



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

Ombretta Di Giovine

Delitto senza castigo?

Il bisogno di pena tra motivazioni razionali ed istinti emotivi*

1. *Premessa*

Il “castigo” evoca immancabilmente il “delitto” e suscita l’irresistibile tentazione di citare Dostoevskij.

Il riferimento a *Delitto e castigo* servirà tuttavia soltanto da schema per queste riflessioni (ha suggerito di dedicare i primi cinque paragrafi al delitto e al delinquente; i restanti alla pena), che saranno svolte immaginando un dialogo tra giuristi positivi, alla cui categoria appartengo, e criminologi di matrice sociologica. Il gius-penalista, a forza di guardare le cose dal di dentro, rischia infatti di non cogliere i contorni dell’oggetto e il disegno complessivo, più chiari per chi tale oggetto osserva a distanza. Inforcando l’altrui lente di osservazione, spero quindi di compensare un’eventuale miopia.

2. *Delitto e delinquente secondo la narrazione whig*

Come noto, la teoria dell’ordine liberale si fonda sull’idea che lo Stato stipuli un contratto con i cittadini in virtù del quale i secondi cedono al primo (una minima) parte della loro libertà e lo Stato si impegna ad assicurare (il resto del) la loro libertà e la loro sicurezza.

Il castigo discenderebbe quindi in termini di necessità dal delitto che – a sua volta – rappresenta la forma più grave della rottura del patto con lo Stato, da parte del cittadino.

In questa cornice, lo Stato è «il detentore socialmente autorizzato di diritti e l’esecutore rispettoso di doveri in ottemperanza della legge [e] la punizione

* Una versione più ampia di questo scritto è in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2021, pp. 855 ss.

non è più un atto del Sovrano, ma un dovere contrattuale che lo Stato adempie in conformità con quanto previsto dalla legge»¹.

Ora, poiché l'immagine cui noi giuristi positivi siamo legati e che ci piace difendere, pur tra dubbi e cedimenti, continua ad essere quella, rassicurante, del diritto penale tradizionale di matrice illuministica, il binomio delitto-castigo è apparso anche a noi per lungo tempo scontato. Ne abbiamo pure desunto alcuni corollari.

Abbiamo sostenuto che il diritto penale non scelga i suoi fini ma svolga/debba svolgere un ruolo passivo, di "custode" di valori ipostatizzati in principi consolidati, siano essi "naturali" o precipitati della cultura in un certo momento storico².

La letteratura consolidatasi ancora negli ultimi decenni del secolo scorso sul bene giuridico, sull'offensività, come pure gli approcci in tema di tassatività/determinatezza (che presuppongono il riferimento del legislatore a realtà empiricamente verificabili) ha tentato di predefinire l'ambito di intervento legislativo penale.

Sul versante giudiziario, lo schema sillogistico nel diritto penale è resistito più a lungo che in altre branche giuridiche, assecondando l'illusione che conclusioni obbligate fossero desumibili da premesse concordate e che per tal via il decisore potesse schermarsi da un emotivismo per definizione pernicioso.

Il disegno del delitto, nelle sue componenti oggettive e soggettive, è stato stilizzato da legislatore, giudice e dottrina – ciascuno con i propri strumenti e nei propri limiti – in una *silhouette* che risponde ai canoni dell'estetica della razionalità.

Va da sé che, in questo contesto ideale, il sistema penale abbia assunto a proprio destinatario un agente morale, anch'egli perfettamente razionale, libero di autodeterminarsi.

L'uomo illuminista è un soggetto complesso e [...] è prodotto dai costumi e si costruisce tanto sull'esperienza quanto sulla Ragione. Come un calcolatore utilitarista egli è in grado di governare razionalmente sia il dolore sia il piacere. Di più egli è un individuo morale, guidato dalla facoltà del senso morale³.

Così, sul piano di diritto positivo, l'art. 90 c.p. decreta l'irrilevanza – ai fini della non imputabilità – degli stati emotivi e passionali: una scelta ribadita in un recente schema di articolato⁴.

¹ Tra le molte definizioni disponibili, ho arbitrariamente scelto quella di D. Garland, *Punishment and Modern Society*, Oxford, Clarendon Press, 1990; tr. it., *Pena e società moderna*, Milano, il Saggiatore, 1999, p. 309.

² M.E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, in *Beling's strafrechtliche Abhandlungen*, Breslau, Schletter, 1903, pp. 136 ss.

³ Garland, *Pena e società*, cit., p. 312.

⁴ Ministero della Giustizia.it <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page?contentId=COS119

Giurisprudenza e dottrina difendono l'insegnamento della Scuola Classica, assumendo – in modo per lo più implicito ma compatto – che la norma penale parli a un agente capace di conformarsi perfettamente al precetto.

Infine, a girarci indietro, noi giuristi positivi contempliamo una via sì accidentata, costellata di cadute ed errori, ma pur sempre gloriosamente tesa al progresso giuridico.

Constatiamo cioè un graduale incremento di garanzie. Restando a conquiste abbastanza recenti, si pensi alle categorie dell'offensività e della colpevolezza: teorizzate da tempo in dottrina ma sino a pochi decenni fa nemmeno riconosciute in "principi" dalla Corte costituzionale; oggi consacrate come tali e, pur tra ripensamenti e contraddizioni, in fase di consolidamento giurisprudenziale.

Con il linguaggio criminologico⁵, potremmo definire questa una lettura *whig* del diritto penale.

3. *Delitto e delinquente secondo la narrazione revisionista*

Al di fuori della letteratura giuspenalista, è esistita però una narrazione alternativa, c.d. revisionista.

Nella sociologia e nella criminologia del secolo scorso, il diritto penale classico e i suoi postulati non godevano della considerazione che in quegli stessi anni tributavano loro molti giuristi positivi, anzi.

Un ricco e polifonico dibattito ha scardinato il binomio "delitto-castigo", proponendone una lettura scettica: nell'ipotesi meno radicale, il "delitto" sarebbe stato un *accidente*, colto come occasione dallo Stato e dai detentori del potere per mettere a punto ed esercitare un pregnante controllo sulla società; nell'ipotesi più radicale – quella propugnata dal c.d. *labelling approach* –, delitto e delinquente sarebbero stati addirittura mera costruzione sociale.

Con scoperti riferimenti citazionali, si è sostenuto che «il binomio delitto-castigo cessava di essere rappresentato in termini naturalistici per essere inserito nel processo (storico) di definizione delle norme, di etichettamento di chi le trasgredisce, di messa a punto di tecniche capaci di indurre conformità e di reprimere difformità, di definizione dei confini tra normale e patologico», allo scopo di agevolare l'esercizio del potere⁶.

876&previousPage=mg_1_36>, gennaio 2022.

⁵ Per esempio, D.J. Rothman, *Social Control: The Uses and Abuses of the Concept in the History of Incarceration*, «Rice University Studies», vol. 67, 1981; tr. it., *Controllo sociale: l'uso e l'abuso di un concetto nella storia dell'incarcerazione del diritto penale*, in E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 290.

⁶ Santoro, *Carcere* cit., p. 8, nel lavoro introduttivo di un'antologia di saggi di questi ed altri autori che reca l'omonimo titolo.

Anche la letteratura revisionista è stata a sua volta “revisionata”, ma per ora interessa notare come essa, sul fronte del delinquente, revocasse in dubbio la validità dell’assioma, tipico del diritto penale classico, dell’assoluta razionalità e libertà individuale, denunciando le mostruose opportunità di strumentalizzazione che in quell’idea si possono annidare.

La rappresentazione del soggetto come individuo (sempre e comunque) responsabile, secondo i revisionisti, era una finzione voluta, premeditata, strategica, perché “comoda” al potere e alla sua gestione. Sempre con parole altrui, «trascurare tutti i vincoli sociali che condizionano gli individui svolgeva infatti un’importante funzione pedagogica: considerare pregiudizialmente l’individuo responsabile serviva ad insegnargli a comportarsi in modo responsabile»⁷ o – si potrebbe dire – nel modo che l’ordinamento si aspettava da lui, fornendo al sistema una giustificazione per reprimere la deviazione da quello che ritiene l’ordine predefinito ed un pretesto per ripristinare, attraverso l’esempio, quello costituito.

4. *Delitto e delinquente alla luce delle evidenze attuali. La piena libertà dell’uomo: una finzione...*

Sebbene suggestiva, molti pensano che la lettura revisionista non fosse corretta e che, in particolare, abbia sovra-interpretato le funzioni di controllo sociale affidate alla pena e al carcere in particolare.

La letteratura sul controllo sociale degli anni Settanta esagera il peso della dimensione coercitiva a spese di quella consensuale [...]. Il [...] sospetto è che la nuova storia sociale della legge e della pena negli anni Settanta ha esagerato la centralità del ruolo dello Stato, della polizia, della prigione⁸.

Ascrivendo una «razionalità cospiratoria alle classi dominanti»⁹, tale narrazione avrebbe assunto in alcune espressioni toni parossistici e/o quasi fiabeschi¹⁰, scadendo paradossalmente nel riduzionismo sociale¹¹ o in una ermetica del sospetto¹².

⁷ Ivi, p. 9.

⁸ M. Ignatieff, *State, Civil Society and Total Institutions: A Critique of Recent Social Histories of Punishment*, in M. Torny, N. Morris (ed. by), *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, vol. 3, University of Chicago Press, 1981; tr. it. *Stato società civile ed istituzioni totali: una critica delle recenti storie sociali della pena*, in Santoro, *Carcere* cit., p. 283.

⁹ Ignatieff, *Stato* cit., p. 260.

¹⁰ L. Wacquant, *Simbiosi mortale. Neoliberalismo e politica penale*, Verona, Ombrecorte, 2002, p. 7.

¹¹ Altra espressione di Ignatieff, *Stato* cit., p. 273.

¹² Santoro, *Carcere* cit., p. 7.

È probabile che simili critiche siano fondate e che i “revisionisti” abbiano effettivamente attribuito ai decisori politici credenze, intenti e in genere una consapevolezza diversa o maggiore di quella che avevano.

Se appare eccessivo ridurre il male inflitto dalla pena ad una volontà deviata, va però riconosciuto che i revisionisti hanno messo in luce come il diritto penale non sia soltanto il riflesso passivo di modelli culturali esistenti, ma anche un generatore di relazioni e sensibilità culturali¹³.

Essi hanno inoltre richiamato l’attenzione su quanto potrebbe esserci di vuoto e retorico nella stessa definizione di “diritto penale liberale” (ritenuta) matrice illuminista. Posto che un sistema non è uguale all’altro e che ce ne sono (ce ne sono sempre stati) di più o meno “illiberali”; precisato pure che l’etichetta “diritto penale liberale” si presta a comprendere manifestazioni tra loro anche lontane, i revisionisti ci hanno ricordato i rischi insiti nelle narrazioni estetizzanti che prediligano la nettezza del costruito teorico sulla confusa opacità del dato empirico.

Anche su un altro punto il loro insegnamento potrebbe aver colto nel segno: sebbene con ogni probabilità la rappresentazione da parte del diritto penale tradizionale del destinatario del precetto quale soggetto perfettamente libero e in grado di autodeterminarsi non sia stata così funzionale e strategica come denunciato, oggi abbiamo ulteriori ragioni per dubitare che sia mai stata vera.

La riflessione criminologica, che si nutre ma non si esaurisce nella letteratura succitata, ce lo ha dimostrato. Piacciono o meno, le neuroscienze e le *behavioural genetics*, confermano molte tesi della Scuola Positiva, mettendoci di fronte al fatto che l’uomo è per gran parte in balia del caso, del combinarsi fortuito di circostanze ambientali e fattuali su cui esercita un controllo piuttosto relativo: i suoi spazi di libertà (pur esistenti) sono decisamente più ridotti di quanto si rappresenti e vengono ricostruiti *ex post*, in modo per lo più confabulatorio, grazie meccanismi (essi stessi) neurobiologici i quali lo predispongono, nel suo interesse, all’auto-illusione¹⁴.

Accade così che molti sostenitori delle c.d. tesi compatibiliste – le tesi che ritengono la compatibilità tra l’idea che la libertà sia un’illusione e l’autode-

¹³ Le parole sono di Garland, *Pena e società* cit., p. 292, il quale di seguito evidenzia come pratiche, istituzioni e discorsi penali hanno una funzione non soltanto negativa, di repressione della devianza, ma anche attiva, di creazione della normalità. Ivi, p. 295.

¹⁴ Pescando all’interno di un’ormai molto ampia letteratura, rinvio alle riflessioni di due filosofi da tempo interessati alla materia neuroscientifico: T. Metzinger, *The Ego Tunnel. The Science of the Mind and the Myth of the Self*, New York, Basic Books, 2009; tr. it. *Il tunnel dell’io. Scienza della mente e mito del soggetto*, Milano, Cortina, 2010; D.C. Dennett, *From Bacteria to Bach and Back. The Evolution of Minds*, New York, W.W. Norton Company, 2017; tr. it. *Dai batteri a Bach. Come evolve la mente*, Milano, Cortina, 2018. Per le implicazioni penalistiche, sia consentito limitare la citazione a O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, Giappichelli, 2019.

terminazione assunta alla base del sistema penale – si accontentino di argomentare la necessità di tenere distinti il piano neuro-filosofico da quello giuridico, sulla base della pragmatica esigenza di difendere gli scopi che questo persegue¹⁵.

Come diremo, tale soluzione si basa in sostanza sull'idea che *un mondo in cui si finge che l'uomo sia libero è migliore di un mondo in cui lo si neghi* e per questa ragione è da preferire alle sue alternative. Tale soluzione è però anche compromissoria e inappagante. Sarà pur vero che il diritto è costruzione sociale che, insieme ad altre, fornisce modelli basilari per la nostra comprensione di noi stessi, degli altri e delle relazioni che devono intercorrere tra noi e gli altri¹⁶. Tuttavia, le sue *chance* di tenuta non possono prescindere nel lungo termine da un aggancio con la realtà del mondo.

Con parole diverse, il diritto penale è riflessivo, come le altre scienze sociali, ma non tutto e solo riflessivo. Il progredire dello Stato di diritto, prima o poi, ci porterà a fare i conti con il “fatto” che non siamo del tutto – e forse siamo davvero molto poco – liberi di scegliere se delinquere o meno. Di sicuro, poi, qualcuno è meno libero di altri.

Tale ultima considerazione conduce all'ultimo merito delle tesi revisioniste (il più rilevante, forse), consistito nel richiamare l'attenzione sui rischi che la presunzione di libertà sia strumentalizzata *contra reum* o, per meglio dire, *contra* certi rei.

Ignorando il fatto che non abbiamo ricevuto tutti le stesse opportunità (dalla natura, dalla famiglia, dalla società) e che quindi non siamo tutti liberi in egual misura, il penalista positivo rischia infatti di trascurare che l'ipocrita presunzione posta alla base del sistema si traduce per i meno fortunati – *e solo per essi* – in una maggiore probabilità di incorrere nel castigo sociale, economico, affettivo e, per quel che ci riguarda, penale.

D'altronde, sappiamo che l'immagine tipica del diritto penale classico di un reo perfettamente razionale e libero di autodeterminarsi – previa banalizzazione, certo – sia stata mutuata, propagandata e spesa dalle politiche penali (soprattutto) delle nuove destre, allo scopo di inasprire il furore repressivo e così biecamente carpire consenso elettorale¹⁷.

¹⁵ Sul fronte giuridico, questa è la storica posizione di Morse. Tra le sue prime posizioni sul punto, vd. S.J. Morse, *New Neuroscience, Old Problems*, in B. Garland (ed. by), *Neuroscience and the Law*, New York, Dana Press, 2004, pp. 157 ss. In Italia, vd. Basile, Vallar, *Neuroscienze*, cit., pp. 273 ss. Sul fronte scientifico, per tutti, M. Gazzaniga, *Ethical brain*, New York, HarperCollins, 2005; tr. it. *La mente etica*, Torino, Codice, 2006, pp. 96 ss., in part., p. 99; su quello filosofico, M. De Caro, M. Marraffa, *Mente e morale. Una piccola introduzione*, Roma, Luiss Press, 2016, pp. 13 ss.

¹⁶ Garland, *Pena e società* cit., pp. 291 ss.

¹⁷ Per tutti, M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, il Mulino, 2017; A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura. Affrontare il tema della sicurezza in modo democratico*, Milano, Feltrinelli, 2018; E. Grande, *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, Sellerio, 2007. La tematica si lega a quello del “diritto penale del nemico”, categoria coniata

Il dibattito criminologico del secolo scorso ha dunque reso più difficile il *disingaggio morale*¹⁸ del giurista contemporaneo che si sforzi di continuare ad ignorare questi dati.

D'altra parte e nonostante tutto ciò, la finzione della (relativa) libertà del destinatario del precetto penale resta irrinunciabile.

5. ... *tuttavia necessaria*

Nulla di nuovo, si dirà, pensando al dibattito che a fine Ottocento contrappose Scuola Classica e Scuola Positiva. Così come di certo risalente è la soluzione del problema.

Sempre David Garland¹⁹ ricorda che a conclusioni analoghe a quelle dei già ricordati “compatibilisti” era già arrivato per esempio Raymond Saleilles il quale, cercando una sintesi di quel confronto, riconosceva che il libero arbitrio è un’illusione, ma lucidamente predicava che tale illusione andasse ad ogni costo mantenuta perché comunque esiste – è “vera” – e necessaria ad assicurare sicurezza pubblica e difesa sociale²⁰.

Il nostro codice scelse salomonicamente di preservare la finzione generale della libertà a fondamento dell’intervento penale, consentendo però di metterla giudizialmente in discussione nei singoli casi concreti.

È questo il sistema ancora vigente, che fa dell’imputabilità (*insanity*, nei sistemi anglosassoni) una “camera di compensazione” dagli spazi discrezionalmente gestibili.

La novità rispetto al passato, piccola e grande al tempo stesso, sta però nell’affinarsi dei “microscopi”, e cioè nella disponibilità di dispositivi culturali e di tecnologie che permettono di guardare più da vicino e in profondità la mente umana e il cui uso consentirebbe, volendolo, di ridurre molto lo spazio del “normale” a favore del “patologico”, con connessa progressiva restrizione dell’area della responsabilità morale dell’individuo²¹.

dal giurista tedesco Guenther Jakobs e ben nota anche al penalista italiano. Per tutti, M. Donini, M. Papa, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁸ L’espressione è di A. Bandura, *Moral Disengagement. How People Do Harm and Live with Themselves*, New York, Worth Publishers, 2016.

¹⁹ D. Garland, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Hants, England; Brookfield, VT, 1985; tr. it. *Giurisprudenza classica e criminologia*, in Santoro, *Carcere cit.*, pp. 329-332.

²⁰ R. Saleilles, *L’individualisation de la peine*, Paris, Felix Alcan Editeur, 1898.

²¹ Sebbene l’imputabilità resti uno specchio significativo delle possibili trasmutazioni penalistiche, la restrizione dei margini di responsabilità penale potrebbe ovviamente derivare anche da una lettura “illuminata” dell’elemento soggettivo (di cui si insiste nel richiedere la psicologizzazione), dall’individualizzazione del trattamento sanzionatorio ecc.

Quando Dovstoevskij ricostruisce gli antefatti che condurranno Raskòl'nikov a uccidere la vecchia, si sofferma sulle condizioni di miseria del giovane, sulla sua atipica sensibilità, sulla sua crescente misantropia, sui suoi tormenti interiori, che ripetutamente definisce «mono-manie»; indugia sui deliri che lo portano a confondere sogno e realtà; insiste pure sull'eccezionale concatenazione di eventi (destino?) che sembra quasi portarlo per mano a commettere il misfatto. Questi profili finiscono con l'assorbire l'attenzione del lettore, relegando ad una posizione marginale le teorizzazioni della liceità del crimine ove realizzato da persone "straordinarie" (la teoria esposta da Raskòl'nikov in un articolo, come noto, paragonata allo *Übermensch* di Nietzsche) e del "superamento del confine" (di cui parla nella confessione a Sonja). Teorizzazioni che nell'economia del racconto sembrano degradate a fantasie di una mente scossa.

Ove una macchina oggi ne scansionasse le funzioni cerebrali, probabilmente Raskòl'nikov sarebbe ritenuto da uno psicopatologo forense con interessi in campo neuroscientifico più *mad* che *bad* e quindi non imputabile o semi-imputabile al momento del fatto.

Così come nella vita e nella psiche di Raskòl'nikov, in tante altre storie e in tanti altri animi ravviseremmo pulsioni non addebitabili al reo che lo spingono "suo malgrado" – e cioè ottenebrando le sue capacità cognitive ed allentando i suoi freni inibitori – a delinquere. Basterebbe osservare queste storie e questi "animi" più da vicino: opzione agevolmente realizzabile oggi, grazie al progresso di scienza e tecnologia.

D'altronde, se fino a poco tempo fa si riteneva facesse venir meno l'imputabilità soltanto il vizio di mente consistente in un difetto organico, ovvero in vere e proprie psicosi, nel 2005 le SS.UU. della Cassazione hanno riconosciuto il potenziale rilievo anche dei meri "disturbi della personalità" (Cass., SS.UU., 8 marzo, 2005, n. 9163, Raso).

La giurisprudenza, dal canto suo, si è mantenuta per lungo tempo su posizioni restrittive, sensibili alle esigenze di difesa sociale, richiamando sul piano astratto l'insegnamento Raso per negarne però la ricorrenza nei casi concreti, col mettere in dubbio a volte la sussistenza stessa del disturbo, a volte la relazione causale con il delitto, altre volte ancora la "consistenza, peso o rilevanza" richiesti da quell'arresto. E ciò ha potuto fare giocando sull'incertezza delle classiche consulenze psico-patologiche nel processo, non di rado tra loro contrastanti.

Ebbene, la strada della negazione potrebbe farsi in salita ove la scienza riuscisse ad individuare i correlati biologici a tali disturbi, rendendo le diagnosi un po' meno incerte e un po' più verificabili/falsificabili. Più in generale, valutazioni serie e realmente personalizzate sulla capacità di intendere e di volere amplierebbero l'eccezione a discapito della normale "autodeterminazione". E nella giurisprudenza già si coglie qualche segnale di apertura, sino

a poco tempo fa inimmaginabile, verso la rilevanza di disturbi anche soltanto temporanei.

Il punto è che non tutti i reati suscitano la stessa simpatia delle creature dostoevskijane. Soprattutto, in molti casi residuano esigenze di difesa sociale di cui l'ordinamento deve farsi carico.

Una casistica che discuto spesso, perché "limite" ma per questo emblematica delle difficoltà cui andremmo incontro ove le categorie penalistiche siano interpretate in senso davvero personalistico, interessa il trattamento penale dei soggetti con psicopatie accertate, che abbiano commesso un delitto²².

La Cassazione identifica per insegnamento costante la capacità di intendere e di volere che integra la nozione di imputabilità nella capacità di "pensiero ordinato e razionale". Ebbene, gli psicopatici sono senz'altro capaci di pensiero ordinato. Spesso lo sono anzi più delle persone normali e per questa ragione sono ritenuti perfettamente "sani" e imputabili dai giudici che, se commettono un reato, li destinano alle patrie galere. Ma tale soluzione è corretta?

Oggi si danno ottime ragioni per pensare che alla capacità di intendere concorrano anche abilità diverse da quelle puramente cognitive: che sia cioè necessaria altresì la comprensione *from inside* di fatti emotivamente qualificati, capacità cui è preposto il buon funzionamento del nostro sistema emotivo. Tale comprensione, in quanto intuitiva e non mediata dalla cognizione, è infatti più profonda; attiva oltretutto in modo automatico i freni inibitori, sicché chi ne è sprovvisto si trova innegabilmente in una posizione diversa e sfavorevole rispetto al normotipo, avendo maggiori fattori predisponenti al rischio penale.

Ebbene, come noto, gli psicopatici tale comprensione non la possiedono o la possiedono in misura ridotta. Chi più chi meno, sono incapaci di emozione e quindi non *possono* sentire il grado ed il tipo dell'offesa (per loro violazioni sostanziali e violazioni convenzionali sono equivalenti); non dispongono cioè del nostro "innato" sistema morale (*moral sense*). È allora "giusto" che il nostro diritto *in action* si conformi alla narrazione della filmografia tradizionale e dalle *crime-series tv*, ravvisandovi persone "bad"? Non sarebbe più coerente (consono al nostro grado di civiltà giuridica) qualificarli come "mad"?

Dando la seconda risposta per scontata, si aprirebbero tuttavia alcuni non secondari problemi, inerenti alla pura ineludibile difesa della collettività.

Quale destinazione per lo psicopatico grave – soggetto suo malgrado comunque pericoloso – dopo il giudizio? Non il carcere, ma neppure le REMS che oltretutto sono allo stato poche (insufficienti a far fronte alla domanda), poco custodiali e poco... custodite²³.

²² Di Giovine, *Ripensare cit.*, pp. 49 ss.

²³ I problemi del sistema sono ora autorevolmente denunciati nella sent. Corte cost. n. 22/2022, a firma del Giudice Viganò, depositata il 27 gennaio 2022.

Né sarebbe eticamente concepibile imporre al pericoloso sociale un sostegno “terapeuticamente” orientato, come vuole una criminalistica che, accanto a terapie più *soft* (come quelle nutrizionali o fondate sul potenziamento di alcune funzioni attraverso il loro mero esercizio), propone interventi invasivi, quali il ricorso a farmaci o alla ripetuta stimolazione transcranica in funzione di *neuro-enhancement*²⁴.

Così stando le cose, la libertà dell'uomo – seppur in molti casi odiosa – a molti appare una finzione ancora necessaria: il minore dei mali. Una volta aperto il vaso di Pandora, ne uscirebbero tanti e tali problemi cui sarebbe difficile, se non impossibile, dare soluzione soddisfacente. Meglio allora tenerlo chiuso... finché si può.

Resta tuttavia il disagio del penalista positivo contemporaneo per reagire al quale, non potendo egli disinnescare il congegno “delitto-castigo”, tenta di farlo deflagrare, concentrando i suoi sforzi sul secondo termine del binomio: cercando di umanizzare, depotenziare, attenuare nei limiti del possibile la crudeltà della pena.

Non siamo tutti eguali né sul piano biologico, né (ancor meno) sul piano delle opportunità sociali, ed è a questo punto evidente che alcuni soggetti sono particolarmente svantaggiati (non per loro colpa) rispetto ad altri. Se il sistema penale, in nome delle ineludibili esigenze di difesa sociale non può sopportare il carico di un esplicito riconoscimento di questa verità, l'unica via è mitigare nei limiti del possibile la risposta sanzionatoria. Sul castigo e sui suoi scopi si sposta quindi il fuoco del discorso.

6. *Il castigo secondo la narrazione whig*

Si è ricordato che secondo molte voci della letteratura *whig* «la punizione non è tanto un atto sovrano quanto un dovere contrattuale che lo Stato compie in osservanza della legge»²⁵.

Nel segno della stretta necessità è stata lungamente percepita anche dal penalista positivo: la concezione formale del reato, di cui parlano in esordio i manuali italiani, definisce questo come quel fatto umano cui discende l'applicazione di una sanzione penale; sempre nella manualistica italiana, si è fatta largo la concezione quadripartita del reato, che lo compone, oltre che di tipicità, di antigiuridicità e di colpevolezza, altresì dell'elemento costitutivo

²⁴ E. Baccarini, L. Malatesti, *The moral bioenhancement of psychopaths*, «J. Med. Ethics», 43, 2017, pp. 697-701; A. Raine, *The Anatomy of Violence, The Biological Roots of Crime*, New York, Random House, 2013; tr. it. *L'anatomia della violenza, Le radici biologiche del crimine*, Milano, Mondadori, 2016.

²⁵ Garland, *Pena e società* cit., p. 309.

della punibilità²⁶; le cause di esclusione della pena sono da sempre soggette ad un'interpretazione restrittiva ecc.

Se poi il penalista si volta indietro, alle sue spalle ammira, seppure spalmata su un arco temporalmente ampio, una progressiva umanizzazione, mitizzazione del contenuto del castigo (dalla pena di morte a quella detentiva, ai meccanismi di riduzione o di disinnescamento della stessa e così via).

Tali *magnifiche sorti e progressive* hanno interessato anche le finalità della pena.

L'“occhio per occhio” di biblica memoria, a fondamento della moderna cultura occidentale e ricordato ancor oggi da Umberto Curi²⁷, è stato prima stilizzato in *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*²⁸ e successivamente ancora affinato.

La giustificazione della retribuzione in senso materiale ha scomodato l'imperativo categorico kantiano, e cioè il pensiero in questo punto forse non del tutto convincente (oggi suona un po' strano pensare che davvero l'ultimo sopravvissuto sulla terra abbia necessità del castigo) di un filosofo nei confronti del quale noi giuristi continentali nutriamo però sconfinata ammirazione e di cui siamo profondamente debitori sul piano culturale.

Impostazioni quali il funzionalismo jakobsiano hanno recuperato ascendenze retribuzioniste declinandole in chiave hegeliana, in ossequio ad un simmetrico disegno razionalista, armonico e suggestivo, sebbene forse più posticcio che reale: assumendo che la pena serva a negare la contraddizione che il reato crea con il diritto, vi hanno letto uno strumento di stabilizzazione delle aspettative sociali.

La bieca deterrenza (il *colpirne uno per educarne cento*) o prevenzione generale negativa viene gradualmente accantonata in favore della più nobile prevenzione generale “positiva”, che veicola un messaggio ottimista, “di speranza”, di propulsivo orientamento ai valori dominanti nella società. Valori che il diritto penale si limiterebbe ancora una volta a recepire in quanto Norma di Cultura ma del cui consolidamento/promozione si farebbe, al tempo stesso, generosamente carico.

Il culmine della parabola progressista sembrava fosse stato toccato dall'art. 27 Cost. che, con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, si sperò avesse trovato concretizzazione anche attraverso il riconoscimento dell'importante ruolo del lavoro in carcere²⁹.

²⁶ Per esempio, E. Dolcini, G. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 219; A. Manna, *Corso di diritto penale*, Padova, Cedam, 2020, pp. 197 ss.

²⁷ Già U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, pp. 114 ss.

²⁸ Grozio, *De iure belli ac pacis*, II, caput XX, *De poenis*, I, 1625.

²⁹ ... i cui limiti sono risultati tuttavia presto chiari. Per tutti, P. Bronzo, *Lavoro e risocializzazione, <legislazionepenale.com>*, dicembre 2018.

Oggi poi si cerca di dare attuazione al precetto costituzionale attraverso una via diversa – in alcune prospettazioni, come diremo, addirittura alternativa – dalla tradizionale risposta detentiva carceraria: chiamando in ballo un uso più o meno massiccio della mediazione e della Giustizia Riparativa, frontiera oltre la quale il diritto penale non sembra allo stato potersi spingere... forse non soltanto per difetto di immaginazione (ma perché il diritto penale cesserebbe di esistere).

Mutuando espressioni altrui, il giurista positivo potrebbe scorgere in questo percorso «il ruolo della coscienza come motore dei mutamenti istituzionali» e interpretare «le istituzioni contemporanee come il culmine di una storia di progresso», così alimentando pure la speranza «esse vengano migliorate in futuro attraverso lo stesso processo incrementale di attivismo filantropico»³⁰.

7. *Il castigo secondo la narrazione revisionista*

Il registro revisionista è diverso.

Già de Tocqueville aveva confutato l'idea della civilizzazione del diritto e progressiva disumanizzazione del castigo, sostituendovi una prospettiva critica in punto di pena: «sotto il governo assoluto di uno solo, il dispotismo per arrivare all'anima colpiva grossolanamente il corpo; [...] ma nelle repubbliche, la tirannide non procede affatto in questo modo: essa trascura il corpo e va diritta all'anima»³¹.

È però stata la già evocata criminologia del secolo scorso ad insinuare massivamente il dubbio che il trascorrere dalle pene corporali, dall'impiccagione, dalla berlina ecc. al sistema di detenzione non abbia segnato quel progresso che vogliamo vederci.

Più di tutti, Michel Foucault ha spiegato che, con il rapido volgersi di quasi tutte le pene in pene detentive, la penalità «passa per tutti i punti, e controlla tutti gli istanti delle istituzioni disciplinari, paragona, differenzia, gerarchizza, omogeneizza, esclude, in una parola, *normalizza*»³². La nota costruzione della punizione come «regime disciplinare».

Erving Goffman ha additato le prigioni come la più rappresentativa delle cinque «istituzioni totali», dove la «recluta» «viene immediatamente privata dal sostegno che un tal tipo di ordinamento gli offriva», e indotta a «cambiamenti radicali nella sua *carriera morale* attraverso «una serie di umiliazioni,

³⁰ Ignatieff, *Stato* cit., rispettivamente pp. 258, 259.

³¹ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835-40, tr. it., *La democrazia in America*, Milano, BUR, 2018, p. 261.

³² M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975; tr. it. *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1993, da cui sono tratte anche le citazioni che seguono (pp. 196-201).

degradazioni e profanazioni del sé che viene sistematicamente, se spesso non intenzionalmente, mortificato»³³.

Donald Clemmer ha parlato di «processo di prigionizzazione» per indicare il percorso lento e graduale che distrugge la personalità del recluso conformandola alle regole e al codice dell'ambiente carcerario e rendendone impossibile il successivo adattamento ad ogni altra comunità³⁴.

In genere, secondo la storiografia revisionista le riforme carcerarie non avrebbero affatto avuto un afflato umanitario. Tutt'altro.

Anche qui è facile e doveroso obiettare che, probabilmente, in rapporto ai tempi, le pene non sarebbero potute essere diverse da come erano.

Anche qui, al di là di alcuni eccessi interpretativi, va però riconosciuto che il revisionismo ha acceso i riflettori sui problemi più seri della giustizia penale, ovvero sulle contorsioni del sistema penitenziario, accelerando la presa di consapevolezza dello studioso di diritto penale, per formazione concentrata più sul precetto che sulle conseguenze della sua violazione.

Grazie alla citata letteratura, chiunque oggi si occupi del diritto penale anche soltanto sul piano scientifico non può misconoscere che le ferite dell'anima sono gravi quanto quelle del corpo – anzi, talvolta hanno più difficoltà a cicatrizzarsi –, ma meno riconoscibili e quindi più insidiose.

Ha imparato come e quanto il racconto sulle finalità della pena condizioni la costruzione dei contenuti di quest'ultima.

Ha appreso che la retribuzione è una concezione filosofica della pena piuttosto “comoda”: prospettando una necessità di tipo pratico-morale (nella visione kantiana-materiale) o di tipo logico (in quella hegeliana-ideale), la retribuzione può sconfinare agevolmente nel dogma, sottraendosi alla possibilità di smentita.

La *deterrence* sembra più confutabile della retribuzione, posto che gli studi criminologici sono in grado di verificare se davvero e quanto la pena dissuada dalla commissione del reato (e, in genere, sappiamo che i dati non sono confortanti), ma il suo fallimento può essere comunque occultato, in tutto o in parte, evocando contropunte predisponenti al reato (*la minaccia di pena non ha funzionato perché, in questi casi ecc.*). La prevenzione generale resta insomma pur sempre una “narrazione”.

Per la rieducazione vale un discorso un po' diverso; il cui esito è però comunque sconsigliato. Fingerò di ignorare l'inquietante rischio – anche oggi

³³ E. Goffman, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, New York, Anchor Books, 1961; tr. it. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, Einaudi, 2010, p. 44.

³⁴ D. Clemmer, *The Prison Community*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1940; tr. it. *La comunità carceraria*, in Santoro, *Carcere* cit., p. 211.

evocato da Umberto Curi³⁵ – di un’«utilizzazione pedagogica della pena» (il suo dissolvimento presupporrebbe che possa accertarsi che chi commina la pena sia detentore di un sistema di valori “giusto”). Anche se la rieducazione viene privata delle note di intima adesione al progetto e rimodulata in asettica “risocializzazione” o “prevenzione speciale positiva”, sappiamo per certo che il carcere centra raramente tale (più modesto) obiettivo. Nel relativo racconto, infatti, i margini di possibile affabulazione si assottigliano: che il condannato sia stato dal carcere “ri-educato” o piuttosto ulteriormente “dis-educato”, come solitamente accade, è un dato oggettivo, sotto gli occhi di tutti, poco manipolabile.

Gratta gratta, al fondo delle teorie della pena resta quindi soltanto la vecchia esigenza di difendere la collettività da soggetti pericolosi che si siano macchiati di un reato.

Ricorrendo alla terminologia qui prescelta, sono insomma ormai acquisiti i limiti della narrazione *whig* della pena.

Della pena carceraria che – si obietterà – non è l’unica pena immaginabile.

In altre parole, la lettura revisionista ha agevolato la presa di consapevolezza dei limiti del sistema carcerario, ma si potrebbe replicare che proprio questa consapevolezza costituisca oggi uno sprone per il giurista positivo: l’assunto di partenza verso un ripensamento complessivo del sistema delle pene.

Si sta cioè facendo strada la convinzione che il carcere, in una larghissima fetta di ipotesi, non sia un’istituzione necessaria e nemmeno utile, ma un residuo di inciviltà, una barbarie di cui vergognarsi. Lo Stato non si asterrebbe dall’infliggere sofferenza inutile soltanto perché ancora non ha ancora recepito per il problema una soluzione alternativa al carcere.

E verso tale alternativa, ovvero in direzione di un allargamento dell’area concettuale della sanzione penale, muove una parte importante (per quantità e qualità) dell’attuale dottrina penalistica, quando, bollata l’idea del “castigo” come obsoleta, si propone di attuare il precetto costituzionale in chiave realmente rieducativa e tale quindi da soddisfare pure le richiamate esigenze di difesa sociale.

È questo il momento della Giustizia Riparativa: fioriscono studi, “laboratori” pratici e piccoli esercizi di diritto positivo (come la messa alla prova dell’art. 168-*bis* c.p.) che cercano di evitare il *cul de sac* del carcere imboccando vie alternative davvero riabilitanti. E presso il Ministero della Giustizia sta lavorando una commissione, presieduta da Adolfo Ceretti, per attuare sul punto la delega della “riforma Cartabia”.

³⁵ V. già U. Curi, *I paradossi della pena*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2012, pp. 1082-1083.

8. Verso la scissione del binomio e il superamento del castigo? L'irrompere della Giustizia Riparativa nel dibattito dottrinale italiano

Precisato che le posizioni dottrinali sulla Giustizia Riparativa sono ricche e variamente articolate, in modo affatto arbitrario ne selezioneremo tre.

La prima è quella di Massimo Donini, che ha teorizzato una rifondazione del sistema in cui la riparazione dovrebbe essere il primo rimedio al quale subentra, soltanto in caso di fallimento, la pena.

Lo Stato dovrebbe offrire come prima scelta, come programma principale, un percorso riparativo, cioè una sorta di pena agita, che si agisce, e poi solo in forma sussidiaria o alternativa la pena subita, perché se non c'è la prima allora non si può negare una vera sanzione afflittiva, che a questo punto costituirà l'*extrema ratio* perché il primo progetto non è stato seguito³⁶.

Non si tratta di una proposta solo operativa: Donini ne desume sviluppi rilevanti per una rifondazione del sistema.

L'autore auspica infatti una «vera *rivoluzione epistemologica* nella costruzione delle pene e nella loro applicazione». Se il progetto riparativo comprende, come sempre, la soluzione del conflitto con la vittima e la ricostruzione dei valori lesi attraverso il comportamento, la novità sta nel fatto che questo *post delictum* contrario e riparatore non deve essere per forza spontaneo. Secondo l'autore, può essere «positivamente indotto e in qualche caso anche coattivamente indotto»³⁷.

Il concetto è: la pena è necessaria quando non è possibile la “soddisfazione” o la riparazione; ma la pena è comunque superiore al valore della riparazione. In questo *quid pluris* sta la sua essenza [...]. Per questo motivo la riparazione deve essere all'origine concettuale della pena³⁸.

Nella prospettiva di una rifondazione *ab imis* del sistema sanzionatorio, Donini si dichiara scettico riguardo alla possibilità di ricostruire la funzione della pena in chiave di retribuzione, la cui capacità di inserire il limite della proporzione sarebbe stata sovrainterpretata. Mentre il danno economico nel diritto civile è misurabile e quindi la sanzione può essere proporzionata, la proporzione nel diritto penale resterebbe un'idea irrealizzabile, perché qui non si dà – non può esistere – un metro di valutazione. Ragione per cui la pena, anche quella editale, si riempirebbe invisibilmente di prevenzione.

Viceversa, ponendo alla base della reazione dello Stato, la riparazione, «tutta la pena dovrà beneficiare di questo *nuovo orizzonte di senso*»: diverrà

³⁶ M. Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, «Questione Giustizia», 29/10/2020, p. 6. Già peraltro Id., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2013, pp. 1162 ss.

³⁷ Donini, *Pena agita* cit., p. 5.

³⁸ *Ibidem*.

cioè possibile scorporare le surrichiamate (perniciose) istanze general-preventive dalla fissazione legislativa della cornice di pena³⁹ e riparametrare la pena secondo un criterio di razionalità “esterna” (nel confronto con le altre fattispecie, ma anche) secondo una scala interna. La pena andrà infatti

misurata sì rispetto al bene giuridico offeso, ma in rapporto alla sua riparabilità o riparazione come “*base di calcolo*”, che è unità di misura meno arbitraria: non un’idea manipolabile di gravità e proporzione dove si mettono “dentro” alla cornice, *indistintamente e dall’inizio*, fatto, colpevolezza e autore⁴⁰.

Su un fronte più conservatore – o forse semplicemente più cauto – Mimmo Pulitanò si domanda se la riparazione sia davvero sempre possibile e, più a fondo, si interroga sulla validità di un progetto che miri in pratica ad annullare la dimensione pubblicistica del diritto penale e del suo precetto⁴¹.

Secondo l’Autore, invece,

una buona (cioè realistica) teoria del diritto penale può (deve) partire dalla realistica presa d’atto che il diritto penale è strutturalmente autoritario, tecnologia del potere» e che «*competete alla macchina del law enforcement far valere il principio responsabilità nel caso di rotture gravi di regole importanti di convivenza. C’è bisogno della forza e autorevolezza del Leviatano (ne sono parte anche inquirenti e giudici)*»⁴².

Pulitanò non chiude alla riparazione, ma la circoscrive al momento sanzionatorio. Osserva che «la (eventuale) promessa legislativa di un trattamento più mite a seguito di condotte riparatorie (o di altre condotte successive al reato: per es. la collaborazione con la giustizia) non fa parte del messaggio precettivo fondamentale rivolto alla generalità dei consociati. È un messaggio che ha senso nei confronti dell’autore di un reato già commesso. Suonerebbe disfunzionale se pensato nei confronti di chi si accinga a delinquere»⁴³.

Anche Giovanni Fiandaca propende per l’affiancamento del modello riparativo alle pene attuali, ma esprime perplessità riguardo a una totale riscrittura del sistema sanzionatorio⁴⁴. Sintetizzo di seguito, personalizzandole – e con ciò forse almeno nella forma “estremizzandole” – le sue preoccupazioni.

Al di là di ogni considerazione pratica sulla fattibilità del progetto in termini di risorse umane e di strutture, è davvero possibile inserire la giustizia riparativa nella dimensione ideale della pena, senza negare quest’ultima?

³⁹ Ivi, p. 14.

⁴⁰ Ivi, p. 19.

⁴¹ D. Pulitanò, *Il penale tra teoria e politica*, «Il Sistema penale», <<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/pulitano-penale-teoria-politica>>, novembre 2020, p. 12.

⁴² Pulitanò, *Il penale tra teoria e politica* cit., p. 15.

⁴³ Ivi, p. 8.

⁴⁴ G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, «Sistema penale», 28/11/2020. Sulla giustizia riparativa, già G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, Laterza, 2017, pp. 41 ss.

Davvero la riparazione potrebbe ergersi a paradigma (quasi) generale?

Non sarebbe un “salto nel vuoto” estenderla ai molti reati la cui offesa non sia riparabile in forma specifica (reati di pericolo astratto, reati *victimless*)?

Più in generale, la riparazione, soprattutto se “su larga scala”, non rischia di distrutturare il diritto penale e con esso la gabbia di garanzie che ha tentato di costruirsi nel tempo? In altre parole, mutuando la *ratio* compensativa dal diritto civile, non si indebolisce anche la faticosa costruzione teorica di contrafforti costituzionali penalistici, in modo troppo repentino perché – soprattutto in caso di *revirement* – gli effetti siano prevedibili ed arginabili?

A meno di rinunciare del tutto alla prevenzione generale, riuscirebbe un sistema penale la cui sanzione sia la riparazione a dissuadere i “malintenzionati” dal commettere reati? E quale garanzia avremmo che l’adesione del reo al programma riparativo sia reale e non opportunisticamente motivata (con conseguente rischio di reiterazione del crimine)?

Ma è soprattutto su un aspetto del discorso di Fiandaca che richiamo l’attenzione.

Sarebbe un errore, secondo tale Autore, sottovalutare la componente emozionale della pena: quella che anche pensatori raffinati le riconoscono quando parlano di “bisogni individuali e collettivi di pena”.

Premesso che «si tratta di una questione innanzitutto empirica, cui [...] non è possibile dare risposte univoche (le poche ricerche empiriche condotte per verificare il grado di accettabilità sociale di una riparazione sostitutiva della punizione forniscono risultati contraddittori, e viene messa in dubbio anche la validità scientifica dei metodi impiegati)», Fiandaca distingue due aspetti.

Su un versante psico-sociale, richiama le spiegazioni «che tendono a concepire la stessa punizione legale come uno strumento di canalizzazione dell’ostilità sociale verso il criminale, percepito appunto come un estraneo, un nemico della comunità». Su un versante psico-individuale, evoca il problema delle vittime in carne e ossa, e «della potenziale idoneità del dolore sanzionatorio a soddisfarne bisogni di riparazione psicologica e/o morale conseguenti al fatto criminoso subito».

9. *Bisogno di pena: artefatto o realtà?*

In effetti, il “bisogno di pena” è spesso frettolosamente bollato come irrazionale e quindi sottovalutato da molta letteratura penalistica.

Altrove ha invece costituito oggetto di profonde riflessioni.

Nel citato passaggio sul bisogno psicosociale di pena, Fiandaca cita Mead secondo il quale la pena appartiene al novero di *rituali sociali* attraverso cui le istituzioni sociali promuovono, organizzano, suscitano date risposte in vista

di determinati fini. «Apparentemente senza il crimine la coesione della società sparirebbe e i beni universali della comunità si sbriciolerebbero in particelle individuali mutuamente repellenti»⁴⁵.

Già Durkheim aveva teorizzato che «il castigo serve a guarire le ferite inferte ai sentimenti collettivi».

La pena non serve – o non serve che secondariamente – a correggere il colpevole o a intimidire i suoi possibili imitatori: da questo duplice punto di vista la sua funzione è giustamente dubbia, e in ogni caso mediocre. La sua vera funzione è di mantenere intatta la coesione sociale, conservando alla coscienza comune tutta la sua intatta vitalità⁴⁶.

Qualche anno prima ancora, il tema era stato sviscerato da Nietzsche in pagine potenti, il cui profondo senso oggi Umberto Curi ci ha meravigliosamente spiegato. Il filosofo tedesco cercò il fondamento della pena nella soddisfazione del diritto del creditore (dapprima la persona, e poi, a partire da un certo momento storico, lo Stato) ad assistere, compiacendosene, allo spettacolo della sofferenza del debitore che aveva infranto il contratto: nel suo diritto a somministrargli, appunto, un castigo. E, alla fine del paragrafo, scriveva

Veder soffrire fa bene, cagionare la sofferenza ancor meglio – è questa una dura sentenza, eppure un'antica, possente, umana – troppo umana sentenza fondamentale [...]. Senza crudeltà non v'è festa [...] e anche nella pena v'è tanta aria di festa⁴⁷.

Certo, da allora del tempo è trascorso e, passando, ha smussato gli spigoli più aguzzi del bisogno di pena.

È facile concordare con Didier Fassin il quale, all'esito di un'ancor recente indagine, afferma: «nell'atto di punire c'è [...] qualcosa che resiste all'esame razionale o, più esattamente, alla sua descrizione come fatto razionale», aggiungendo però che «lo spettacolo del castigo e della sua crudeltà, che una volta attirava folle nei luoghi dove avevano luogo supplizi ed esecuzioni [...] si è spostato sugli schermi televisivi»⁴⁸.

Il dato della spettacolarizzazione mediatica della gogna giudiziaria è noto, da tempo indagato negli ambienti penalistici⁴⁹ ed innegabile. Sottende però alcuni cambiamenti.

Lo Stato è sempre meno Leviatano o soltanto Stato-apparato. Ha smesso di compiacersi della sofferenza inflitta attraverso la pena e, anche se lo voles-

⁴⁵ G.H. Mead, *The Psychology of Punitive Justice*, «The American Journal of Sociology», XXIII, 1917-1918; tr. it., *La psicologia della giustizia punitiva*, in Santoro, *Carcere* cit., p. 201.

⁴⁶ E. Durkheim, *De la division du travail social* (1893), 1902, tr. it. *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di comunità, Milano, 1999, p. 126.

⁴⁷ F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, 1887, p. 55 della traduzione pubblicata da Adelphi, 1984. Il passaggio è ripreso, per esempio, in Curi, *Il colore dell'inferno* cit., p. 175.

⁴⁸ D. Fassin, *Punir. Une Passion Contemporaine*, Paris, Seuil, 2017; tr. it. *Punire. Una passione contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 101, 105.

⁴⁹ ... a far data quantomeno da G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano, Giuffrè, 1989.

se, è dubbio che riuscirebbe a svolgere strumentali funzioni di controllo o di indirizzo.

Gli Stati nazionali sembrano piuttosto asserviti alle politiche economiche globali e – qualcuno ha detto – degradati a commissariati locali di polizia, se non a servizi di sicurezza delle grandi imprese nelle quali si concentra ormai la gestione del potere politico. Al più, assecondano i desiderata sociali; minacciano pene ormai per larga parte ineffettive; alimentano paure e politiche penali securitarie improntate alla criminalizzazione della miseria⁵⁰ e poi perseguono falsi criminali, facendo credere – in modo peraltro sempre meno convincente – di aver a cuore gli interessi dei cittadini, mentre intendono soltanto comprarne il favore elettorale.

Nemmeno il desiderio sociale di punizione ha invero più la forma e i significati che ad esso attribuivano Nietzsche e gli altri autori citati. Al mutamento ha contribuito l'amministrativizzazione degli apparati penali degli due ultimi secoli, la cui gestione è stata demandata a personale specializzato in luoghi chiusi alla vista del pubblico⁵¹.

Difficile insomma pensare che lo Stato o i consociati respirino ancora «aria di festa» nell'assistere all'esecuzione della pena.

Piuttosto, siamo sempre meno interessati allo spettacolo della sofferenza fisica e intenti a schermarci dalla vista del detenuto, segregato nel carcere, ovvero in quello che per il cittadino – il quale si auto-rappresenta come ligio ed ottemperante – è semplicemente un non-luogo, un posto che non esiste⁵².

Il carcere è in assoluta prevalenza popolato da immigrati, tossicodipendenti, emarginati, persone che avrebbero bisogno di aiuto e non di “castigo” ma che, per loro sventura, sono socialmente “antiestetici”. La loro vista genera disturbo, contraddice la patinata immagine – fasulla, ma non per questo meno accattivante – di un'esistenza dorata, fatta di opportunità, di ascensione sociale e di infinita libertà. O forse, chissà, turba perché insinua il dubbio che tanta libertà e opportunità non siano davvero tali o non siano alla portata di tutti.

Comunque stiano le cose: sia che al fondo del bisogno psicologico di pena continui a pulsare un irredimibile istinto sadico (Nietzsche); sia che militi un bisogno di coesione e di riagggregazione sociale (con i diversi accenti di cui si è detto, Durkheim e Mead); sia che operi un banale meccanismo confabulatorio che ci induce, attraverso la negazione, ad immaginare *un mondo più bello* di

⁵⁰ L. Wacquant, *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Verona, Ombre Corte, 2013.

⁵¹ Garland, *Pena e società* cit., p. 222.

⁵² ... salvo tornare sotto la lente di osservazione con l'emersione di sporadici episodi, generalmente legati agli abusi delle forze di polizia penitenziaria sui detenuti.

quello reale, resta il fatto che il bisogno di pena è ancora attuale. E non svanisce semplicemente stigmatizzandolo.

10. *Piccola divagazione su castigo ed emozioni*

A questo punto, sarei tentata di chiosare che non tutto ciò che è generato dalle emozioni e che appare nel breve termine irrazionale è tale anche nel lungo termine. Meno in sintesi, potrei osservare che le emozioni non sono “razionali” o “irrazionali” in sé, potendo soltanto rivelarsi funzionali o disfunzionali in *dati* contesti e circostanze rispetto – questo è il punto – alla *fitness* individuale e cioè, nel nostro caso, all’integrazione dell’individuo nella società.

Peraltro, nella letteratura evoluzionista si è già affacciata l’idea che “morale” sia soltanto una raccolta di soluzioni biologiche e culturali ai problemi di cooperazione ricorrenti nella vita sociale umana⁵³, sicché, laddove si riuscisse a dimostrare che l’emozione per la pena promuova effettivamente cooperazione, qualcuno potrebbe affermare che vanta titolo ad essere considerata addirittura “morale”... o che comunque avesse ragione Durkheim quando leggeva nel castigo un collante sociale.

Questa sarebbe però mera provocazione. Non intendo né sarei in grado di prendere posizione su un punto così delicato. E, d’altra parte, sono anch’io convinta che il ricorso legislativo alla pena detentiva possa e debba essere molto contenuto, e che la pena si sia vista nel tempo ascrivere funzioni che hanno occultato, senza riuscirci del tutto, il vero obiettivo, consistente nella strumentale, negativa gestione del bisogno di pena (come lo chiama Fiandaca) o dell’irrazionale passione ancora contemporanea per la pena (come la chiama Fassin), scavalcando la pur ineludibile difesa sociale.

Insisto però sul fatto che, sebbene artatamente indotto o fomentato da una narrazione fallace e biecamente opportunistica, il bisogno di pena potrebbe restare a lungo vero, nel senso di “socialmente diffuso e radicato”, resistendo nella società all’uso deliberativo (in senso habermasiano) degli argomenti del giurista contemporaneo, per quanto raffinati e razionalmente convincenti essi siano.

Do per scontato che noi giuristi dovremmo impegnarci in un’attenta e mirata sensibilizzazione culturale (ce lo ricordano addirittura i programmi

⁵³ Alludo alla tesi della moralità come cooperazione (MAC) elaborata, seguendo modelli formalizzati, da O.S. Curry, *Morality as cooperation: A Problem-centred Approach*, in T.K. Shackelford, R.D. Hansen (ed. by), *The Evolution of Morality*, New York, Springer International Publishing, 2006, pp. 27-51; vd. anche O.S. Curry, M.J., Chesters, C.J. Van Lissa, *Mapping morality with a compass: Testing the theory of “morality-as-cooperation” with a new questionnaire*, «Journal of Research in Personality», 78, 2019, pp. 106-124.

ministeriali sulla “terza missione dei ricercatori universitari”!). Difficilmente, però, nell’arco del breve-medio periodo, saremo nelle condizioni di intercettare ed attingere larghi strati della società.

La crescita politica delle destre radicali e populiste – soltanto rallentata in alcuni Stati dalle contingenze legate alla vicenda Covid e alla sua gestione sanitaria – sembra anzi indiziare una domanda, contraria, di inasprimento della pena.

È questo un dato con cui fare i conti. Esso induce scetticismo riguardo alla possibilità di affrontare il problema con i soli arnesi del giurista e dovrebbe portarci a guardare con realismo innanzitutto al funzionamento della “biologia” del *moral sense*, attingendo al piano elementare ed istintivo delle emozioni, nella speranza che queste inaspettatamente – forse controintuitivamente – possano contrastare anziché assecondare, come in genere si ritiene, le derive giustizialiste del bisogno psicologico di pena.

11. *Epilogo sul castigo (forse non sempre ineludibile)*

Non c’è spazio per analizzarle, ma si danno evidenze del fatto che le nostre aspettative di “giustizia/vendetta”, quando si realizzano, ci procurano per lo più delusione e non appagamento⁵⁴. E già solo la circostanza che tali sentimenti non resistano alla prova dei fatti getta un’ombra sulla loro “veridicità” e insinua il sospetto che siano spesso superficiali.

Se così fosse, e assumendo che davvero l’amministrativizzazione nella gestione degli apparati penali abbia prodotto un allontanamento dell’uomo dall’uomo e la conseguente “desensibilizzazione” verso la sofferenza della pena, la soluzione potrebbe/dovrebbe passare innanzitutto per la riduzione di tale distanza. E a tal fine sarebbe preliminare e indispensabile un’assunzione di responsabilità di tutti, a partire dai media i quali andrebbero sollecitati – se necessario, costretti (almeno quando svolgono “un pubblico servizio”) – a dedicare spazio al tema dell’esecuzione della pena, in spregio ai problemi di *audience* e in modo da compensare le spinte giustizialiste amplificate nelle *echo chambers* dei *social networks*.

È davvero assurdo sperare che, messa la società di fronte alla sofferenza del detenuto, il bisogno di pena si attenui e il “rituale” della pena carceraria si decostruisca o quantomeno si attenui?

⁵⁴ Per un’articolata ricostruzione dei meccanismi alla base del desiderio di vendetta, M. Hauser, *Evilicious: Cruelty = Desire + Denial*, Amazon KDP, 2013; tr. it. «*Evilicious*». *Alle radici dell’odio e della crudeltà*, Milano, Mondadori, 2020.

Credo che uno sguardo sulla condizione umana delle persone ristrette nella libertà personale contribuirebbe, più di tante teorizzazioni, a dissolvere il consenso di cui presso la società godono ancora le istituzioni carcerarie.

Non potendo spiegare qui le ragioni scientifiche di tanto ottimismo⁵⁵, porto l'esempio con cui ho aperto il discorso e che ha attraversato queste pagine. L'inflizione del castigo come conseguenza necessaria del delitto è un tema ricorrente in Dostoevskij, il più potente retribuzionista della nostra storia⁵⁶, il quale infarcisce la trama dei suoi romanzi di delitti per i quali segue quasi immancabilmente la punizione e che tanto insiste anche sull'auto-inflizione della pena, dipingendola come tensione ineludibile dell'animo umano (quantomeno di alcuni).

Tale tensione è stupendamente indagata in *Delitto e Castigo*⁵⁷. Raskòl'nikov vuole soffrire, cerca l'espiazione: sul finire del romanzo si chiede ancora, su un piano meramente razionale, perché si stia per costituire; ciò nondimeno vi viene spinto da un'irresistibile forza morale. E per chi legge, non soltanto se penalista, questa sofferenza è già il meritato castigo.

Ciascuno di noi ha probabilmente pensato che la condanna ai lavori forzati in Siberia rispondeva soltanto all'interiore bisogno di espiazione di Raskòl'nikov e non ad esigenze oggettive di pena. Sicché la rinuncia ad essa non sarebbe stata certo impensabile nel suo caso.

Chi non ha simpatizzato per (ma dovremmo dire "empatizzato" con) il protagonista? Lo stesso Porfirij Petrovic giunge a implorarlo – ed è forse l'unico momento in cui è sincero – di confessare per ottenere uno sconto di pena (cosa che effettivamente accade).

Il lettore che si avvicina alle creature di Dostoevskij (quelle che lo scrittore ama; per le altre le cose stanno in modo un po' diverso), nonostante le nefandezze che hanno compiuto, non riesce ad augurare loro *altro* dolore; al contrario, partecipa alle loro sventure; giunge addirittura ad augurarsi che Raskòl'nikov non si costituisca.

Naturale allora concludere che nel contatto con l'umanità, nel nostro caso quella del carcere, possa scattare quella "comprensione incarnata", come la chiama Nussbaum, che ci fa sentire il dolore della pena.

Per depotenziare il perdurante "bisogno di pena" che osta alla sostenibilità sociale di interventi volti a mitigare il volto del castigo, si dovrebbe quindi

⁵⁵ Mi permetto di rinviare a O. Di Giovine, *Dilemmi e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna, il Mulino, 2022.

⁵⁶ Lo dice H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968; tr. it. *Responsabilità e pena*, Roma, Edizioni di Comunità, 1981, p. 185, riferendo la satira feroce che fa attraverso il personaggio di Lebezjätnikov, «seguace delle idee più moderne» anglosassoni, sulla prevenzione generale.

⁵⁷ Ma il tema percorre molte altre opere di Dostoevskij. Si pensi al capitolo dei *Demoni* sulla Confessione di Stavrogin a padre Tichon.

innanzitutto pensare ad una sorta di mediazione “al contrario” e “allargata”: così come la mediazione, che è il paradigma della *Restorative Justice*, presuppone e passa per l'avvicinamento del carnefice alla vittima, noi, la collettività, dovremmo essere spinti ad avvicinarci al reo, guardare le cose *dal di dentro*.

Prima e senza questo passaggio, riforme legislative pure condivisibili e coraggiose difficilmente raccoglieranno il successo che meritano al di fuori di una ristretta cerchia di pensatori, ed è irrealistico pensare che il binomio delitto-castigo venga, se non rescisso (esito non ipotizzabile e forse nemmeno auspicabile), anche solo allentato.

