. Quando si verifichi un violazione dell'armonia dell'ordine originario, è necessario che segua un movimento uguale e contrario che ripristini l'ordine infranto. Questa è la grande idea che è alla base della concezione retributiva della pena e che domina il mondo antico.

¹ Il testo riproduce lo schema della relazione pronunciata in occasione del Convegno sul castigo promosso da Luigi Lacchè. Per un approfondimento delle questioni qui semplicemente enunciate, e per ragguagli di carattere bibliografico, mi sia consentito rinviare ad altri miei scritti: G. Palombarini, U. Curi, *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002; U. Curi, *La pena fra diritto e giustizia*, in U. Curi, *Il farmaco della democrazia*, Milano, Christian Marinotti Editore, 2003, pp. 63-104; U. Curi, *I paradossi della pena*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», LVI, 3, 2013, pp. 1073-1086; U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino Bollati Boringhieri, 2017.

Ma un'idea analoga, fundamentalmente identica, si ritrova anche nell'altra componente della cultura occidentale, vale a dire in quella di derivazione ebraico-cristiana. Vi sono almeno tre luoghi del Primo Testamento che possono essere citati al riguardo. Il primo è contenuto nel libro dell'Esodo (21,23-25), dove si legge: «Ma se segue una disgrazia, allora pagherai vita per vita: occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido». Quasi identico è un passo del Levitico, destinato ad essere richiamato anche da Gesù nel Secondo Testamento: «Se uno farà una lesione al suo prossimo, si farà a lui come egli ha fatto all'altro: frattura per frattura, occhio per occhio, dente per dente; gli si farà la stessa lesione che egli ha fatta all'altro» (24,19-21). Infine, in procinto di morire, Mosè riunì gli Israeliti e comandò loro: «Il tuo occhio non avrà compassione: vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede» (Dt 19,21).

Sia pure indirettamente l'inflessibilità della relazione colpa-pena è alla base anche della vertenza giudiziaria imbastita da Giobbe. Egli chiama in giudizio Jahvè perché pretende che gli venga spiegato per quali motivi la regola fondamentale che è alla base della visione ebraica della giustizia – vale a dire che il buono sia ricompensato e il malvagio sia sanzionato – nel suo caso non sia stata rispettata.

Un'impostazione per molti aspetti simile può essere desunta anche dalla più antica legislazione scritta che ci sia pervenuta. Nell'ottava Tavola, comma 2, della cosiddetta Legge delle XII Tavole si può leggere: «*Si membrum rupsit, ni con eo pacit, talio esto*», dove è chiara la regola per la quale se una persona mutila un'altra e non raggiunge un accordo con essa, deve valere la legge del taglione. Si potrebbe anche aggiungere, sia pure per inciso, che la legge detta *talionis*, nella cultura romana, come peraltro anche in quella greca e in quella ebraica, è concepita come misura di civilizzazione, in quanto istituisce una relazione proporzionale, che scongiura dunque gli eccessi, e impedisce inoltre che la compensazione possa essere esercitata su altre persone, diverse da quelle che abbiano originariamente inflitto una mutilazione, o comunque che si siano rese responsabili di alcune colpe.

Insomma, sia nella componente greco-latina che in quella ebraico cristiana, troviamo confermata la grande idea della giusta retribuzione. A dispetto della sua rivendicazione di perfetta razionalità, il diritto penale moderno si fonda su un'idea che affonda le sue radici in una visione ai limiti della mitologia, in una concezione essenzialmente religiosa della realtà. Già il persistere di questa struttura logico-concettuale nel diritto penale mostra fino a che punto esso non si sia affatto definitivamente affrancato da presupposti di carattere mitologico-religioso.

La concezione retributiva della pena affonda dunque le sue radici in un contesto storico-concettuale remoto – non solo né soprattutto cronologicamente – dalla nostra contemporaneità, e si fonda inoltre su un presupposto razionalmente insostenibile, quale è la convinzione della funzione di annullamento della pena. Solo presupponendo infatti che la pena possa cancellare la colpa, solo dunque accogliendo acriticamente l'idea che la pena possa “compensare” – annullandole – le conseguenze indotte dalla colpa, solo per questa via è possibile considerare giustificata l'irrogazione di una pena.

Già le parole abitualmente impiegate, una volta ricondotte alla loro radice etimologica, possono confermare questa interpretazione. Se la pena è – come in greco – *poinë*, e cioè “contraccambio”, allora posso motivatamente far corrispondere alla colpa commessa una pena inflitta. O solo se evoco la nozione di *castigo*, perché quel *castus* a cui risale il castigo, allude alla necessità di “pulire”, “purificare” la macchia della colpa. O se infliggo un *supplizio*, è perché così *sub-pleo*, “riempio nuovamente”, riporto *ad integrum* ciò che invece la colpa avevo “svuotato”. Ma per quanto forte la carica di suggestione esercitata da queste “parole”, esse non possono cancellare l'aspetto fondamentale, e cioè che la pena non cancella affatto la colpa, ma al contrario aggiunge al dolore della colpa quello della pena. Incrementa dunque la quota complessiva di afflizione, senza poter affatto funzionare come “rimedio” alla lesione introdotta dalla colpa.

Aveva ragione Friederick Nietzsche quando affermava che l'origine della moderna nozione di pena va rintracciata all'interno della più antica relazione economica conosciuta, quella fra creditore e debitore. Nel caso del debitore insolvente, il creditore ottiene in cambio quello straordinario controgodimento che è costituito dal poter assistere alle sofferenze del debitore a cui vengano inflitte pene corporali. Non otterrà la restituzione di ciò che è stato dato in prestito, ma compenserà questa perdita con la soddisfazione della sua crudeltà.

O aveva ragione Paul Ricoeur, quando coglieva alla base della concezione retributiva della pena un residuo mitologico-religioso, nel senso che alla pena verrebbe abusivamente attribuita la capacità di “lavare” la colpa, reintegrando un ordine cosmico che la colpa avrebbe vulnerato. O forse si deve convenire con Renè Girard, il quale sostiene che il moderno diritto penale è proiettato ad occultare – senza peraltro riuscirvi – il ricorrente tentativo di razionalizzare la vendetta. Nessun fondamento autenticamente razionale può essere obiettivamente riconosciuto alla pena, la quale semmai evoca ciò che scriveva Simone Weil, affermando che «a causa dell'assenza di Dio, la mendicizia in senso lato e l'atto penale sono forse le cose più atroci di questo mondo».

Insomma, da qualunque prospettiva la si osservi, la concezione della pena come giusta retribuzione traballa da ogni parte, sembra essere indifendibile. Resta soprattutto un'idea di fondo – e cioè quella di far corrispondere al male il male, al male della colpa il male della pena, al dolore della colpa il dolore

della pena. Come se l'afflizione in quanto tale potesse rimediare a ciò che è indotto dalla colpa. Le aporie ad essa connesse evocano quanto scriveva Hegel «la teoria della pena è una delle materie che, nella scienza giuridica positiva dei tempi moderni, se la sono cavata peggio».

Al rilevamento di queste insormontabili difficoltà logiche e di contenuto si è talora risposto in maniera solo apparentemente semplicistica, sostenendo – come ha recentemente affermato un insigne giurista italiano – che «sì, la pena è una gran brutta cosa. Ma finora non siamo riusciti a trovare niente di meglio». A sostegno di questa impostazione (di per sé, molto meno banale di quanto si potrebbe a prima vista pensare), sono state portate numerose argomentazioni, indubbiamente non prive di ragionevolezza, anche se in definitiva non concludenti. Per “salvare” l'intrinseca razionalità della pena, e dunque la sua insostituibilità, si è sottolineata la funzione special preventiva o general preventiva che essa svolge, in quanto induca il colpevole a non reiterare il reato, o agisca come deterrente verso altri a non commetterlo. Si è anche evidenziato il fragile fondamento del paradigma abitualmente indicato come alternativo, rispetto a quello retributivo, facendo emergere alcune ineliminabili aporie insite nella concezione rieducativa della pena. Rafforzando con ciò la prospettiva che riconosce l'impossibilità di una giustificazione compiuta della pena, ma che al tempo stesso ne coglie realisticamente la concreta necessità nel contesto di società complesse ed evolute.

Nello scenario generale ora abbozzato, caratterizzato da una crisi diffusa del sistema penale, nasce la giustizia riparativa. All'origine della Restorative Justice troviamo essenzialmente tre fattori principali. Anzitutto, come già si è accennato, l'insoddisfazione per gli esiti della pena detentiva, legata alla scarsa effettività di quest'ultima nella riduzione della recidiva. In secondo luogo, la perdita di legittimazione delle sanzioni carcerarie, soprattutto quando determinano frizioni con il sistema dei diritti umani, e infine il disconoscimento, da parte del sistema penale, della vittima e dei suoi diritti di accesso alla giustizia. Nata come fenomeno di nicchia, praticata da mediatori ed esperti aventi diversa estrazione, sul piano della ricerca teorica essa è gradualmente diventata oggetto di studio da parte di una pluralità di competenze differenti, non limitate all'ambito del diritto penale.

Fin dai suoi esordi, risalenti agli ultimi anni del secolo scorso, la giustizia riparativa ha inteso costituirsi come un modello di giustizia che coinvolge volontariamente il reo, la vittima e la comunità nella ricerca di soluzioni al conflitto al fine di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti ed il rafforzamento del senso di sicurezza. Essa si pone oltre la logica del castigo, proponendo di considerare il reato non più come una condotta che lede l'ordine sociale, bensì come un comportamento deleterio ed impudente che provoca alla vittima sofferenza e dolore e che sollecita il reo ad attivarsi

con forme di riparazione dell'oltraggio causato, coinvolgendo una pluralità di competenze diverse, non limitate all'ambito del diritto penale.

Il carattere fortemente innovativo – dal punto di vista teorico, e più ancora sotto il profilo dei processi concreti coinvolti – della 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. Sebbene abbia mosso i suoi primi passi nei paesi di lingua inglese, la *Restorative Justice* ha trovato in alcune esperienze pionieristiche realizzate in Italia, in particolare presso l'Università dell'Insubria e nelle provincie di Como e Varese, e negli apporti di alcuni insigni studiosi (in particolare, Grazia Mannozi, Luciano Eusebi, Marco Bouchard, Giovanni Lodigiani), una spinta propulsiva che si è anche tradotta nella formulazione di percorsi formativi specifici, indirizzati a coloro che intendano applicare il nuovo paradigma.

La scelta compiuta non è classificabile come omaggio alla discutibile moda dell'interdisciplinarietà, ma scaturisce piuttosto da quella che si potrebbe definire la necessità della “cosa stessa”, e agli interrogativi che essa pone. Fino a che punto il modello riparativo può essere accostato alla tematica del perdono, quale risalta ad esempio dalle pagine di filosofi come Hannah Arendt e Jacques Derrida? È epistemologicamente corretto, e a quali condizioni, l'impiego della nozione di nuovo paradigma, in riferimento alla giustizia riparativa, o non si deve più prudentemente parlare di semplici forme di applicazione della pena tradizionale? Quale accezione dell'“umanesimo” è coinvolta nell'impostazione di fondo della *Restorative Justice*? Quali implicazioni possono derivare, sul piano teorico e sotto il profilo della mediazione penale, dal considerare come “persone”, reo e vittima, vale a dire coloro che dovrebbero essere gli “attori” principali del processo penale?

I problemi ora schematicamente enunciati indicano un orizzonte di riflessione, più ancora che un semplice programma di ricerche, dal quale non potrà comunque prescindere qualunque tentativo di superamento della concezione tradizionale della pena.

