



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

Roberto Cornelli

Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale

1. *Condizioni di praticabilità di una giustizia non castigatoria*

C'è un nesso inscindibile tra pena e inflizione di una sofferenza. La pena è una punizione che ha il sapore di vendetta perché implica una sofferenza per chi se l'è meritata. Ci sarebbe molto da dire, e molto è stato detto, su chi si merita astrattamente una pena e come si arriva a individuare proprio quella persona in carne e ossa come meritevole di una punizione: da quando si sono messe a tema di riflessione e analisi la selettività e la relatività dei processi di criminalizzazione, gli studiosi della giustizia penale non possono che ricordare continuamente come la “meritevolezza” di essere puniti – che si tende a legare alla colpa per qualcosa che si è fatto e che non si sarebbe dovuto fare ma che è spesso parte di un più complesso processo di categorizzazione sociale – è sempre l'esito di una definizione istituzionale orientata da diverse istanze sociali e di potere.

La questione su chi si merita il castigo è importante per affrontare temi attuali di politica criminale ma rischia di portare lontano dall'approfondimento che desidero proporre in questa sede a partire dall'interrogativo sollevato da Umberto Curi nella parte finale della sua stimolante relazione¹: la Giustizia Riparativa può essere la via attraverso la quale superare il meccanismo infernale della vendetta presente nella pena/castigo?

Altri, a partire da chi come Howard Zehr² ha posto le fondamenta di un cambio di sguardo sul sistema penale, hanno saputo enumerare le buone ragioni per assumere i principi e le pratiche della *Restorative Justice* al fine di rigenerare la giustizia, abbandonando la logica castigatoria del rispondere al male

¹ Cfr. U. Curi in questo volume.

² H. Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Waterloo (Ontario), Herald Press, 1990.

con l'inflizione di un altro male. È questa, infatti, una logica perversa, che non ricostruisce ma crea solchi; non dà fiducia ma rinforza rancori; non suggerisce un futuro diverso ma riporta sempre al punto di partenza (o anche più indietro, se consideriamo la letteratura sugli effetti criminogeni della pena detentiva).

Da parte mia, vorrei soffermarmi su alcune questioni che stanno al fondo della possibilità di superare la logica retributiva e che potrebbero essere definite come condizioni di praticabilità di una giustizia non castigatoria che regga alla prova del tempo. Una domanda, in particolare, sembra segnare il limite di ogni progetto di riforma in questa direzione: è davvero possibile rinunciare alla pena come inflizione di una sofferenza che redima dalla colpa?

Le considerazioni di Curi svelano le radici culturali della logica castigatoria³ e le sue proiezioni sulla pena moderna: tale logica non smette di operare anche laddove i progetti di umanizzazione delle pene si sono spinti a immaginare e realizzare (con diversi margini di scostamento) modalità punitive diverse dall'inflizione di una violenza fisica (le punizioni corporali) ma non dall'inflizione di una sofferenza in termini di limitazione della libertà personale che "restituisca il colpo" in termini retributivi o che comporti un'espiazione in chiave riabilitativa. Alla prova dei fatti, d'altra parte, la detenzione comporta comunque danni al corpo della persona ristretta per nulla trascurabili, sia diretti che indiretti, e numerosi sono gli studi e i rapporti che ne denunciano la natura di supplizio contemporaneo⁴. Ma anche laddove aderissimo alla tesi del carcere come luogo in cui si attua esclusivamente ed asetticamente la privazione della libertà dei detenuti, la logica del castigo come "inflizione di una sofferenza che lavi la colpa" rimane ben salda. Insomma, la pena può essere vista come una forma di vendetta pubblica, non solo per com'è nei fatti⁵, ma anche per come è pensata se tutto funzionasse secondo i migliori auspici.

Parlare di "vendetta pubblica", tuttavia, rischia di creare qualche confusione.

La pena, a differenza della vendetta privata, ha la pretesa di interrompere la violenza sociale, mettendo fine sul nascere a quel circolo vizioso che potrebbe innescarsi dal farsi giustizia da sé. Per raggiungere questo risultato, il castigo moderno taglia di netto qualsiasi possibilità d'incontro tra autore e vittima

³ U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019.

⁴ Si vedano sul tema i numerosi rapporti di associazioni come Antigone e Amnesty International. In una prospettiva di riforma radicale del sistema penale italiano, si consideri la revisione della letteratura sul fallimento delle carceri contenuta nel libro di V. Calderone, F. Resta, S. Anastasia, L. Manconi, *Abolire il carcere. Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano, Chiarelettere, 2015.

⁵ Recentemente Marcello Bortolato ed Edoardo Vigna hanno discusso apertamente del carcere come vendetta pubblica: M. Bortolato, E. Vigna, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

per evitare il rischio concreto di reiterazione della violenza o di reazione violenta; lo fa in tre passaggi: anzitutto assumendo il reato come violazione di una legge condivisa, poi espropriando la vittima della possibilità di vendicarsi e infine promettendo di reagire per ripristinare l'ordine minacciato o violato.

Se volessimo tradurre in modo schematico la logica della vendetta privata potremmo dire che se A fa del male a B, B sarà portato a reagire facendo del male ad A (dove A e B sono individui/famiglie/gruppi), comportando una controtorazione di A nei confronti di B e innescando una spirale di violenza che, come René Girard insegna⁶, può essere interrotta da un sacrificio: dall'uccisione di un terzo estraneo (l'agnello sacrificale, il capro espiatorio) che – prendendo a prestito le parole di Giorgio Agamben sull'*homo sacer*⁷ – non può essere ucciso ma la cui uccisione non comporta una colpa che necessita di essere punita. È un'uccisione che può essere anche materiale ma che esercita una sua utilità sul piano simbolico: è accettata come idonea a soddisfare le pretese vendicative senza comportarne la nascita di nuove.

Nella logica della penalità moderna, invece, se A fa del male a B, è un terzo, lo Stato – che non è del tutto estraneo in quanto pretende che tutto ciò che accade lo riguardi direttamente nella sua opera di ordinamento sociale – a reagire, soffocando sul nascere (dichiarando illegittima) ogni possibile azione di vendetta di B. Ho detto “invece” perché la pena moderna, secondo lo schema appena descritto, si pone diversamente dal sacrificio: è agita dallo Stato e non nasce come atto di volontà delle parti che coinvolgono un terzo: lo Stato c'è, a prescindere, e certamente non come vittima sacrificale. Va detto, tuttavia, che una certa simbologia sacrificale permane nel sistema penale: per esempio nei percorsi di criminalizzazione in concreto (dagli arresti, alle imputazioni fino alle incarcerazioni), in cui le dinamiche da “capro espiatorio” rimangono rilevanti; o anche nella forte mediatizzazione dei processi – sia come esposizione mediatica di vicende processuali che di sostituzione mediatica del giudizio penale. Il popolo ferito e in cerca di giustizia richiede di essere immunizzato dal rischio e purificato dal male; e chiede che sia innanzitutto il sistema penale a dare soddisfazione alle sue richieste, portando la pena moderna a esercitare una funzione simbolica di tipo sacrificale.

L'aspetto simbolico-sacrificale della penalità moderna viene spesso considerato come elemento degenerativo dell'impianto illuministico/liberale della giustizia penale; ai miei occhi appare più semplicemente come dato di fatto che segna lo scarto tra l'idealità del progetto illuministico e la realtà che incontra sul cammino della sua affermazione. Una realtà che è definita dalla

⁶ R. Girard, *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1972; tr. it. *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi, 1980. R. Girard, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Parigi, Grasset, 1978; tr. it. *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, Milano, Adelphi, 1983.

⁷ G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995.

presenza di uno Stato che ha trasformato lo statuto antropologico-politico dell'individuo assumendo su di sé le ansie di assicurazione e le domande di giustizia della collettività: con la penalità moderna si è costruito un ambito istituzionale di governo della violenza (e della paura della violenza) che non cancella le istanze vendicative individuali e collettive, ma cerca di indirizzarle in forme espressive meno devastanti per l'ordine sociale.

A guardare le tendenze di lungo periodo, l'invenzione della penalità moderna, agganciata all'affermazione dello Stato protettore e regolatore di tutto ciò che si muove sul proprio territorio, a qualcosa di buono sembra aver portato.

La nota tesi di Steven Pinker, esposta con un apparato di dati a supporto davvero notevole nel libro *The Better Angels of Our Nature. Why Violence Has Declined*⁸, è piuttosto chiara: nel lungo periodo, a partire dal tardo Medioevo, i Paesi europei hanno registrato una riduzione dei tassi di omicidi da dieci a cinquanta volte. Si tratta di una tendenza che ha riguardato anche gli Stati Uniti e molti altri Paesi del mondo.

Come spiegare questo declino della violenza letale?⁹

Tra le interpretazioni più convincenti si rinviene quella che fa leva sulle profonde trasformazioni culturali e istituzionali che hanno reso sempre meno accettabile l'uso della violenza tra privati, anche quando costituisce una reazione a un'offesa subita, e sempre più estesa la presa in carico istituzionale della vita dei cittadini perché sia degna di essere vissuta. Gli studi di Pinker, di Ted Robert Gurr¹⁰ e di Manuel Eisner¹¹ individuano proprio nei mutamenti culturali, economici e sociali connessi ai processi di civilizzazione (sulla base degli studi di Norbert Elias) e di modernizzazione (con la ripresa del pensiero di Max Weber) le principali leve del potenziamento dei processi di controllo sociale e delle capacità di auto-controllo che hanno comportato una riduzione della violenza. In estrema sintesi, la diminuzione delle interazioni violente è l'esito di cambiamenti di lungo periodo, come l'ascesa dello Stato centralizzato e lo sviluppo di scambi economico-commerciali, che hanno richiesto comportamenti sempre più controllati e affidabili al fine di facilitare la cooperazione tra persone estranee; tali mutamenti hanno condotto allo sviluppo di

⁸ S. Pinker, *The Better Angels of Our Nature. Why Violence Has Declined*, New York, Viking, 2011; tr. it. *Il declino della violenza. Perché quella che stiamo vivendo è probabilmente l'epoca più pacifica della storia*, Milano, Mondadori, 2013.

⁹ Su questo tema mi permetto di rinviare a R. Cornelli, *La forza di polizia. Uno studio criminologico sulla violenza*, Torino, Giappichelli, 2020: al capitolo 2 riprendo e aggiorno, con particolare attenzione all'ambito delle polizie, i contenuti dell'articolo di A. Ceretti, R. Cornelli, *Omicidi e uccisioni violente nel mondo*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», LIX, 3, 2016, pp. 1230-1280.

¹⁰ T.D. Gurr, *Historical Trends in Violent Crime. A Critical Review of the Evidence*, «Crime and Justice», 3, 1981, pp. 295-393.

¹¹ M. Eisner, *Modernization, Self-Control and Lethal Violence*, «British Journal of Criminology», 41, 4, 2001, pp. 618-638.

una struttura psicologica guidata principalmente da valori internalizzati, più che da pressioni esterne.

È pur vero che la forza di questa spiegazione viene incrinata da ciò che è stato indicato come il “lato oscuro della modernità” – con riferimento al colonialismo europeo, alla schiavitù e alla segregazione razziale americana come fenomeni spesso sottovalutati negli studi sulla violenza letale – ma sembra difficilmente contestabile che la penalità moderna abbia giocato un ruolo decisivo nel contenimento di lungo periodo della violenza privata.

Insomma, sia pure permeata dall’antica logica del castigo e rigenerata continuamente da istanze di vendetta, la pena moderna sembra aver dato un contributo non irrilevante a rendere le nostre società meno violente: non in prima istanza, come si tende a credere, attraverso la punizione in concreto e la predisposizione di un apparato volto a punire (la penalità come fatto sociale), quanto soprattutto attraverso l’indicazione di ciò che non è tollerabile in una società civile e che dunque lo Stato promette di punire (la penalità come fatto giuridico). Si pensi, in questo senso, al significato che l’omicidio riveste nelle società moderne e dunque alla funzione che ha svolto nel processo di modernizzazione e civilizzazione delle società. Non ogni soppressione della vita di un essere umano, infatti, è perseguibile come omicidio. Molto dipende dal tipo di società e dalle epoche storiche. La tendenza (in astratto e in concreto) a considerare omicidio ogni atto che toglie la vita al di fuori di contesti bellici è l’esito di un processo di affermazione giuridica della dignità di ogni essere umano, da un lato, e di un progetto politico di monopolio istituzionale della violenza, dall’altro lato. In altri termini, le condizioni per definire ogni vita come meritevole di tutela si sono affermate di pari passo al consolidamento dello Stato moderno col suo proposito di eliminare la violenza privata. Per la verità l’assunzione di un ruolo preminente dello Stato nel governo della violenza ha prodotto nella storia e continua a produrre esiti autoritari o paradossali (si pensi al mantenimento della pena di morte in Paesi democratici) che fanno comunque parte dell’esperienza moderna. Ad ogni modo, il delitto di omicidio assume un significato particolare nella modernità, in quanto segnala non solo che ogni vita umana è inviolabile da parte di privati cittadini e, con qualche incertezza e resistenza in più, da parte dello stesso Stato, ma anche il fatto che essa debba essere tutelata dallo Stato con politiche attive, sociali, economiche e del lavoro, e con interventi repressivi, essendo il solo legittimato a punire chi uccide.

Mi pare questo un ulteriore punto rilevante da evidenziare nella discussione delle condizioni di praticabilità di una giustizia non castigatoria, vale a dire la possibilità di separare due aspetti della penalità moderna che sono nati e si sono sviluppati all’unisono: l’indicazione che si vorrebbe tassativa di comportamenti che non s’intende tollerare perché lesivi di beni giuridici rilevanti

dagli interventi da mettere in atto nel caso in cui quei comportamenti siano stati adottati da qualcuno in carne e ossa. Disabituarci a concepire il sistema dei delitti e delle pene come un *unicum*, in cui non può darsi un delitto senza pena, è essenziale per riconoscere l'importanza della penalità moderna come fatto giuridico e, al tempo stesso, l'estrema problematicità della stessa penalità moderna come fatto sociale.

Alla domanda posta sulla possibilità concreta di rinunciare alla pena come inflizione di una sofferenza che redima dalla colpa non ho ancora dato, evidentemente, una risposta. Per il momento ho richiamato alla necessità di considerare due questioni con cui confrontarsi e che mi paiono fondamentali: da un lato la permanenza di un aspetto simbolico-sacrificale della giustizia penale moderna, dall'altro lato la rilevanza dell'aspetto culturale – inteso come capacità di incidere sulla trasformazione delle sensibilità e mentalità collettive – del sistema dei delitti al di là del sistema delle pene inflitte e della paura che queste ingenerano.

Tenendo a mente queste considerazioni, è utile proporre qualche riflessione ulteriore sulla pena nella società moderna per comprenderne il senso a partire dalle funzioni che le sono attribuite.

2. *Pena e social ordering*

«La funzione della pena nella società moderna» – sostiene Adolfo Ceretti nella presentazione all'edizione italiana del libro *Pena e società moderna* di David Garland – «non è per nulla scontata. Al contrario essa costituisce qualcosa di altamente problematico»¹² perché «non presenta più, nell'Europa odierna, un *unico significato*». Questo punto di partenza porta non tanto a riproporre *sic et simpliciter* i principi basilari della penalità moderna, quanto a riconoscere come ogni istituzione – e la pena è considerata tale – sia un «“addensamento graduale di esperienze, idee e linguaggi” quale “gruppo in lenta evoluzione, continuamente alle prese col problema di conservare il vecchio e di assimilare il nuovo”» ma rimanda anche a «un “nucleo emozionale fondante” che deriva dalle “fantasie costitutive”, dalle radici della loro storia. Spesso tale nucleo è più significativo del compito ufficiale dell'istituzione stessa»¹³. Il significato della pena, dunque, «non può essere racchiuso solo in una definizione formale o in una spiegazione funzionale» ed è «molto di più di una successione di eventi che accadono a chi ha commesso un reato: essa

¹² A. Ceretti, *Presentazione*, in D. Garland, *Punishment and Modern Society*, Oxford, Oxford University Press, 1990; tr. it. *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano, il Saggiatore, 1999, p. 13.

¹³ Ivi, p. 14.

aiuta altresì a formare (e a deformare) le visioni sociali e politiche della società in generale»¹⁴.

Nella ricerca del significato della pena occorre dunque guardare alle relazioni tra pena e società «muovendo dal presupposto che il contesto istituzionale del diritto penale moderno limiti eccessivamente la nostra percezione del fenomeno, oscurandone le implicazioni sociali»¹⁵.

Sarebbe senz'altro utile riprendere la storia della penalità moderna proposta da Garland attraverso la rilettura critica di Émile Durkheim, Georg Russe e Otto Kirchheimer, Michel Foucault, Max Weber e Norbert Elias, ampliando questa ricostruzione attraverso gli spunti offerti da Curi e Verde sulla purificazione, sul piacere del castigo e sul bisogno di vendetta.

Ritengo tuttavia più urgente proporre una chiave di lettura del rapporto tra pena e società che ne evidenzia una funzione spesso data per scontata ma poco discussa, quella di ordinamento della società.

La prospettiva di Hans Lindahl¹⁶ è decisiva per compiere questo passaggio. Ciò che contraddistingue ogni ordinamento giuridico non è tanto il fatto di essere *legal order*, vale a dire unità di una pluralità di norme in connessione funzionale tra loro (*à la* Kelsen), quanto il suo carattere collettivamente istituito e dunque il “momento pragmatico”¹⁷ che porta a costituire tale unità. L'interesse si dirige così verso il *legal ordering*, vale a dire la dinamica di “individuazione dell'ordinamento” come processo di unificazione del sociale. Ordine come processo, dunque, non come dato. Lindahl concepisce «l'ordinamento giuridico nei termini di un ordinare»¹⁸: anzitutto, esso è da intendersi come *putative unity* corrispondente alla pretesa della collettività di riconoscersi in un “Noi”. Inoltre, considerando che il processo di unificazione non può mai compiersi in modo stabile e definitivo, l'ordinamento risulta segnato continuamente da una “parziale opacità” in quanto, fissando i confini del “dentro”, è accompagnato dall'ombra delle possibilità che ne rimangono escluse. Non esisterebbe quindi alcuna unità di una molteplicità di norme, ma un continuo processo di unificazione di norme entro un sistema che produce al contempo pluralizzazione. È precisamente nell'ordinamento della molteplicità come movimento indefinito di unificazione e pluralizzazione – che rende evidente l'impossibilità di un ordine fisso e totalizzante e la necessità di pensare all'*ordinare* come dinamica istituyente e rappresentativa – che Lindahl

¹⁴ Ivi, p. 17.

¹⁵ Garland, *Punishment and Modern Society*, cit., p. 35.

¹⁶ H. Lindahl, *A-legalità, autorità, riconoscimento. Riconfigurazioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹⁷ F.G. Menga, *Introduzione. Sulla teoria dell'ordinamento giuridico di Hans Lindahl*, in Lindahl, *A-legalità, autorità, riconoscimento* cit., p. 11.

¹⁸ *Ibidem*.

affronta la questione dei confini dell'ordinamento o, meglio, della "liminalità ordinamentale", che definisce in tre categorie: *boundaries*, *limits* e *fault lines*.

Mentre i primi (confini) delimitano l'ordinamento in termini di legalità/illegalità, delineando ciò che si può e che non si può fare in base a ciò che ogni ordinamento consente o vieta, i limiti si esprimono laddove i singoli comportamenti non sono ancora definibili nei termini di legale/illegale, consentito/vietato, ma sfidano lo stesso ordinamento, rivendicando riconoscimento e inclusione. L'esperienza del limite rimanda, dunque, alla limitatezza ontologica dell'ordinamento, vale a dire all'impossibilità di illuminare il sociale nella sua totalità, e al contempo alla contingenza della dinamica istituyente, vale a dire alla possibilità sempre presente che affiori un "momento pragmatico" a rimettere in gioco il punto attorno a cui prende forma la liminalità ordinamentale. Così, la pretesa che tutto sia comprensibile in termini di legale/illegale si scontra con la spinta alla trasformazione dell'ordinamento a partire proprio da qualcosa che gli sfugge e che finisce per contestarne la pretesa totalizzante. Questo "qualcosa" non è già definibile in termini di legalità/illegalità, ma si configura come "a-legale". Con le parole di Lindhal:

Nell'a-legalità non è in gioco la riaffermazione dei confini che vengono tracciati da un certo ordinamento giuridico per una determinata situazione, ma è in gioco la loro messa in discussione. [...] se la qualificazione di un atto come illegale serve a riaffermare il primato dei confini sul comportamento, l'a-legalità rivela primariamente la capacità di un comportamento di tracciare i confini altrimenti¹⁹.

A partire dall'a-legalità è possibile comprendere anche il terzo tipo di liminalità, le linee di frattura (*fault lines*), per cui la spinta alla trasformazione diventa talmente radicale che una semplice espansione ordinamentale non è più sufficiente, esigendone una messa in discussione radicale. Così, investito di rivendicazioni di questo tipo, «l'ordinamento vigente non è più soltanto chiamato a intervenire "altrimenti", ma a ben vedere gli si ingiunge di divenire "tutt'altro". E parallelamente, i soggetti [...] non richiedono più soltanto di essere inclusi, ma esigono la legittima possibilità all'esclusione»²⁰.

Non sono dunque i confini (*boundaries*) e le frontiere (*borders*) a essere il tratto costitutivo di un ordinamento, quanto i suoi limiti (*limits* e, nella loro forma radicale, *fault lines*): delimitando ciò che è illuminato da ciò che rimane in ombra attivano dinamiche d'inclusione/esclusione che risultano diretta emanazione dell'includibile limitatezza di ogni ordinamento. Così, per quanto pretenda di estendersi su scala globale, ogni ordinamento giuridico sarà sempre soggetto a estraneità emergenti che, nelle situazioni contingenti, lo spingeranno a continue trasformazioni. Persino di fronte a pratiche di democratiz-

¹⁹ Ivi, p. 15.

²⁰ Ivi, p. 17.

zazione fondate sulla globalizzazione dei diritti umani, il pensiero di Lindahl aiuta a riflettere sul fatto che ogni ordinamento non è solo *legal system*, ma sempre istituzione di una collettività attorno a un punto che, a partire da momenti pragmatici, fissa continuamente limiti che includendo escludono. Da qui l'importanza di considerare l'ombra della pretesa totalizzante di ogni progetto giuridico, anche dei più progressisti, per scoprirne le esclusioni che comporta.

La sottolineatura della dinamica istitutiva e contingente dell'ordinamento giuridico porta a prendere le distanze da un'interpretazione conservativa delle istituzioni: secondo quest'ultima tesi l'istituzione, in quanto apparato di cui l'ordinamento si serve per conservarsi uguale a stesso, «rimanda a una *voluntas superioris*, vigente non solo all'origine dell'*institutio*, ma lungo tutta la sua esistenza»²¹ ed esprime una «tendenza alla conservazione di norme scaturite da equilibri sociali irrigiditi [...] che, per legittimare i poteri esistenti, neutralizza le spinte innovative provenienti dalla società»²². La sua *raison d'être* sarebbe quella di impedire le spinte trasformative dall'esterno e al contempo mettere a tacere le soggettività al proprio interno, reprimendo gli istinti ed esercitando modalità quotidiane di dominio (come nella visione delle istituzioni totali proposta da Erving Goffman). In questo modo, l'essenza delle istituzioni – a maggior ragione di quelle che indichiamo con penalità moderna – coinciderebbe con la loro funzione di controllo. Roberto Esposito, al contrario, invita a resistere alla tentazione di considerare “istituzione” e “vita umana” due polarità divergenti, «solo a un certo momento destinate a incontrarsi, o scontrarsi»²³ e a «riconoscerle, piuttosto, come due lati di un'unica figura che delinea insieme il carattere vitale delle istituzioni e la potenza istitutiva della vita»²⁴. Così, la logica delle istituzioni «implica una continua tensione tra interno ed esterno. Ciò che è fuori dalle istituzioni, prima di istituzionalizzarsi anch'esso, modifica l'assetto istituzionale precedente – sfidando, dilatandolo, deformandolo»²⁵.

Le riflessioni di Esposito e di Lindahl suggeriscono di guardare alle istituzioni nella dinamica tra dentro e fuori; sono caratterizzate da un'incessante opera di *social ordering* che, lavorando sul confine tra istanze del diritto e momenti pragmatici e ri-definendo continuamente i limiti di ogni ordinamento, restituisce senso all'ordine sociale in relazione a ciò che vive nelle pieghe di ogni progetto di normazione del reale. Evidentemente le stesse istituzioni sono coinvolte nel processo di trasformazione sociale, in particolare nel momento

²¹ R. Esposito, *Pensiero istitutiva. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, Einaudi, 2020, p. 162.

²² Ivi, p. 163.

²³ R. Esposito, *Istituzione*, Bologna, il Mulino, p. 7.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ivi, p. 19.

in cui si producono linee di frattura che costringono a un ripensamento della loro stessa ragione d'essere. È capitato, recentemente, al Dipartimento di polizia della città di Minneapolis che, a seguito della morte di George Floyd, è stato investito da propositi di riforma, poi rigettati in un referendum di inizi novembre del 2021, che, tra spinte abolizioniste e più moderate richieste di riduzione dei finanziamenti alla polizia, prevedevano tra l'altro una ri-nominazione in Dipartimento di Pubblica Sicurezza.

Si potrebbe dire che alla pena accade ciclicamente di essere attraversata da linee di frattura, interessata com'è da tensioni che ne implicano continuamente una riformulazione funzionale, ma pur sempre nell'ambito della sua costante opera di ordinamento sociale. Il senso della pena moderna, infatti, è intimamente legato alla necessità di *social ordering*: è una forma di coercizione accompagnata da diversi e mutevoli discorsi e pratiche che la legittimano come indispensabile per solcare i confini simbolici di un certo ordine; ma, come tutte le istituzioni, mentre si presenta come semplice reazione nei confronti di chi ha violato quell'ordine, agisce sulla liminalità dell'ordinamento, contribuendo a cambiarne i connotati essenziali ogni volta che incontra ciò che sta fuori dalla legalità, o che la eccede.

La “forza di legge” insita nella pena come coercizione legittima deve fare i conti, dunque, nella sua opera di *ordering*, con l'eccedenza del diritto. Non si tratta solo di ciò che sta fuori e che preme, ma di qualcosa che è al cuore del diritto inteso come ordinamento legale. Jacques Derrida parla in questo senso di “istanze di non diritto” che sono presenti strutturalmente nel diritto stesso e che definisce come suo fondamento mistico: «è il momento in cui la fondazione del diritto resta sospesa nel vuoto o al di sopra dell'abisso»²⁶. Siamo di fronte a un vuoto in cui l'ordinamento legale rimane sospeso nell'atto di istituirsi. Come definire questa vacuità così densa? L'operazione non è semplice vista la complessità del pensiero di Derrida, a maggior ragione se s'intende condensarlo in poche righe, contaminandolo con incursioni nel sistema penale. Ma vale la pena rischiare, perché si tratta di un nodo cruciale.

Il filosofo francese non concepisce la possibilità di un «diritto che non implichi *in se stesso, a priori, nella struttura analitica del suo concetto*, la possibilità di essere *enforced*, applicato con la forza»²⁷. In questo senso la penalità, al pari del *policing* a cui solo in parte si sovrappone, è “forza” che risiede simbolicamente nell'intreccio tra violenza e diritto: pur se mascherato, edulcorato o anche provvisoriamente rimosso, è questo nucleo simbolico di fondo ad ancorare saldamente la penalità a un ordine da mantenere in modo

²⁶ J. Derrida, *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, Editions Galilée, 1994; tr. it. *La forza della legge. Il «Fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 103.

²⁷ Ivi, p. 52.

coercitivo. La pena si definisce attorno alla sua capacità di creare ordine usando o minacciando di usare pratiche che altrimenti verrebbero definite violente e brutali: è, appunto, “forza” che, agita o paventata, simbolicamente preserva e, preservando, crea l’ordinamento giuridico; è il luogo istituzionale in cui lo Stato moderno ha confinato la violenza necessaria a conservare e, conservando, costruire il proprio ordine interno.

D’altra parte, Derrida considera come lo stesso fondamento del diritto sia in rapporto a un’eccedenza, a un’istanza di non diritto, che è violenza performativa – un “colpo di forza” – interna al diritto ma che non è comprensibile in termini di legalità:

Ora l’operazione consistente nel fondare, inaugurare, giustificare il diritto, nel fare la legge, consisterebbe in un colpo di forza, in una violenza performativa e dunque interpretativa che in sé non è né giusta né ingiusta e che nessuna giustizia, nessun diritto preliminare e anteriormente fondatore, nessuna fondazione preesistente, per definizione, potrebbe garantire né contraddire o invalidare²⁸.

Come ogni altra parte dell’ordinamento legale, ogni altra istituzione che lo compone, la pena si trova di fronte a un’eccedenza contingente che svela, al contempo, il legame fondativo tra diritto e forza e lo mette in crisi, aprendo alla possibilità di una giustizia altra rispetto alla “forza di legge”. La pensabilità di un concetto di giustizia che non sia definito dentro i confini del diritto (che non sia una “giustizia come diritto”, che implica nel suo stesso concetto l’*enforceability*) si pone proprio in rapporto all’eccedenza che sta al cuore del diritto. Si potrebbe dire che la giustizia si può intravedere nello scarto tra un ordinamento giuridico e ciò che è “fuori” da esso e che preme per essere riconosciuto: un’istanza che oggi non è diritto e che in un qualche modo ne sta minando la tenuta, ma che in futuro è possibile diventi diritto portando a una ridefinizione dei confini della legalità. Così intesa la giustizia è innanzitutto decostruzione e sta al cuore del Politico:

Questa giustizia, che non è il diritto, è il movimento stesso della decostruzione all’opera nel diritto e nella storia del diritto, nella storia politica e nella storia *tout court*, prima ancora di presentarsi come quel discorso che viene chiamato così, in ambito accademico o nella cultura del nostro tempo: il “decostruzionismo”²⁹.

E ancora:

Sarebbe ancora tutto semplice se questa distinzione fra giustizia e diritto fosse una vera distinzione, una opposizione il cui funzionamento restasse logicamente regolato e controllabile. Ma il diritto pretende di esercitarsi in nome della giustizia e la giustizia esige di pren-

²⁸ Ivi, pp. 62-63.

²⁹ Ivi, p. 79.

dere posto in un diritto che dev'essere messo in opera (costituito e applicato) – con la forza *enforced*. La decostruzione si trova e si sposta sempre fra questi due³⁰.

In breve, la giustizia ha la struttura di un evento reale impossibile: non può presentarsi come possibilità di esperienza dell'alterità assoluta, ma accade come reinvenzione: «è la possibilità dell'evento e la condizione della storia»³¹.

Non è il caso in questa sede di approfondire ulteriormente gli spunti offerti dal filosofo francese sul rapporto tra diritto e giustizia. Ai nostri fini interessa rilevare come le riflessioni sul fondamento mistico del diritto aiutino a rimettere in questione il quesito posto nell'*incipit* di questo scritto: dato lo stretto legame tra diritto e forza, tra pena e coercizione, ci dovremmo chiedere non tanto se è possibile rinunciare alla pena come inflizione di una sofferenza ma se è pensabile preservare l'ordinamento senza l'uso della forza (cosa che Derrida parrebbe escludere), in modo tale da rendere possibili pratiche di giustizia più coerenti con un ordinamento democratico dai confini porosi e caratterizzato da quella "vacuità del potere" descritta da Claude Lefort, vale a dire dall'idea per cui «il potere, una volta disarticolato dal corpo del re cui un tempo ineriva, è vuoto»³².

Vale la pena soffermarsi brevemente anche su questo concetto.

Emancipandosi da ogni fondamento trascendente, la democrazia rischia di apparire più fragile e di creare smarrimenti, ma nei fatti è l'unico regime costitutivamente inclusivo: non appartenendo a nessuno, il potere è un luogo sempre aperto alle dinamiche sociali e contendibile come spazio scenico di rappresentanza da parte di chiunque lotti per il proprio riconoscimento. La società democratica è «un vortice che ruota intorno a un punto vuoto», non più «celato o mascherato, ma riconosciuto in tutta la sua potenza simbolica»³³. Nelle parole di Slavoj Žižek in difesa di Lefort:

la democrazia non solo può includere l'antagonismo, ma è la sola forma politica a sollecitarlo e presupporlo, a istituzionalizzarlo. Ciò che altri sistemi politici percepiscono come minaccia (la mancanza di un pretendente «naturale» al potere), la democrazia lo innalza a condizione positiva «normale» del proprio funzionamento: il luogo del potere è vuoto, non c'è un pretendente naturale per esso; il polemos/lotta è irriducibile, e ogni governo deve essere conteso, conquistato attraverso il polemos³⁴.

³⁰ Ivi, p. 74.

³¹ Ivi, p. 83.

³² Sono le parole di Esposito (*Pensiero istituyente* cit., p. 214) sul concetto di potere come «luogo vuoto» di Lefort (C. Lefort, *Saggi sul politico*, XIX-XX secolo, Bologna, Il Ponte, 2007, p. 27).

³³ *Ibidem*.

³⁴ S. Žižek, *In Defense of Lost Causes*, London, Verso, 2008; tr. it. *In difesa delle cause perse. Materiali per la rivoluzione globale*, Milano, Ponte alle Grazie, 2009, p. 333. Cfr. anche F.G. Menga, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 218-292.

In breve, è proprio la dimensione vuota, polemica e contendibile del potere democratico a renderlo aperto alla pluralità del sociale, a cui quindi non potrà mai sovrapporsi per intero, lasciando sempre attivo lo scarto tra simbolico e reale: ci saranno sempre desideri e rivendicazioni che potranno premere per essere messi in scena. D'altra parte, la vacuità del potere è sempre a rischio di essere riempita in modo da far coincidere il potere con la società intera (con la Nazione, con la Patria, con il Popolo) o di essere dimenticata, perdendo il significato intrinsecamente polemico di ogni ordinamento.

Queste considerazioni rafforzano e danno ulteriore spessore alla questione su come si garantisce la tenuta dell'ordine in una democrazia. Sempre e solo con la forza e con la paura?

Recentemente Tommaso Greco ha chiarito bene la posta in gioco, tracciando una strada.

La fiducia attende un suo spazio dentro il diritto, e nel farlo reclama il *suo* diritto. C'è un filo tra diritto e fiducia che bisogna avere la pazienza di dipanare e conseguentemente il coraggio di riconoscere. È un filo che ci conduce ad associare al diritto parole che molti considerano ad esso estranee, ma che non a caso bussano continuamente alla sua porta: responsabilità, solidarietà, riconoscimento. Si crede che la disponibilità a questi valori sia un aprirsi del diritto a cose che gli sono esterne, se non appunto estranee; ma se questo avviene è perché ci siamo abituati ad un'idea impoverita del diritto; un'idea che vede in esso solo l'autorizzazione all'uso della forza e dimentica che invece il diritto ha una dimensione relazionale che non solo viene prima di quella coercitiva, ma serve anche per giustificarla³⁵.

Il modello hobbesiano – quello dell'obbedienza alla legge per paura della punizione e, dunque, tramite coercizione – ha costituito il paradigma fondamentale che ha permesso allo Stato, tanto più nelle sue forme democratiche contemporanee, di ridurre la violenza sociale e di garantire il rispetto delle persone, a partire dai più deboli. Ancora oggi, in effetti, le pene vengono invocate nelle istanze di riconoscimento di diritti di minoranze che in tal modo confidano in una loro piena e pronta tutela. Va riconosciuta, tuttavia, la persistente rilevanza di un'altra modalità che sostiene il rispetto della legge e in grado, d'altra parte, di dare maggiore stabilità alla convivenza sociale: il consenso alle norme fondato sulla fiducia. In tre direzioni:

- fiducia nell'autorità, sulla quale incide non solo la percezione sociale di efficacia delle decisioni, ma soprattutto la sua legittimità: “non uccido perché ho fiducia nelle istituzioni che mi dicono che non va fatto”;
- fiducia nella norma in sé, in quanto se ne riconosce l'utilità e/o la corrispondenza con i propri valori: “non uccido perché non corrisponde a ciò che penso sia giusto e funzionale al vivere insieme”;

³⁵ T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021, p. 1.

- fiducia negli altri, poiché solo sull'aspettativa di una reciprocità posso fondare un mio atteggiamento coerente con il precetto da seguire: "non ti uccido perché so che anche tu non lo farai".

Dare cittadinanza nel campo penale a termini come "relazione", "dialogo", "condivisione", "riparazione", "legame sociale", che rimandano a un vocabolario coerente con l'esperienza giuridica dei molti che non vedono nelle norme solo la paura che evoca un intervento sanzionatorio nel caso non vengano rispettate, può risultare un'operazione politica essenziale per rendere il diritto penale sempre più capace di riaffermare in concreto, proprio nel punto in cui sembrano sgretolarsi, le ragioni profonde di un ordinamento che, in quanto *ordering* che si confronta necessariamente con le istanze di non diritto, è in grado di costruire convivenza sociale a partire dai conflitti che premono ai suoi confini.

C'è sempre il rischio che queste incursioni linguistiche si risolvano in operazioni di *maquillage* dirette a nascondere, sotto una patina di "buonismo", il volto terribile, sempre più attuale, dello Stato moderno. Ma sono anche dei formidabili varchi che mostrano una disponibilità delle istituzioni penali a lavorare in modo diverso sulla liminalità ordinamentale, restituendo densità politica al tema della fraternità inclusiva³⁶ e del consenso alle norme³⁷.

Non si è già di fronte alla compiutezza di un argomento che risolve la questione circa la rinunciabilità della "forza di legge", me ne rendo conto; è solo l'apertura di un percorso che penso valga la pena intraprendere per accompagnare riflessivamente le pratiche di un'"altra" giustizia che stanno prendendo corpo negli ordinamenti o nei loro orli esterni.

3. *Quale pena o quale società?*

Prima di chiedersi quale penalità sarebbe giusto avere – cosa sia giusto o sbagliato, in effetti, non può che essere detto all'interno di un sistema culturale più o meno attraversato da forme di conflittualità sociale e politica – forse avrebbe senso chiedersi in quale società ci piacerebbe vivere e quindi agire, anche sul piano politico-criminale e penale, per adattare/trasformare le forme istituzionali in modo che siano coerenti con quell'idea e capaci di alimentare sul piano simbolico il nucleo emozionale fondante che orienta sempre più persone verso alcune – e non altre – "fantasie costitutive" che immaginano come una società dovrebbe organizzarsi.

³⁶ Mi permetto di rimandare alla parte finale di R. Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, Milano, Giuffrè, 2008 e alle conclusioni di A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, Feltrinelli, 2013.

³⁷ Cfr. C. Mazzucato, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, Aracne, 2005.

Alla luce di queste considerazioni, la domanda che ha orientato questo lavoro si presenta in modo più accessibile: la possibilità concreta di rinunciare alla pena/castigo esiste nella misura in cui esistono già modalità di gestione dei delitti che rinunciano all'infrazione di una sofferenza e che competono, sul piano politico-culturale, nell'affermare la praticabilità di un sistema dei delitti non intimamente connesso a un sistema di pene/castighi. Se è vero, come sostengono diversi filosofi politici e giuridici, che l'assenza di limiti dell'ordine sociale è una condizione impolitica e, in definitiva, impossibile, il modo in cui concepire la liminalità ordinamentale e, di conseguenza, le modalità con cui s'intende preservare l'ordine anche attraverso la gestione di chi si pone in contrasto con esso costituisce un tema essenzialmente politico in ogni società.

Certo, non è facile rinunciare alla simbologia sacrificale della pena, così forte nel segnare nelle coscienze individuali i codici culturali che rafforzano l'ordine sociale. Ma è possibile: innanzitutto, affermando una visione essenzialmente democratica dell'ordine sociale, à la Lefort, che costituisca la premessa per immaginare non già la "perdita dell'ordine" – che scuote e spaventa, portando a demolire ogni tentativo di fuoriuscita dalla pena/castigo – ma l'affermazione di un ordine dai confini porosi, nella cui essenza definitiva permanga comunque una tensione all'inclusione delle istanze di non diritto; in secondo luogo, ritrovando le buone ragioni, che in questa sede ho solo accennato, per discutere anche nel campo della penalità del "diritto della fiducia" e del "diritto fraterno"³⁸.

Osservate da vicino, 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.

In sintesi, rinunciare alla pena/castigo non significa rinunciare all'ordine sociale. Un sistema giuridico-istituzionale che presidi i limiti dell'ordine – e dunque la definizione di comportamenti inaccettabili e la presenza di istituzioni volte a governarli – non è necessariamente legato all'esistenza di un sistema di pene castigatorie che solchi rigidamente e meccanicamente quei limiti attraverso una simbologia sacrificale che ingenera paura. La continua opera di ordinamento del sociale (*social ordering*) può alimentarsi anche al di fuori della penalità tradizionalmente intesa e probabilmente in modo più utile alla costruzione di società sempre più civili. Forse non si potrà rinuncia-

³⁸ Greco, *La legge della fiducia* cit.; E. Resta, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

re, almeno per quanto i nostri occhi potranno vedere, alla logica castigatoria e alla “forza della legge”, ma si potrà gradualmente far prevalere un “altro” significato di giustizia che assomigli di più alla società in cui ci piacerebbe vivere.