



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

Domenico Pulitanò

Problema castigo e principio responsabilità

1. Oppida munire et ponere leges

Scegliere la parola “castigo” come avvio di riflessioni su “giustizia, diritto di punire e pena”, addita come specifico nucleo problematico il punto d’approdo di un percorso giuridicamente regolato di applicazione di ciò che definiamo diritto “criminale” pensando ai precetti, e diritto “penale” pensando alle sanzioni.

Una riflessione “laica” è già nella letteratura antica, in forma di narrazione poetica. Orazio¹ mette in scena uomini preistorici, *mutum pecus*, che si combattevano con i mezzi più primitivi, poi con armi; la civilizzazione nasce con il linguaggio², che consente l’organizzazione sociale e normativa.

Lucrezio³ mette in primo piano l’aspetto costrittivo del diritto, che pure è alternativa alla vendetta, e la persistenza della paura. «*Genus humanum, pertaesum vi colere aevom, / sponte sua cecidit sub leges artaque jura ... / inde metus maculat poenarum praemia vitae*».

Nel mondo moderno il diritto penale è “tecnologia del Leviatano”, lo Stato detentore del monopolio della forza. Questo linguaggio caratterizza il penale come strumento – ed esercizio – di potere. Non parla di giustizia. È un linguaggio ben utilizzabile per formulare problemi concernenti il potere statale d’imporre precetti e minacciare e applicare pene.

¹ Satire, Libro I, 3°, v. 99-106: «*Cum prorepserunt primis animalia terris, / mutum et turpe pecus, glandem atque cubilia propter / unguibus et pugnibus, dein fustibus atque ita porro / pugnabant armis, quae post fabricaverat usus, / donec verba, quibus voces sensusque notarent, / nominaque invenere; dehinc desistere bello, oppida coeperunt munire et ponere leges, / ne quis fur esset neu latro neu quis adulter*».

² Sul nesso fra linguaggio e diritto, cfr. N. Irti, *Riconoscersi nella parola*, Milano, il Mulino, 2020; cfr. in particolare pp. 16 s., 141 s.

³ *De rerum natura*, V, v. 1141-1151.

Punire. Una passione contemporanea. Sotto questo titolo un antropologo francese ha esaminato l'attuale (in tutto il mondo) *momento punitivo, caratterizzato da sempre maggiore severità. A ciò concorrono «un'accresciuta sensibilità per gli atti illegali e la devianza, e una focalizzazione del discorso e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza. Il primo fenomeno è culturale, il secondo è politico».* Il problema dovrebbe essere il crimine, «con il momento punitivo è il castigo a diventare il problema»⁴.

È il castigo la finalità del diritto criminale/penale? «Nelle leggi ci sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono; e per ciascheduna, il suo buon castigo». Sono parole che Manzoni, nel suo grande romanzo⁵, mette in bocca a Renzo oratore improvvisato, vittima di un sopruso d'un prepotente. L'uomo del popolo che ha vissuto sulla sua pelle il fallimento della promessa di tutela, la finalità primaria della legge, si attende giustizia (riconoscimento del suo diritto; anche vendetta?) dal *buon castigo* dell'offensore.

L'applicazione della pena legalmente prevista risponde alla logica dell'ordinamento; non è il fine del diritto criminale/penale.

Contrariamente a quel che per lo più si ritiene, il senso delle norme è in prima istanza cognitivo e orientativo... Certo, senza la sanzione non esiste legge, ma il fine della legge non è affatto la sanzione e i sistemi normativi altro non sono che dispositivi di relazione.

Sono parole di un saggio filosofo⁶, riportate in un recente libro di un filosofo del diritto, intitolato alla *legge della fiducia*⁷.

Rispetto al fine primario del diritto criminale/penale (l'osservanza dei precetti, la prevenzione dei delitti) la punizione dei colpevoli appare «un meccanismo di ripiego», inidoneo a «*ripristinare il passato*»⁸. La pena è una risposta alla *defaillance* della deterrenza legale; è un *farmakon*, medicina o veleno secondo i casi, le dosi e i modi di somministrazione.

Le teorie della pena fanno parte dell'apparato concettuale con il quale discutiamo problemi di costruzione e di legittimazione di ordinamenti giuridici. Danno risposte ideologicamente differenziate, ma convergenti nel descrivere la tecnologia normativa penalistica. Scopo primario è la prevenzione: *ne peccetur*. L'applicazione in concreto, il castigo, consegue all'inosservanza: è la punizione del peccatore, *quia peccatum est*.

L'ideologia giuridica e il senso comune pensano al penale come a un'«impresa di giustizia». Uno sguardo disincantato sui sistemi penali storicamente esistiti ed esistenti guarda alla giustizia come problema, uno dei problemi che

⁴ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2018. Citazioni da pp. 9, 13, 12.

⁵ A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. XIV.

⁶ S. Natoli, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 107.

⁷ T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

⁸ M. Nussbaum, *Rabbia e perdono*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 262-264.

interessano gli ordinamenti giuridici, i legislatori che li costruiscono, e tutti i consociati, destinatari dei precetti legali e della protezione legale, e potenziali destinatari delle sanzioni.

Gli effetti delle minacce legali di pena e delle pene eseguite in un dato tempo e luogo sono questioni di fatto; hanno a che fare con situazioni mutevoli, i criteri di valutazione sono incerti. La storia mostra quanto i poteri statuali siano stati e siano strumento di giustizia e/o di ingiustizie.

La qualità di giustizia di un qualsivoglia ordinamento positivo è un problema aperto sul piano del dover essere. La distinzione fra diritto e giustizia, che segna l'orizzonte del positivismo giuridico, è il linguaggio che serve per il confronto fra concezioni etiche e politiche diverse e per il discorso critico sugli ordinamenti positivi.

Il sistema penale, con i suoi precetti, concorre a definire equilibri fra autorità e libertà, e condizioni di funzionamento della società civile. Le moderne democrazie liberali – le società che storicamente hanno avuto successo e che riteniamo le migliori – si sono sviluppate in condizioni di equilibrio fra la società civile e lo Stato. Una società civile forte ha bisogno di un Leviatano «forte» ma «incatenato» da solide garanzie⁹, capace di salvaguardare condizioni di fiducia reciproca.

2. Osservanza

Sullo sfondo dell'esperienza della pandemia un grande giurista non penalista, Natalino Irti, ha messo a fuoco in un «*viaggio tra gli obbedienti*» il significato e valore dell'osservanza dei precetti legali, dal non uccidere fino a normative di settore. È un'esplorazione delle possibili «*ragioni dell'obbedienza*» in un «*orizzonte spirituale*» nel quale

gli altri assumono duplice posizione: sono possibili portatori del virus, dai quali bisogna tenersi distanti, e proteggersi con adeguate misure; ma sono anche esseri umani, esposti allo stesso rischio, all'oscura minaccia di cui noi siamo veicoli: Li temiamo, gli altri, e insieme li proteggiamo: il contagio li trasfigura in un prossimo, stretto con noi nella medesima sorte, a cui possiamo sentirci vicini nella coscienza di umana fragilità¹⁰.

«*La minaccia e l'insicurezza fanno parte delle condizioni dell'esistenza umana*»¹¹. Viviamo in una rete di relazioni; per l'esercizio dei nostri diritti – inviolabili in via di principio, ma fragili – abbiamo bisogno dell'osservanza

⁹ D. Acemoglu, A. Robinson, *The narrow corridor*, New York, Penguin Press, 2019; tr. it. *La strettoia*, Milano, il Saggiatore, 2020. Lo stretto corridoio in cui è possibile la fioritura della società è caratterizzato dall'equilibrio fra la società e lo Stato.

¹⁰ N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, La nave di Teseo, 2021, p. 117.

¹¹ U. Beck, *Conditio humana*, Roma-Bari, GLF Editori Laterza, 2008, p. 9.

di «doveri reciproci»: doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost).

L'obbedienza, come la disobbedienza, è esercizio di libertà. Sul mondo delle norme «*incombe il rischio della libertà individuale, che può dare a esse concretezza esecutiva o farle cadere tra le parole inutilmente dette o scritte*»¹². Ci sono situazioni (come hanno mostrato le tragedie della storia) in cui sarebbe il disobbedire la risposta giusta¹³. In condizioni normali, *legum servi sumus ut liberi esse possimus*, come Irti ci ricorda citando Cicerone. C'è bisogno di assunzioni di responsabilità per l'osservanza: comportamenti "responsabili", nel senso di non rimproverabili.

È la responsabilità per l'osservanza il significato primo e fondamentale del principio responsabilità. Il rimprovero per l'inosservanza ne è un corollario.

3. Responsabilità

C'è qualcosa che differenzia il problema della responsabilità penale dagli altri problemi di rapporto fra persone, di poteri e doveri di soggetti agenti, di chiamata a rendere conto – a rispondere – di un proprio comportamento?

In uno studio intitolato alla «decostruzione del rimprovero», Massimo Donini ha ravvisato in alcuni pensatori dell'Ottocento «le riflessioni più importanti e radicali» che a suo parere avrebbero messo in crisi l'*accountability*, intesa come «il sapere o il potere di rendere conto di quello che si fa o si è fatto». Sarebbero stati «*decostruiti o infranti*» (corsivo suo) cinque postulati della responsabilità: alcuni riguardano specificamente la pena (la possibilità di misurare il rapporto fatto-sanzione), altri riguardano il soggetto, la fiducia che l'uomo sia un agente razionale, libero di causare le proprie condotte¹⁴. I presupposti su cui basiamo la responsabilità penale «promettono in apparenza di distinguere [...] ma escludono la rilevanza esimente o attenuante di fattori decisivi e fatali per la realizzazione degli illeciti». Segue un lungo elenco di situazioni critiche che possono incidere nella vita delle persone: «tutte situazioni che non riguardano il fatto, la condotta tipica, ma la motivazione, i motivi che l'hanno determinata o condizionata»¹⁵.

I manuali penalistici più influenti, osserva criticamente Donini, «sono pieni di *blame* e di *Vorwurf* (biasimo e rimprovero); «non riusciamo più a leggerli senza un moto di timore più che di disagio». Il rimprovero della persona sa-

¹² Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., p. 152.

¹³ H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, Torino, Einaudi, 2004.

¹⁴ M. Donini, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2020, pp. 1699 s.; citazioni da p. 1740.

¹⁵ Donini, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero* cit., p. 1739.

rebbe «una categoria antropologica che il penalista può lasciare al linguaggio comune, senza costruire su di esso un edificio che non avrebbe le fondamenta per reggere». Certo, «c'è un dovere di solidarietà verso le vittime che impedisce di celebrare l'innocenza del divenire in un contesto di perdita dei soggetti responsabili»; e ciò «sollecita pene agite, non subite». Le ultime parole del lungo e denso articolo esprimono la speranza che «avremo più affidabili criteri di misura della pena»¹⁶.

Nel discorso penalistico il rimprovero è un *topos* centrale: riguarda i presupposti della responsabilità che può sfociare nella pena. Massimo Donini, da tempo fautore di un approccio al problema pena in prospettiva riparatoria, mette in discussione le premesse del problema responsabilità («presupposti che non possiamo garantire»), e continua la ricerca di modelli nuovi.

Si pongono problemi sia di linguaggio, sia di sostanza. Il lessico del rimprovero può assumere coloriture diverse: espressione di emozioni, moralismo più o meno spinto, *pathos* morale; oppure un significato tecnico, collegato a problemi di responsabilità, quelli che da sempre interessano la morale, la politica, il diritto.

Nella filosofia morale del nostro tempo, all'idea di responsabilità è riconosciuta rilevanza etica e politica. Il giudizio di responsabilità è funzionale a comunità regolate da norme di reciprocità¹⁷. È uno strumento (di potere) «prezioso e pericoloso, perché regola l'accesso o l'esclusione da relazioni cooperative». Per farne un uso ragionevole, condizione necessaria è che i criteri di responsabilità siano «compatibili con le spiegazioni scientifiche e naturalistiche del mondo e congruenti con le pratiche ordinarie».

Più che le supposte decostruzioni ottocentesche, interessano le crescenti conoscenze scientifiche. Le riflessioni sul “problema responsabilità” ne tengono conto¹⁸.

La selezione normativa dei presupposti della responsabilità penale, negli ordinamenti liberali moderni, poggia su saperi sull'uomo e sul mondo, e su concezioni morali e politiche maturate in una storia lunga e complessa. È un prodotto significativo della nostra civiltà, ovviamente discutibile e perfettibile.

Il problema dei presupposti di un possibile rimprovero ha a che fare con le motivazioni dell'agire e con possibili condizioni «non ideali»¹⁹, di qualsiasi natura: oppressione, disagio sociale, malattia. In questo contesto ha senso la critica, anche la messa in ridicolo di concezioni metafisiche del libero arbitrio,

¹⁶ Ivi pp. 1743-1744.

¹⁷ C. Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, Bologna, il Mulino, 2019, citazioni da pp. 21, 268, 23.

¹⁸ Anche le riflessioni sul libero arbitrio. Ex *multis* M. De Caro, A. Lavazza, G. Sartori (a cura di), *Siamo davvero liberi?*, Torino, Codice, 2010; M. De Francesco (a cura di), *A proposito di libertà*, Milano, Editrice San Raffaele, 2009.

¹⁹ Bagnoli, *Teoria della responsabilità*, cit., pp. 85 s.

come nel dramma di G. Buchner messo in musica da Alban Berg: *Der Mensch ist frei! In dem Menschen verklärt sich die Individualität zur Freiheit!* Nell'uomo l'individualità si trasfigura in libertà: così parla il presuntuoso dottore al povero Wozzeck. Dopo che la moglie, in una successiva lite, reagisce: «*lieber ein Messer*, meglio un coltello nel corpo, che una mano su di me», Wozzeck riflette: «Meglio un coltello... L'uomo è un abisso (*Abgrund*), a pensarci viene la vertigine».

Il dramma di Wozzeck, realistico personaggio di fantasia, mette a fuoco problemi che nel seminario maceratese sono stati oggetto di ampia trattazione.

Rispetto al castigo, i presupposti del rimprovero sono presupposti necessari, ma la fondatezza del rimprovero non è premessa sufficiente a definire i modi e il senso del castigo.

4. *Castigo*

I problemi specifici del castigo si collocano nel passaggio dalla legge al *law enforcement*, sul presupposto che sia giustificata una attribuzione di responsabilità per una colpevole inosservanza; un "rimprovero" (in senso normativo) per la condotta (attiva o anche omissiva) inadempiente.

Ciò che "fa problema" è il castigo, il *malum* insito nella pena. «*Strafts Du? Sind wir fähig zu verursachen was Dich zu Folgen nötig?*». Le parole rivolte a Dio dal Mosè di Schoenberg sono una buona introduzione al problema del punire. Tu punisci? Siamo capaci di cagionare qualcosa che Ti costringe a certe conseguenze? Traduzione laica: vi sono casi in cui la di giustizia impone il punire come conseguenza necessaria per un buon Leviatano?

L'applicazione della pena legalmente prevista, coerente con la logica dell'ordinamento, è condizione di affidabilità della sua tenuta. Come già detto, non è il fine ultimo:

il diritto non ha il fine generale di punire bensì quello di tradurre nel concreto della vita l'esigenza umana di ordine e di garantita libertà d'azione; e di fatto, in via principale esso regola e organizza la coesistenza, strutturando atti e rapporti umani nei modi della misura²⁰.

L'idea di *misura* addita il dover essere del diritto, «*realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem, et corrupta corrumpit*»²¹. La formula dantesca non è una definizione (regola d'uso) del concetto di diritto ma centra il problema fondamentale, la tensione fra la

²⁰ S. Cotta, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, Brescia, Japadre, 1977, p. 125; cfr. anche pp. 173 s.

²¹ D. Alighieri, *Monarchia*, vol. II, V.

proporzione (relazione, misura) *servata*, che *servat societatem*, e la proporzione corrotta e corruttrice. È (in linguaggio moderno) la tensione fra diritto positivo e giustizia, un problema che riguarda sia l'ordinamento giuridico sia la sua attuazione.

Competono alla politica le scelte normative concernenti il passaggio dal rimprovero (l'affermazione di responsabilità) al castigo. In ordinamenti di democrazia liberale è problema irriducibilmente aperto, entro limiti segnati da principi costituzionali.

5. Anni di piombo e giustizia penale

Sul passaggio dal rimprovero al “castigo” è occasione di riflessione l'arresto in Francia a fine aprile 2021, dopo lunga latitanza, di dieci condannati in Italia (quasi tutti per omicidio) a lunghe pene detentive per delitti di terrorismo commessi nei c.d. anni di piombo (anni '70, primi anni '80 del XX secolo).

Sulla giustizia degli arresti sono state date valutazioni positive, con varietà di motivazioni e sfumature²². Alcuni hanno ritenuto opportuno precisare: giustizia, non vendetta²³. Il tema del castigo, ultimo pezzo della attuazione della legalità penalistica, ha a che fare con il rapporto (il confine?) fra giustizia e vendetta.

I c.d. anni di piombo sono finiti per il collasso di ideologie e movimenti estremisti, a fronte della tenuta morale e politica del paese, con il contributo determinante di indagini, processi e condanne penali a pene carcerarie. L'efficienza del *law enforcement* penalistico si è avvalsa di una normativa speciale antiterrorismo che ha combinato severità di principio e tecniche premiali molto spinte, di incentivo alla collaborazione processuale (bastone e carota).

Ragionevolmente difendibile sul piano dei principi²⁴, la normativa premiale ha funzionato fin da subito, aprendo la strada a collaborazioni anche di grande importanza già nei primi tragici mesi del 1980. Autori di delitti gravissimi, che hanno prestato collaborazioni ritenute di grande importanza, ne

²² Basti qui richiamare alcuni titoli di prima pagina, nei giornali del 29 aprile 2021: «Anni di piombo, la ferita risanata» (La stampa); «Anni di piombo ultimo atto» (la Repubblica); «Giustizia è fatta» (il Giornale). Molti hanno dato rilievo all'impegno dei Governi francese e italiano, e alla soddisfazione espressa dal mondo delle vittime.

²³ Per es. l'intervista della ministra della giustizia, Marta Cartabia, a *la Repubblica*, 29 aprile 2021.

²⁴ Un'obiezione radicale contro le attenuanti premiali per i “pentiti”, sul piano dei principi del diritto sostanziale, aveva ravvisato un «paradossale capovolgimento di un classico principio garantista: quello della proporzionalità della pena alla gravità del reato e al grado di colpevolezza», L. Ferrajoli, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, «Questione giustizia», 1982, p. 217. La mia replica è che proprio tale obiezione opera un paradossale capovolgimento della funzione garantista dell'idea di proporzione (cioè l'opposizione a pene sproporzionate per eccesso).

hanno tratto un beneficio che a molti parve eccessivo; ma il modello di disciplina adottato si è mostrato funzionale rispetto al fine emergenziale (e vitale) di smantellamento delle bande armate.

A battaglia vinta, un trattamento più mite fu offerto ai “dissociati” non collaboranti, con una normativa di favore (legge 18 febbraio 1987, n. 34) che, discutibile in un’ottica astrattamente retributiva, fu una soluzione attenta ai destini delle persone, a prospettive di reinserimento morale e sociale²⁵.

Restarono a lungo in carcere gli irriducibili. Alcuni sono riusciti a fuggire all’estero. Fra questi, gli arrestati di fine aprile.

Negli arresti dei latitanti alcuni hanno visto sanata una ferita di giustizia, senza provare alcuna soddisfazione nel castigo tardivo. Particolarmente significativa la dichiarazione di Mario Calabresi, figlio della vittima (il commissario Luigi Calabresi) di uno dei primi omicidi politici degli anni ’70 (17 maggio 1972):

È stata scritta una pagina importantissima per il rispetto della verità storica e giudiziaria del nostro paese. Come mia madre e i miei fratelli non riesco a provare alcuna soddisfazione. L’idea che un uomo anziano e molto malato vada in galera non è di alcun risarcimento per noi²⁶.

Oltre al castigo come problema di giustizia, sono in gioco oggi altre funzioni o finalità del penale? Propongo alcune riflessioni, come contributo a una discussione aperta sul piano politico ed etico.

6. La dimensione del tempo

6.1. Fatti reato, giudizi penali, risposte ai reati accertati sono pezzi di una storia che si inserisce in storie più complesse. «*Il senso di ciò che è accaduto non è fissato una volta per tutte*»²⁷. Nel tempo successivo al fatto reato possono accadere tante cose, per es. possono essere tenute condotte riparatorie o di collaborazione. Anche il semplice corso del tempo modifica i modi e le prospettive del rapportarsi al passato.

Fanno parte dei modelli di risposta al reato, accanto alle pene edittali, anche istituti che spezzano o modificano la sequenza fra reato e pena, in ragione di fatti (riparazione o altro) successivi al fatto illecito commesso. La fuoriru-

²⁵ Sulla storia e le ragioni politiche della legge sulla dissociazione, cfr M. Galfrè, *La guerra è finita, L’Italia e l’uscita dal terrorismo. 1980-1987*, Roma-Bari, Laterza, 2014. Una valutazione (positiva) in A. Corda, *Le forme di diritto penale premiale nella legislazione di contrasto al terrorismo politico*, in G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell’incontro*, Milano, il Saggiatore, 2015, pp. 335 s.

²⁶ Dall’intervista resa al *Corriere della sera*, 29 aprile 2021.

²⁷ P. Ricoeur, *Ricordare, dimenticare, perdonare*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 92.

scita dallo schema astrattamente retributivo è stato l'aspetto "premiante" della legislazione antiterrorismo, che nel periodo cruciale ne ha determinato l'efficacia, e a battaglia vinta ha favorito il recupero dei "dissociati".

Il puro e semplice scorrere del tempo viene in rilievo nell'istituto della prescrizione. L'affievolimento progressivo, nel tempo, dell'interesse a punire, è stato espressamente rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 278/2000.

Cause di non punibilità sopravvenuta, nell'ordinamento italiano, sono legittime a condizione che l'effetto sulla punibilità sia previsto dalla legge, e sia un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco (Corte cost. n. 148/1983). Quale rilevanza possa o debba essere attribuita a questo o quel postfatto, o al corso del tempo, è questione aperta, ben presente nelle attuali discussioni sulle politiche penali. I concetti di "meritevolezza" e "bisogno" di pena, da tempo entrati in uso, si prestano bene a inquadrare le due prospettive, quella del rapporto fra commesso reato e sanzione astrattamente meritata, e quella del bisogno (eventuale) di pena al momento del giudizio.

Ai fini della risposta al reato la «freccia del tempo» viene in rilievo *in bonam partem*²⁸. Viene in rilievo anche nella fase dell'esecuzione della pena. «La personalità del condannato non resta segnata maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile, ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento». Da ciò l'esigenza di costruire (e disciplinare) la pena detentiva quale percorso idoneo per il possibile cambiamento, finalizzato alla funzione rieducativa di cui all'art. 27 Cost., in coerenza con il «*principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*» (Corte Cost. n. 149/2018).

Va in questa direzione l'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale, che ha motivato l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo e ha lasciato al legislatore un anno di tempo per l'introduzione di una disciplina coerente con il disegno costituzionale. L'astratta comminatoria di una pena perpetua non è in sé lesiva della dignità della persone né un trattamento degradante, «a condizione però che siano previsti in astratto, e che risultino realisticamente applicabili in concreto, strumenti giuridici utili a interrompere la detenzione e a reimmettere i condannati meritevoli nella società».

²⁸ Questo profilo è bene evidenziato da Corte cost. n. 183/2011: dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, comma 4, nella parte in cui stabilisce che, ai fini delle attenuanti generiche, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato. Tale esclusione contrasta col principio di ragionevolezza (art. 3) e con la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3): la condotta susseguente al reato «può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali»; e l'obiettivo della rieducazione del condannato «non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato». Sentenze successive (n. 74/2016) hanno confermato questa linea.

6.2. La vicenda degli ex-terroristi fuggiti all'estero, condannati per delitti di quattro o cinque decenni fa, ha portato in primo piano il nodo cruciale del rapporto fra responsabilità (il rimprovero) e pena (il castigo). Presuppone risolto il problema responsabilità, e inquadra il castigo come problema ulteriore, in una situazione limite, l'enorme distanza dal tempo dei commessi delitti e anche delle sentenze di condanna.

Sul piano del diritto condito è ovvia la legalità del procedere in vista dell'applicazione della pena legittimamente irrogata. Le modifiche dello scenario, dall'epoca in cui hanno agito da terroristi, non sono rilevanti rispetto al rimprovero. E sul piano politico è stato ritenuto importante il riconoscimento, da parte della Francia, che l'Italia ha le carte in regola come stato di diritto²⁹.

Oggi i condannati ex terroristi sono persone anziane. Allo stato della legislazione, quelli che venissero estradati dovrebbero entrare in carcere; e solo dopo molti anni potrebbero (se ancora vivi!) accedere a misure alternative. Per la riflessione etico-politica sul castigo si pone la questione se e quale senso abbia oggi il castigare, cioè il carcere. Giusta retribuzione? O una qualche funzione preventiva (intimidazione, rieducazione, prevenzione generale)?

Sul piano della prevenzione generale, l'esecuzione della pena dopo decenni dai commessi delitti può ragionevolmente essere ritenuta non necessaria, sostanzialmente indifferente, così come è stata indifferente la lunga latitanza all'estero. Non è l'esigenza di contrasto ai terrorismi di oggi – del secolo iniziato l'11 settembre 2001 – la ragione dell'impegno delle autorità italiane per ottenere l'estradizione degli ex terroristi di un lontano ieri.

Un problema di “rieducazione” attraverso la pena, astrattamente proponibile anche per persone anziane³⁰, non sussiste rispetto a persone a cui carico non vi sono contestazioni di delitti commessi dopo la fuga all'estero, né alcun indizio di una attuale pericolosità, alla luce (per quanto sappiamo) del comportamento tenuto nei decenni di latitanza. Alla giustizia statale non interessa se e quale percorso di ripensamento morale, nel “foro interno” della coscienza, abbiano fatto gli autori di delitti di quattro o cinque decenni fa. Decisiva è la prognosi favorevole sulla condotta futura.

Ha fatto riferimento ad un possibile percorso di riconciliazione, o di verità, la ministra Cartabia³¹. Potrebbe essere la strada della *restorative justice*: un paradigma diverso ma non sostitutivo della giustizia penale, fondato sulla

²⁹ G. Fiandaca, *Cosa ve ne fate? Gli arresti in Francia e due scuole a confronto*, «Il foglio», 4 maggio 2021.

³⁰ Cfr. l'intervista di G.M. Flick a *Il giornale*, 30 aprile 2021.

³¹ Intervista a *la Repubblica*, 29 aprile 2021.

libera adesione delle persone interessate, autori e vittime di delitto³². In un orizzonte liberale non è consentita l'imposizione da parte del Leviatano. Per la società civile, l'incontro fra autori e vittime (e altri interessati) è una possibilità che gli interessati possono scegliere, un esercizio di libertà³³.

La partita oggi aperta, sul destino dei condannati estradandi per delitti degli anni di piombo, è esclusivamente il castigo, in assenza di qualsiasi rilevanza sul piano della prevenzione generale, e di qualsiasi funzione specialprevenitiva. Qualora l'extradizione fosse concessa, l'esecuzione effettiva delle pena avrebbe un significato esclusivamente retributivo, leggibile come giustizia e/o come vendetta.

Avendo riguardo alla distanza temporale dai commessi delitti, e all'inesistenza di ragioni ostative di prevenzione speciale, ha senso porsi il problema se e come costruire eventuali percorsi alternativi al carcere, al di là dei limiti attuali? Pensare soluzioni nuove per ex terroristi condannati all'ergastolo, fuggiti all'estero, sarebbe una rottura assai profonda dello schema astrattamente retributivo. Ciò non sarebbe una novità assoluta, dopo che proprio nel periodo cruciale (primi anni '80) una saggia legislazione "premiata" ha allentato la severità retributiva in vista di obiettivi ritenuti più importanti. Oggi si tratterebbe di ricalibrare il pur meritato castigo, riducendone il peso, fermo restando il significato "di giustizia" delle severe condanne.

La strada teoricamente praticabile sarebbe una rimodulazione di tempi e di condizioni d'accesso a istituti generali dell'ordinamento penitenziario (misure alternative al carcere) tenendo conto anche della grande distanza temporale dal delitto, e della condotta tenuta nel lungo periodo di latitanza³⁴. In questo contesto potrebbe collocarsi anche la questione di eventuali percorsi di riconciliazione, nell'ambito di una misura alternativa al carcere (affidamento in prova): non sarebbe accettabile come imposizione, potrebbe essere un presupposto o un elemento di percorsi più favorevoli. Gli ormai anziani responsabili di delitti d'un tempo lontano hanno la possibilità (opportunità o dovere morale) di lanciare segnali.

Chiudo queste riflessioni sugli anni di piombo con un ricordo personale, il funerale di Vittorio Bachelet, vice-presidente del CSM, ucciso nel febbraio 1980. In una affollata chiesa romana un figlio ha letto una preghiera: «Preghiamo per i nostri governanti [...] Vogliamo pregare anche per quelli che hanno colpito il mio papà perché sulle bocche ci sia sempre il perdono e mai la vendetta: la vita e non la morte degli altri». Certo, gli autori del delitto do-

³² *Ex plurimis*, G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, a cura di, Bologna, il Mulino, 2015.

³³ Un'esperienza significativa è raccontata ed esaminata in Bertagna *et. al.*, *Il libro dell'incontro*, cit.

³⁴ Sono astrattamente pensabili, ma di non facile accettazione, anche provvedimenti mirati di clemenza, legati a condizioni precarie di salute.

vevano essere ricercati e perseguiti dalle istituzioni statuali, ed era importante che fossero arrestati e giudicati. Impensabile (anche moralmente) che potessero essere perdonati sul piano legale. Ma oltre l'orizzonte istituzionale (nel quale si pone il problema del castigo) c'è un piano su cui stanno forze morali che tengono insieme la convivenza e la civiltà umana.

7. Più responsabilità, meno castigo

Nel problema del “giusto castigo” sono in gioco sentimenti forti, relativi a ferite di giustizia. Ne sono un esempio, in questo anno 2021, le reazioni (di esperti, di parenti di vittime, di gente comune) al ritorno in libertà per fine pena (dopo 25 anni) di un personaggio di spicco della mafia siciliana, autore di tanti omicidi, poi divenuto collaboratore di giustizia. Emergono e si mescolano sentimenti e ragioni di varia natura: dispiacere e rammarico, e contrastanti valutazioni su costi e benefici di normative premiali.

Nel circuito mediatico fatti delittuosi, incidenti gravi e giustizia penale dominano la scena. Dalla società civile sono rivolte alla giustizia penale (in Italia e altrove) sollecitazioni forti, richieste sia di responsabilità sia di castigo. Pensiamo a movimenti tipo *me-too*: la denuncia di fatti di abuso o molestia sessuale a distanza anche di moltissimi anni. Pensiamo a richieste di più severa tutela penale di soggetti deboli o esposti a discriminazioni. Pensiamo alle attese di pena severa in processi per disastri obiettivamente gravissimi, per numero di vittime, o per delitti contro la persona, dolosi (omicidio, lesioni, stupro) o anche omicidio colposo; il dolore delle vittime vissuto e rappresentato come criterio di commisurazione della pena (e anche desiderio di affermazioni di responsabilità). È la gravità degli eventi, assai più che la misura soggettiva della colpevolezza, l'elemento determinante per le attese di giustizia punitiva.

Anche a distanza di molto tempo, il problema del castigo resta ragionevolmente aperto per i delitti più gravi, in particolare per l'omicidio doloso. Quanto più si scende nella scala di gravità dei reati, tanto maggiore la rilevanza che può essere ragionevolmente attribuita allo scorrere del tempo. Questo aspetto non è estraneo agli ordinamenti giuridici e alla riflessione teorica: Si pensi ai modelli di disciplina della prescrizione, che differenziano i tempi di prescrizione in ragione della gravità dei tipi di reato.

Il blocco della prescrizione in via definitiva e a tutto campo, per qualsiasi reato dopo una prima sentenza, introdotto dalla legge c.d. Spazzacorrotti del gennaio 2019, ha dato espressione all'ideologia della certezza della pena, identificata *tout court* con la condanna e il castigo. Ne è stato avviato il superamento con legge 27 settembre 2021, n. 134, mantenendo a parole che la prescrizione cessa definitivamente con la sentenza di primo grado, e prefigurando una nuova disciplina sotto l'etichetta di improcedibilità. La vischiosità delle

ideologie del penale spazza ha preteso un riconoscimento a parole, che non ha alcun senso normativo e prevedibilmente sarà fonte di nuovi problemi³⁵.

La cultura penalistica è impegnata da tempo su una linea di critica e di contrasto ai populismi del più penale, e di ricerca di nuovi modelli di risposta al reato. Non è una strada facile, né sul piano tecnico, né su quello politico. Non sul piano della *politique politicienne*, né sul piano della politica alta.

L'attribuzione di responsabilità ha bisogno di criteri stringenti di giustizia: è il campo della teoria del reato, fiore all'occhiello della cultura penalistica moderna. Il nucleo del diritto criminale comprende figure stabili nel tempo (omicidio) pur entro grandi modifiche. La storia e la realtà dei modelli punitivi è assai più diversificata. Rispetto al problema castigo, possiamo trovare un consenso ampio sull'ingiustizia di talune soluzioni; assai più difficile è arrivare a soluzioni concordemente valutate come la soluzione migliore.

Fa parte del mito fondativo della nostra civiltà giuridica la trasformazione delle Erinni in Eumenidi. Le antiche mostruose divinità possono essere integrate nella giustizia della città, conservando qualcosa della loro originaria natura vendicativa, ma profondamente trasformate: divenendo benevole. Il diritto della città «non può più accontentarsi del riferimento tradizionale a un ordine cosmico³⁶, ma deve trovare in se stesso le risorse argomentative adatte ad assicurare la propria legittimazione»³⁷.

Nelle moderne democrazie liberali la politica ha la responsabilità di farsi carico delle domande provenienti dalla società: di dare risposte che tengano conto della pluralità e complessità delle ragioni in gioco; della durezza dei fatti, più che della finezza delle ragioni.

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.

³⁵ Sui profili pericolosi della riforma *in itinere*, di dubbia legittimità costituzionale se l'improcedibilità è interpretata come istituto diverso dalla prescrizione, sia consentito rinviare a D. Pulitanò, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, «Sistema penale», 19 luglio 2021.

³⁶ Sul castigo come restaurazione dell'ordine cosmico violato dal delitto, cfr. U. Curi, *Il colore dell'inferno*, Torino, Bollati Boringhieri, 2018.

³⁷ F. Ost, *L'Orestea o l'invenzione della giustizia*, in F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 86 s. (citazione da p. 144).

