



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

Luigi Lacchè

I paradossi del castigo

1. *Il tema*

Il terzo *Quaderno*¹ del Laboratorio di storia del penale e della giustizia² pubblica i risultati del seminario 2021 dedicato a “Il castigo”. Come sempre il volume raccoglie sia le relazioni di apertura³ presentate in occasione del Seminario (14-15 maggio 2021) sia i contributi elaborati, a seguito della discussione, da alcuni dei partecipanti⁴.

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

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

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

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

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

Nel “diritto di punire”, i fini, le funzioni⁵, le forme, i limiti della pena restano al centro della riflessione dottrinale e delle politiche sul diritto e sulla giustizia. Si tratta, ovviamente, di temi cruciali e imprescindibili, che suscitano in ogni epoca e in ogni tornante storico idee, concetti e possibili “nuove” soluzioni⁶. Questa dimensione di *longue durée* non esime tuttavia dal tentativo di cogliere lo *Zeitgeist* e di ricollegare quindi la “struttura” ai “fenomeni” che oggi si lasciano intravedere. Se appare scontato il fatto che gli “specialisti del penale e della giustizia” offrano, oggi come ieri, il loro contributo alla riflessione e al dibattito “tecnico-giuridico”, non lo è forse l’attenzione – di matrice anzitutto filosofico-antropologica – per la “profondità” semantica del punire che sembra suscitare ancora nuovi stimoli e nuovi interrogativi⁷. «All’idea di castigo – le cui logiche si collocano tra le polarità della vendetta e della purificazione e, perciò, tra “mito” e “rito” – sono da ricollegare sia i “tipi di pena” storicamente dati, sia le “funzioni politico-criminali” associate all’uso della sanzione» (Mannozi).

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

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

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

2. Radici e archetipi

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

L’origine mitico-religiosa del tema è confermata dalle parole che fanno ancora parte del nostro lessico. Pensiamo al greco *poinë*, riparare/compensare (quindi pagare in corrispettivo) ma allo stesso tempo, per addizione, punire/castigare; al *castus* di castigo come purificazione, togliere le macchie della colpa⁹; al supplizio (*sub-pleo*) come «riempire nuovamente», riportare «*ad integrum*» cioè che invece la colpa aveva “svuotato”» (Curi)¹⁰. «Le azioni malvage sono come un cancro che si diffonde nel corpo in un disordinato moltiplicarsi di cellule. Il castigo non solo ha il compito di ripristinare la salute del corpo cosmico e sociale ma anche di impedire le metastasi che procedono dal male» (McClintock). In tal senso la pena è punizione/castigo, sofferenza/cura¹¹. Per il concetto di pena vale il principio dualistico del *phármakon*, al tempo stesso “medicina” o “veleno”. Molto dipende dall’applicazione e dalle dosi.

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

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

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

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

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

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

3. Storie del penale

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

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

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

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

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

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

4. *Ci siamo sbarazzati del castigo?*

Il percorso repubblicano verso il “superamento” della pena (solo) castigo è stato, non a caso, tutt’altro che agevole. Sul tronco antico del retribuzionismo che postula la crisi di alcuni caratteri dell’indirizzo general-preventivo (tra cui l’intimidazione) e, tanto più, del fine “rieducativo” della pena, ha ripreso fiato, ad ondate, un’idea di “certezza della pena” che si allontana dal significato classico dell’illuminismo penale e del diritto penale liberale per avvicinarsi invece a quello di *castigo* inteso come inasprimento sanzionatorio, massima severità, istanza vendicativa¹² che vorrebbe orientare il sistema punitivo verso un uso “vero” del carcere in una logica di diritto penale massimo e di neutralizzazione del colpevole¹³.

La teoria di René Girard sul “capro espiatorio”, sul rito sacrificale e sul desiderio mimetico¹⁴ ha posto il problema della “presenza” della violenza

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

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

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

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

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

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

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

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

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

di veder risorgere «istanze punitive e [di] misure repressive arcaiche e fondamentalmente antimoderne»¹⁷, col rischio di scambiare vendetta e giustizia¹⁸.

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

Porre quindi l'accento sul *castigare* significa doversi confrontare anche con un'idea di pena come punizione e *purificazione*, con chiari (arcaici) presupposti religiosi e sacrali¹⁹. «Nel momento in cui la pena in senso giuridico, pur esprimendosi concretamente come meccanismo di azione sociale, si carica impropriamente di una valenza sacrale, modellandosi sulla nozione morale e religiosa di castigo, essa smarrisce ogni riferimento all'originaria ambivalenza di significati, e perde inoltre ogni connotazione negativa, venendo a indicare esclusivamente lo strumento di realizzazione di una teodicea superiore, il mezzo efficace, attraverso il quale attuare una redenzione universale»²⁰. Secondo Umberto Curi il diritto penale moderno vive un'aporia ineliminabile che nasce dall'idea di pena come *espiazione*, con una funzione assimilabile a quella purificatrice dell'ambito religioso. Per uscire dall'aporia il penale dovrebbe rinunciare al mito dell'espiazione e al suo carattere religioso ma si priverebbe, in questo modo, del principio sui cui fonda la propria originaria legittimità, cioè il rapporto proporzionale tra il reato e la pena. Il *castigo* ci "riporta" dunque verso la dimensione del sangue, del *mito* e del *sacro* e per certi versi alla «vecchia teologia della collera e della vendetta»²¹.

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

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

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

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

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

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

Con forse un ulteriore paradosso: mentre lo spazio del *castigo* ha perduto centralità e *sensu* nell'ambito religioso, specialmente cattolico (peccato-colpa-castigo), ed è discusso in quello della pedagogia e dell'educazione²² (Stara), sembra poterlo invece riacquistare, intanto a livello simbolico e comunicativo, in quello penale, ri-orientando gli stessi effetti general-preventivi (intimidazione; moralizzazione/educazione; orientamento sociale) e procedendo in direzione opposta a quella dell'umanizzazione della pena (in tutta la sua estensione concettuale e pragmatica) che ha sperimentato sulle frontiere della "giustizia riparativa" e della mediazione il tentativo di andare oltre la logica del *castigo*²³. Densità antropologica, dunque, ma anche problema della costruzione/spiegazione *politico-ideologica* della pena²⁴.

5. Verso un nuovo paradigma?

C'è una via di uscita dal "problema della pena" e dalla lunga durata del volto oscuro del castigo? Ci stiamo incamminando verso un «nuovo paradigma» (Curi)? L'orizzonte di riflessione e di esperienze²⁵ della *giustizia riparativa* – sempre più, come detto, oggetto di studio e di proposte normative²⁶ – è

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

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

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

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

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

evocato in molti dei contributi. «La giustizia riparativa apre a visioni inedite del reato: inteso come violazione non solo di una norma ma primariamente dei diritti delle persone, il reato reclama non necessariamente un castigo ma risposte orientate alla riparazione alle vittime, alla riconciliazione sociale, alla riaccoglienza del colpevole» (Mannozi). E «Osservate da vicino, – rileva Cornelli – le pratiche di giustizia riparativa – quelle che s’ispirano ai principi di una giustizia dialogica/relazionale più che le misure riparative imposte in sostituzione o in aggiunta alla pena/castigo – esprimono la tensione a una giustizia capace di guardare le persone al di là dei confini che le categorizzano, di considerare il conflitto – innanzitutto tra autore e vittima – implicato nelle violazioni dell’ordine legale come possibilità di risignificare le relazioni sociali e di assumere le istanze di non diritto come linfa per rafforzare su nuove basi l’ordine sociale». Ombretta Di Giovine individua e analizza le diverse posizioni della dottrina di fronte al problema del superamento del binomio delitto-castigo e all’irrompere della giustizia riparativa, mostrandone tutta la complessità²⁷.

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

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

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

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

Passaggi

Umberto Curi

Verso un nuovo paradigma¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il carattere fortemente innovativo – dal punto di vista teorico, e più ancora sotto il profilo dei processi concreti coinvolti – della giustizia riparativa, rispetto ai tradizionali paradigmi del diritto penale, impone infatti la mobilitazione di una molteplicità di approcci complementari: dal giurista al religioso, dallo storico della filosofia al moralista, dal magistrato al filosofo del diritto. Sebbene abbia mosso i suoi primi passi nei paesi di lingua inglese, la *Restorative Justice* ha trovato in alcune esperienze pionieristiche realizzate in Italia, in particolare presso l'Università dell'Insubria e nelle provincie di Como e Varese, e negli apporti di alcuni insigni studiosi (in particolare, Grazia Mannozi, Luciano Eusebi, Marco Bouchard, Giovanni Lodigiani), una spinta propulsiva che si è anche tradotta nella formulazione di percorsi formativi specifici, indirizzati a coloro che intendano applicare il nuovo paradigma.

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

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

Adriano Prosperi

Non uccidere, tra fede e potere

Vorrei proporre in questo avvio del seminario un problema che tra i molti possibili in una discussione sul castigo spicca in modo speciale sul piano storico, giuridico e civile: la punizione estrema, la pena di morte. La sua è una presenza ricorrente nella cultura occidentale. Ogni volta nell'affacciarsi scatena reazioni radicali di rifiuto o di adesione, segno della forza dei sentimenti e delle convinzioni che accende sia all'interno della cultura e della società occidentale sia nei confronti tra culture che fa spesso insorgere. Limitandoci alla tradizione della cultura europea i due codici fondamentali presenti e in conflitto tra di loro sono da un lato quello delle leggi mosaiche del Levitico che impongono il ricorso alla pena di morte come sanzione per molti atti e comportamenti, e dall'altro il comandamento biblico e poi evangelico "Non uccidere". Il cristianesimo vi ha introdotto di suo il culto di Gesù come figlio di Dio morto sulla croce per una sentenza ingiusta. Non si tratta di una componente da poco. Quando nel '500 i missionari gesuiti giunsero in Giappone scoprirono che questo era un aspetto capace di rendere incomprensibile e odiosa la predicazione loro com'era già accaduto nell'esperienza dei frati minori in India. Era meglio obliterarlo perché esponeva all'immediato rifiuto del cristianesimo da parte della cultura aristocratica dominante. Fu così che il loro superiore Alessandro Valignano si dedicò a comporre il suo "Cerimoniale" con suggerimenti e proposte di regole di comportamento che rivoluzionarono la strategia della penetrazione gesuitica. Invece nella cultura occidentale furono le virtù della mitezza e del perdono quelle che si imposero non solo nella morale ma anche nell'amministrazione della giustizia. Il crocifisso si guadagnò in tal modo un diritto alla presenza sui luoghi delle esecuzioni capitali come nelle aule dei tribunali. Ma intanto l'opinione di chi si azzardava a contestare il ricorso alla pena capitale fu colpita dalla condanna per eresia.

Le condizioni cambiarono con l'età contemporanea e la crisi del legame fra trono e altare. Sintomo e prodotto di questa crisi fu l'uscita a stampa nel 1823 de *L'ultimo giorno di un condannato* di un Victor Hugo allora ventiseienne.

Lo scritto ebbe immediato successo e scatenò vivissime polemiche. Da lì nacque un filone letterario di lunga durata, in cui spiccano i nomi di Fjodor Dostoevskij e di Albert Camus. Nel caso di Dostoevskij la riflessione sulla pena di morte fu stimolata dall'esperienza personale dell'autore, che aveva vissuto in prima persona l'ultima giornata del condannato. Arrestato e condannato a morte nel 1849 per avere partecipato agli incontri di una società segreta, conobbe la grazia di uno zar reazionario e sadico con l'annuncio all'ultimo istante della commutazione della pena in quella dei lavori forzati in Siberia. Ma nei pensieri sulla pena capitale che Dostoevskij fece pronunciare al principe Myškin de *L'idiota* spicca il richiamo al comandamento biblico "Non uccidere" e quell'idea "cristiano-patriarcale" che secondo Eric Auerbach pervadeva la cultura russa rispetto alla modernità europea¹. Nella cultura europea incontriamo tradizioni e memorie di una secolare vicenda di rapporti fra pratiche di giustizia e reazioni di coscienze cristiane. Lo testimonia il capitolo trentesimo del libro di Victor Hugo, quello in cui il condannato descrive il colloquio in carcere col prete inviato per prepararlo alla morte. Il prete è un uomo eccellente, gentile d'aspetto e caritatevole, ma ha consumato la sua vita nel consolare tanti condannati e così col tempo si è abituato a ripetere argomenti annotati in un suo quaderno di appunti che si rilegge ogni volta. Il condannato ne è irritato e deluso. A un certo punto lo invita a lasciarlo solo. Al prete che si offre pronto a tornare risponde freddamente: «Ve lo farò sapere». Ne nacque un'accusa di empietà per l'autore. Non l'empietà ma un desiderio di autentica fraternità cristiana era quello che l'autore voleva sottolineare nel condannato, deluso dal burocratico esercizio del suo compito da parte del prete. Lui sentiva il bisogno di essere consolato dall'abbraccio fraterno di un sacerdote coinvolto e scosso dall'incontro col morituro. Avrebbe voluto che decidesse spontaneamente di restargli vicino durante tutta la fase pubblica dell'esecuzione, di salire con lui sulla carretta per mettergli davanti agli occhi di continuo il crocifisso, allo scopo sia di consolarlo sia di nascondergli la folla tumultuante e assetata di sangue: e che alla fine lo abbracciasse stretto nell'ultimo addio ai piedi del patibolo. Solo così il condannato immaginava che il suo cuore potesse intenerirsi e aprirsi alla consolazione davanti alle lacrime e alla commozione fraterna di quella presenza amica: allora, si diceva, «lui avrà catturato l'anima mia e io prenderò il suo Dio»².

Sul conforto religioso ai condannati Hugo ritornò anche nel secondo racconto di un altro caso di esecuzione capitale, quello realmente accaduto di

¹ E. Auerbach, *Mimesis, Il realismo nell'arte occidentale*, tr. it., Torino, Einaudi, 1950, vol. 2, p. 300.

² «[...] Et il prendra mon âme, et je prendrai son Dieu» (V. Hugo, *Le dernier jour d'un condamné*, édition présentée, établie et annotée par Roger Borderie, Paris, Gallimard, 2000, chapitre XXX, pp. 104-107, v. p. 107).

Claude Gueux, un giovane finito in prigione e mandato al patibolo per una serie di svolte sfortunate della sua vita. E stavolta l'incontro col prete confortatore e col boia era stato diverso. Claude era stato umile nel dare la sua anima al prete e dolce nell'abbandonare il suo corpo al boia³. Sono passi da cui emerge chiaramente una conoscenza non superficiale dell'antica tradizione del conforto religioso dei condannati a morte. Il percorso del primo condannato verso la place de Grève sulla carretta, quella che David aveva rapidamente abbozzato nel suo celebre disegno dell'esecuzione di Maria Antonietta, viene descritto dal personaggio dell'anonimo condannato di Hugo coi particolari del conforto religioso descritti nelle arti di ben morire e nei manuali per confortatori stampati fra '400 e '600⁴. A loro si raccomandava di nascondere col crocifisso o coi dipinti su tavolette di sofferenze di Cristo o di martiri la folla degli spettatori e di aiutarlo a concentrarsi sul prossimo incontro con Gesù e i suoi santi nell'altra vita⁵. Il bisogno del condannato di sentirsi intenerire il cuore per poter morire da cristiano ricorda la *Recitazione del caso di Pier Paolo Boscoli e di Agostino Capponi* di Luca Della Robbia: Hugo non poteva conoscerla (venne pubblicata solo nel 1839). Ma quello era proprio il sentimento che i membri delle confraternite italiane attive da secoli nelle città italiane dovevano cercare di stimolare nei condannati.

La vicenda delle origini e della diffusione di questa pratica del conforto dei condannati era stata molto lunga e complessa, passando da origini dominate da iniziative di viva partecipazione alle sofferenze dei condannati a una sempre più decisa forma di legittimazione della pena capitale⁶. Alla violenza della pena capitale il cristianesimo antico e medievale aveva opposto molto presto la sua alternativa: non solo la promessa di un'altra vita al di là della morte terrena ma soprattutto l'abbraccio fraterno di esseri umani. È celebre la lettera di santa Caterina da Siena che racconta l'intenso legame suo col condannato Niccolò di Toldo e le nozze mistiche celebrate nel sangue del patibolo. Ma col tempo il rito della presenza e della condivisione in cui si esprimeva la presa di distanza cristiana se non la contestazione della condanna a morte, era stato confiscato e ristrutturato dai poteri vigenti, quello politico come quello religioso, in modo tale che i confortatori non furono più donne e uomini del popolo ma esponenti di un'élite sociale raccolti in corpi istituzionali potenti e privilegiati, dediti all'organizzazione della scenografia della pena capitale

³ «Il fut humble avec le prêtre, doux avec l'autre. Il ne refusa ni son âme, ni son corps» (V. Hugo, *Il condannato a morte Claude Gueux*, a cura di Paolo Fontana, Faenza, Moby Dick Cooperativa Tratti, 1996, p. 60).

⁴ Sulle arti di ben morire cfr R. Chartier, *Les arts de mourir 1450-1600*, «Annales ESC», 31 (1976).

⁵ Cfr dello scrivente, A. Prosperi, *Crime and Forgiveness. Christianizing Execution in Medieval Europe*, tr. Jeremy Carden, Harvard University Press, 2020, pp. 142-143.

⁶ Su cui si rinvia a Prosperi, *Crime and Forgiveness. Christianizing Execution in Medieval Europe*, cit.

come grande spettacolo celebrativo della utilità e giustizia della pena a cui il condannato doveva collaborare a gloria del potere.

In Francia quella pratica era giunta nella fase tarda, introdotta da italiani (quella di Lione nacque nel primo '600 grazie al mercante milanese Cesare Lauro). L'avevano diffusa i gesuiti che con opere come il trattato di Joseph Philère si erano fatti divulgatori della devozione in tutti i luoghi delle loro missioni⁷. Resta comunque il fatto della precoce attenzione di Victor Hugo a questo aspetto del rituale del conforto dei condannati nel contesto di una Francia dell'età della restaurazione ritornata diffusamente alle pratiche d'ancien Régime. E bisognerà tenere nel debito conto quello che narra la biografia di Hugo scritta dalla moglie a proposito della grande impressione esercitata su di lui ancor giovanissimo dallo spettacolo delle impiccagioni viste lungo le strade italiane quando aveva accompagnato madre e fratelli nel viaggio per incontrare il padre, ufficiale nell'esercito di Napoleone⁸. Sui sentimenti di Hugo nei confronti della religione esiste una intera letteratura. Da questi scritti giovanili si affaccia un suo giudizio sul declino generale della fede religiosa che in realtà si fondava sul caso della Francia. Hugo ricordava il grande successo dello scritto celebre di Cesare Beccaria, ma anche il pensiero di Voltaire e lo sbocco rivoluzionario coi dibattiti sull'abolizione della pena capitale. Ne era risultata secondo lui una regressione della fede tradizionale tale che perfino i bambini e le folle popolari non vi credevano più e si era cancellata del tutto la speranza della sopravvivenza dell'anima. Lontani i tempi in cui il patibolo era la frontiera del cielo⁹. Quanto alla pena, restavano i poteri politici e religiosi a sostenerne l'utilità, in nome del ricorso al terrore delle pene per tenere in obbedienza i popoli. Ma di fatto, a suo avviso nemmeno i giudici potevano più sottrarsi al dubbio di essere in realtà degli assassini.

Victor Hugo non era il solo allora a giudicare la Francia un paese ormai cristianizzato e a rimpiangere il passato. Ma non è questo il tema che ci sta davanti. Qui si vorrebbe affrontare rapidamente la questione del rapporto tra la religione cristiana e la pena di morte. Vale la pena a questo riguardo segnalare quello che accadeva nell'Italia dell'800. La parentesi della rivoluzione francese e dell'età napoleonica aveva portato anche negli stati italiani profondi mutamenti nella concezione e nella pratica della giustizia criminale. Nella Toscana erede del pensiero di Beccaria e delle riforme di Pietro Leopoldo che avevano cancellato pena di morte e tribunale dell'inquisizione, il patibolo era rientrato dalla finestra nel 1790 per i crimini di Stato. Così

⁷ J. Philère, *La consolation des prisonniers et des criminels condamnés à mort* [...], Lion, 1658. Sulla confraternita di Lione cfr. Prosperi, *Crime and Forgiveness. Christianizing Execution in Medieval Europe*, cit., pp. 413-416.

⁸ Cfr V. Brombert, *Victor Hugo e il romanzo visionario*, Bologna, il Mulino, 1987, p. 49 nt.

⁹ «Autrefois...l'échafoud n'était qu'une frontière du ciel» (Hugo, *Le dernier jour* cit., p. 171).

aveva voluto un sovrano che dopo avere lasciato la Toscana per assurgere al potere imperiale, aveva incupito i suoi pensieri al punto da ritornare a misure repressive per fronteggiare i movimenti sociali in atto. Nel nuovo secolo le oscillazioni degli orientamenti e delle convinzioni videro il caso clamoroso di un celebre avvocato criminalista, Giovanni Carmignani. Costui, figura di grande spicco nel suo campo, traduttore nel 1810 del codice penale napoleonico e autore di scritti importanti sul sistema delle pene, espose il suo pensiero sulla pena di morte in una *Lezione accademica sulla pena di morte* pubblicata nel 1836. Qui si dichiarò apertamente a favore dell'abolizione del patibolo. Ma incorse nell'immediata pubblicazione nell'Indice dei libri proibiti¹⁰. Autore della censura era stato il consultore della Congregazione Giuseppe Maria Graziosi, il quale scrisse nel suo giudizio che per la Santa Sede l'attacco alla pena di morte equivaleva a un ritorno di fiamma delle eresie dei Catari, di «alcuni discepoli di Wicleffo» e degli anabattisti. La Chiesa era determinata più che mai a difendere il diritto suo e degli stati di dare la morte. Carmignani all'inizio sembrò deciso a non preoccuparsene: scrisse a Gian Pietro Vieusseux che forse a Roma «la umanità... passa per eresia». Ma gli ideali umanitari della sua cultura cedettero rapidamente il posto a una ritrattazione integrale di quello che aveva scritto. Implorò umilmente il perdono e promise che avrebbe modificato il testo della sua lezione. «Come figlio della Chiesa cattolica» – scrisse al consultore vaticano – «accetto e venero il giudizio della Santa sede». E dichiarò di non avere mai avuto l'intenzione di «negare alla suprema autorità dello Stato il diritto di vita e di morte sui perturbatori dell'ordine pubblico»¹¹.

Questa abiura fece clamore. Anche perché accanto a illuministi pentiti e a cattolici obbedienti c'era qualcuno capace di tenere fede alle proprie convinzioni umanitarie. Mentre a Pisa Carmignani si piegava senza indugio alla dottrina romana un suo allievo, Francesco Carrara, anch'egli cattolico, era impegnato a Lucca in ostinati tentativi di sottrarre al patibolo chi vi finiva per volontà della bigotta duchessa Luisa Maria di Borbone-Francia, per la quale bastava la deturpazione di una delle infinite immaginette devote sparse sui muri della città per mandare a morte gli autori sulla base di un codice dove per il reato di sacrilegio c'era solo il patibolo¹². Francesco Carrara è ben noto

¹⁰ Cfr. sulla vicenda M.P. Geri, *Il magistero di un criminalista di foro. Giovanni Carmignani "avvocato professore di Leggi"*, Pisa, ETS, 2015, cap. *Carmignani all'Indice*, pp. 145 ss. Sulla figura e sull'opera di Carmignani esiste una vasta letteratura in cui si segnalano lavori di Mario Sbriccoli e Mario Montorzi.

¹¹ Il testo, conservato nell'Archivio della Congregazione per la dottrina della fede, è riportato parzialmente nel volume di Geri, *Il magistero* cit., p. 146.

¹² Mi permetto di rinviare al mio contributo: A. Prosperi, *Carrara e la pena capitale*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte, Atti del convegno internazionale*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 399-409.

nella storia del diritto e della legislazione non solo italiana per la grande attività intellettuale e morale svolta nel combattere i fondamenti su cui si basavano le opinioni favorevoli al patibolo, battendosi in nome di quello che è stato definito un giusnaturalismo cattolico¹³. Fu grazie alla sua intensa partecipazione al movimento contro la pena di morte che si giunse alla cancellazione del patibolo nel codice Zanardelli.

Non mancano altri esempi di come un cristianesimo vissuto si sia mostrato capace di mandare messaggi di contestazione della pena di morte. Se ne ricorderanno qui solo due, uno tratto dal campo delle rappresentazioni, l'altro da quello dell'impegno personale nei "bracci della morte" degli Stati Uniti. Il primo è un film: il mediometraggio *Non uccidere* del regista polacco Krzysztof Kieslowski (1989), opera di un regista geniale e inquietante. In questo episodio di una riflessione per immagini su ciascuno dei comandamenti del Dio biblico, si racconta la vicenda (immaginaria) di un giovane che per punirsi di una colpa che lo angoscia compie un delitto per ottenere che lo si condanni a morte. E qui ritroviamo qualcosa di storicamente noto: il caso delle donne che nelle culture pietiste di paesi protestanti del '700 avevano praticato il ricorso a una specie di suicidio indiretto. Volevano suicidarsi ma temevano le pene eterne per i suicidi che la tradizione teologica aveva desunto dalle parole di Gesù a proposito di quello di Giuda. Perciò avevano pensato di ricorrere a un delitto punito con la pena capitale – l'infanticidio. Così, mentre l'anima del neonato battezzato volava in Paradiso, la sua assassina otteneva di essere mandata a morte dai tribunali con tutti i conforti religiosi e il perdono di ogni colpa, e cioè la garanzia di morire salvando l'anima. Solo l'abolizione della pena capitale e la sua sostituzione col carcere a vita per l'infanticidio decisa dal re di Danimarca Cristiano VII aveva fermato una deriva preoccupante di fantasie di morte e di salvezza eterna che si erano rapidamente diffuse¹⁴.

L'altro episodio è quello che ha avuto come protagonista una religiosa statunitense, suor Helen Prejean, nata nel 1939, che si è dedicata alla missione personale del conforto umano ai condannati chiusi nel "braccio della morte". Questo suo impegno teso a umanizzare le spaventose condizioni di vita di questi sciagurati è stato da lei raccontato in un libro il cui titolo ("Dead Man Walking") è stato ripreso da un film di grande successo, alimentando una campagna abolizionista americana che sta lentamente raggiungendo i suoi effetti.

¹³ A. Mazzacane, "voce" Carrara Francesco", in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 20, Roma, 1977.

¹⁴ Cfr. Proserpi, *Crime and Forgiveness* cit., pp. 492-495.

Questi episodi sparsi tra '800 e '900 hanno in comune la diffusione di un rifiuto della pena capitale nella cultura europea per motivi religiosi da un lato e di convinzione umanitaria dall'altro. I motivi religiosi dei cristiani sono fondati sull'insegnamento dell'ebreo Gesù predicatore del perdono e della non resistenza al male, morto per una condanna capitale ingiusta e adorato come dio. Questo carattere originario iscritto nei testi evangelici ne ha accompagnato nei secoli la tradizione. Ma diventato il cristianesimo la religione ufficiale dell'impero romano e poi quella dei popoli germanici, con l'ascesa al potere del vescovo di Roma si ebbe l'esercizio di un potere papale che portò con sé l'accettazione del sistema legale delle pene ivi inclusa quella capitale. Questo tipo di pena conosce oggi una contestazione radicale da parte di movimenti e gruppi di opinione e una tendenziale regressione negli Stati di cultura europea e di tradizione religiosa cristiana ma resta tuttavia diffusamente praticata nel mondo in paesi di tradizione cristiana e di altre culture.

Qual è il rapporto storico e quello presente nel mondo tra la pena capitale e la dottrina ufficiale delle chiese cristiane? Nell'ultima versione di un mio libro comparsa da Harvard due anni fa il titolo "Crime and Forgiveness" riprende letteralmente quello della versione italiana – "Delitto e perdono". Il titolo evoca e corregge quello del grande libro di Fjodor Dostoevskij, *Delitto e castigo* (1866). Come tutti sanno, nell'opera di Dostoevskij l'assassino è lo studente Raskolnikov che compie il delitto uccidendo con una scure l'anziana strozzina come atto necessario – mosso dalla convinzione che sia giusto uccidere se è necessario al fine di procurarsi i mezzi necessari per spezzare la schiavitù della miseria e aprirsi la strada per diventare il grande uomo che c'è dentro di sé – diventare Napoleone. Ma alla fine si arrende, la lettura di una pagina del vangelo di Giovanni da parte di Sonia lo converte. Cercherà il riscatto nel lungo processo di una punizione. Si potrebbe forse riconoscere in lui la riprova della tesi espressa da Bartolo da Sassoferrato col principio «*Qui delinquit amat poenam*» su cui ha richiamato l'attenzione Giovanni Cazzetta in un lavoro recente¹⁵. Resta difficile misurare quanto questo meccanismo dell'interiorizzazione della norma funzioni nel tempo lungo. Una cosa è certa: il sofferto cristianesimo di Dostoevskij era ben diverso da quello della Chiesa cattolica, colpevole secondo lui di avere adottato il duro realismo del Grande Inquisitore. L'umanità non è stata redenta dai miracoli di Gesù.

Anche nel mio libro si parla di condannati a morte che sono convinti da cristiani dediti all'aiuto a chi muore a presentarsi al patibolo pentiti dei loro delitti e a dare agli spettatori il modello del proprio pentimento e l'impulso al ben fare. Il senso del titolo è che il cristianesimo della Chiesa occidentale in

¹⁵ G. Cazzetta, "*Qui delinquit amat poenam*". *Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, 2009, I, pp. 421-494.

realtà più che diffondere il principio del perdono delle offese, ha offerto una legittimazione sostanziale all'uso della pena capitale. E questo in due modi: sul piano teorico con la tesi paolina del potere come ordinato da Dio, per cui se il potere decide di toglierti la vita per punirti tu devi accettarlo come voluto da Dio. A questo principio dottrinale la teologia ha aggiunto una messa a punto fondamentale: a partire dalla "Summa theologia" di S. Tommaso d'Aquino la legittimità della pena di morte è stata fondata sulla necessità di tutelare il "bonum commune" minacciato da malfattori e assassini. Sul piano non formale della teologia ma reale e sostanziale il legame tra potere spirituale e potere temporale si è reso evidente con l'alleanza concreta della benedizione religiosa dell'esecuzione capitale. Qui al condannato che si preparava a morire la Chiesa ha offerto la possibilità di salvare eternamente la sua anima accettando la pena, quand'anche ingiusta, come punizione per i suoi peccati. Così la legge biblica del taglione e la durezza estrema delle punizioni dell'antico diritto germanico hanno reso la pena di morte un momento importante dell'addomesticamento della società grazie all'approvazione ecclesiastica prima e poi alla lenta e progressiva elaborazione di riti di perdono dell'anima associati al rituale dell'esecuzione che approdarono alla costruzione tardo-medievale di un rito pubblico dell'esecuzione come teatro della trasformazione del condannato in martire. Si trattò nella realtà storica di un processo lungo e ricco di svolte e contrasti.

È nella struttura ecclesiastica dell'impero medievale che si pone il problema di come interpretare il principio paolino del riconoscere nel diritto di punire del sovrano la volontà di Dio. Nell'antica pratica penale dei popoli germanici il condannato era un sacrificio umano offerto agli dei che aveva offeso. Il suo corpo veniva abbandonato con altre carogne, "sepolto coi cani", come attesta Reginone di Prum. Con la condanna a morte il potere laico chiederà alla Chiesa di sommare l'esclusione del condannato dai sacramenti suscitando talvolta la protesta da parte ecclesiastica, come accadde al sinodo di Reims del 630. L'esclusione durerà a lungo perché ancora nel '300 è col re di Francia che si ha uno scontro da parte papale perché il sovrano si accredita poteri sacrali e non vuole che colui che lui condanna si veda perdonato nella vita eterna.

Di fatto, è nelle città italiane rette a comune sotto la protezione del vescovo che si avvia la pratica di concedere al condannato la confessione. La testimonianza viva più efficace è quella offerta da Dante nel canto XIX dell'inferno quando si mostra piegato verso il suolo per ascoltare papa Niccolò III: «Io stava come'l frate che cofessa/ lo perfido assessin, che poi ch'è fitto/ richiama lui perché la pena cessa».

La confessione di un peccato dimenticato si può fare anche mentre si sta per essere infilato per la testa nella terra. E l'episodio celebre che ebbe a protagonista santa Caterina da Siena, è un caso estremo di quel movimento dal

basso che portò donne e uomini del popolo a associarsi alle esecuzioni per confortare il condannato e chiederne il pentimento e la confessione come condizione perché il suo corpo non finisse con quelli delle carogne animali ma trovasse custodia in terra benedetta. Vi si esprime una affermazione della vita civile per sconfiggere la paura del ritorno degli spiriti dannati. Da qui si svilupperà un processo che renderà istituzionale la presenza religiosa del confessore e dei membri delle confraternite di giustizia come realtà tipicamente italiana capace però di trovare diffusione e nuove forme fuori d'Italia e anche fuori d'Europa.

Questa è anche l'epoca della Rivoluzione papale, com'è stata definita l'affermazione del papato come vicedio, titolare per delega divina della somma dei poteri sulla terra. A partire dai decreti di Innocenzo III nel Concilio Lateranense IV, il sistema di controllo sociale si basa sull'obbligatorietà della confessione per tutti i cristiani: un tribunale della coscienza a cui si associa quello dell'Inquisizione contro eretici e streghe. E anche il rituale delle esecuzioni capitali assume grande importanza come strumento di controllo sociale e religioso. Al centro della giustizia mondana come della giustizia religiosa si colloca l'obbedienza alla Chiesa come potere e la trasparenza del cristiano come suddito, al quale si chiede la volontà di obbedire e di credere quello che crede la santa madre chiesa. È il sistema dei tribunali della coscienza che troverà la sua piena espressione a metà '500 con l'obbligo del penitente di rivelare e denunciare i sospetti di eresia.

Con la Riforma protestante il sistema delle pene, amputato della fede nel Purgatorio, trova nella variante del pietismo e nella dottrina della fede che salva lo stimolo per forme di conforto ai condannati molto simili a quelle del cattolicesimo. Ma anche nella società puritana installata in America, dove il codice penale fu ricavato direttamente dalle leggi mosaiche dell'Esodo, l'esecuzione capitale divenne un rito a forte componente religiosa cristiana.

Solo nel '700 illuminista le confraternite di giustizia perdono la loro importanza politica e sociale. Manca la fede nel purgatorio e nell'esistenza dell'altro mondo, si diffonde il modello del "morire all'inglese" come scrisse allora Alessandro Verri a suo fratello Pietro, cioè mostrandosi forti e lucidi nel discorso alla folla dall'alto del patibolo. Il che non impedisce che a lungo resti vivo il ricordo di quelle tradizioni e che ancora in pieno '800 le antiche confraternite continuino a riunirsi per esercitarsi nell'arte di convincere il condannato a morire cristianamente. È questo l'aspetto assunto nella società dal cattolicesimo propagato dalla Chiesa che dal Vaticano sorveglia e condanna chi osa sostenere le idee di Beccaria.

Il legame tra religione e pena capitale è provato non solo dal suo successo di lunga durata, ma dal suo stesso epilogo. Questo modo di far morire è entrato in crisi solo quando si è cominciato a non credere più all'immortalità dell'ani-

ma umana. Non per questo è venuta meno la pratica dell'uccisione legale che se continua a ritrarsi dalle culture occidentali si è invece mantenuta e rafforzata in culture non cristiane – Cina, paesi musulmani. Di fatto ha assunto forme più crudeli e si è diffusa ancor più nel mondo. E intanto non per questo la Chiesa ha cambiato opinione sulla legittimità di tale pena. Quella che è scomparsa è la partecipazione collettiva all'esecuzione nella forma della fraternità col morituro fondata sulla fede nella vita eterna e sull'idea di un Dio giusto.

Da quel modello medievale la Chiesa cattolica si è distaccata con difficoltà. La pena di morte ai suoi occhi ha conservato a lungo la sua intoccabile legittimità. E ancora in tempi recenti questa dottrina ufficiale è stata sancita formalmente dal Catechismo della Chiesa cattolica varato da Papa Giovanni Paolo II. Fino a tempi recenti vi si leggeva la conferma della liceità di ricorrere all'assassinio come mezzo di difesa contro una ingiusta aggressione. Lo ha ricordato il settimanale cattolico inglese *The Tablet* recensendo l'edizione americana del volume dello scrivente *Delitto e perdono* qui più volte citato¹⁶. Il recensore ha sottolineato il paradossale rapporto tra un cristianesimo come religione della misericordia e del perdono e una chiesa che per duemila anni non solo ha tollerato la pena di morte ma ha dato il suo appoggio alle pene capitali inflitte dai poteri statali.

Naturalmente la preoccupazione del settimanale cattolico riguarda la Chiesa che rischia di comparire come una fautrice attiva della pena capitale non solo sul piano pratico per il ricorso al patibolo nel suo Stato, ma anche su quello teorico della costruzione del rituale pubblico per creare l'immagine del criminale come peccatore pentito e salvato, destinato alla vita eterna, invocato dalla folla come un santo.

Questa tradizione del perdono del criminale è stata lunghissima e non ha riguardato solo la scenografia pubblica dell'esecuzione capitale ma ha invaso anche il luogo della confessione sacramentale. Come osservò fra Paolo Sarpi nei capitoli aggiunti alla relazione di John Sandys sulla religione italiana, il confessore aveva il potere di assolvere nel segreto del colloquio col penitente non solo dai peccati ma anche dai delitti. E questo è stato solo un aspetto dell'intreccio inestricabile tra Chiesa e società civile, tra potere politico e potere religioso. Come mostra la storia dei nessi formali e sostanziali tra la scomunica "latae sententiae" e il "crimen lesae maiestatis", i due poteri hanno proceduto in stretta simbiosi, nel senso che l'invenzione della scomunica

¹⁶ «Prosperi begins with an undeniable paradox. Christianity is a religion founded upon mercy and forgiveness, with Christ's sufferings on the Cross central to its message of salvation. Yet for nearly 2,000 years, the Christian Church has not only tolerated but actively supported the death penalties that secular authorities impose. It has done so, in the words of the Catholic catechism, even as late as 1997, believing that execution might be the "only possible way of effectively defending human lives against the unjust aggressor"». (*The Tablet*19_26Dec20.jpg>». Christmas double issue.

contro l'eretico ha aperto la strada a quella del reato politico per eccellenza. L'importanza e la lunga durata di questa alleanza che la Chiesa ha mantenuto viva per per molti secoli appare adesso in una fase in cui il sistema sembra giunto all'appuntamento finale ma la frattura scuote la cristianità in modo radicale. La svolta decisiva è stata data dal pontefice regnante, il gesuita Jorge Bergoglio, diventato papa col nome di Francesco. La novità di questo pontificato si è resa evidente in molti modi, fino al punto di creare forti tensioni nel mondo cattolico. Il nuovo pontefice ha suscitato grande scalpore quando ha dichiarato di credere in Dio, ma che «Dio non è cattolico»¹⁷. E, a proposito della pena di morte, ha espresso più volte la sua opinione, molto critica. In un documento del 20 marzo 2015¹⁸ si era espresso senza mezzi termini sia contro la pena di morte sia contro quella dell'ergastolo. E sulla pena capitale aveva citato un passo da "L'idiota" di Dostoevskij: «Uccidere chi ha ucciso è un castigo incomparabilmente più grande del crimine stesso. L'assassinio in virtù di una sentenza è più spaventoso dell'assassinio che commette un criminale».

Papa Francesco, nel fare questa dichiarazione, era certamente consapevole di quello che sulla pena di morte si leggeva nel Catechismo della Chiesa cattolica varato da Papa Wojtyła. Ha atteso qualche anno e poi ha proceduto sulla via della correzione dottrinale di un predecessore così' ingombrante e così diverso. L'11 ottobre 2017 rivolgendosi ai partecipanti all'incontro promosso dal Consiglio pontificio per la nuova evangelizzazione si coprì per così dire le spalle con due citazioni: l'una tratta dal discorso di apertura del Concilio Vaticano II dove papa Giovanni XXIII, aveva spiegato che il compito della Chiesa non era solo quello di custodire il patrimonio della verità ma anche quello di andare avanti dedicandosi a rispondere alle nuove esigenze della società che cambia; l'altra ripresa dal testo con cui papa Giovanni Paolo II aveva presentato il Catechismo della Chiesa cattolica. Ma il punto era chiaro: la pena di morte, di cui non si taceva l'impiego storico anche nello Stato Pontificio, non doveva trovare legittimazione nella dottrina cristiana dell'amore. E così si è giunti al rescritto papale consegnato l'11 maggio 2018 al prefetto della Congregazione per la dottrina della fede dove si legge il nuovo testo che ha sostituito il precedente paragrafo 2267 del Catechismo. Qui, dopo un preambolo sulla lunga durata in passato della convinzione che il ricorso alla di morte fosse "accettabile" («Per molto tempo il ricorso alla pena di morte da parte della legittima autorità, dopo un processo regolare, fu ritenuta una

¹⁷ Così in un dialogo col fondatore del quotidiano "la Repubblica" Eugenio Scalfari, uscito su «la Repubblica» del 1°ottobre 2013. Tra le fonti gesuitiche di questa affermazione c'è il cardinale Carlo Maria Martini (v. C. Ginzburg, «Non esiste un Dio cattolico», in Id., *La lettera uccide*, Milano, Adelphi, 2021, pp. 213-219; v. p. 213).

¹⁸ Lettera al presidente della Commissione internazionale contro la pena di morte, consultabile online, copyright della Libreria editrice vaticana.

risposta adeguata alla gravità di alcuni delitti e un mezzo accettabile, anche se estremo, per la tutela del bene comune»), si passa all'affermazione che nel presente la maturata coscienza della dignità della persona umana non lo rende più tollerabile. E si conclude con queste parole: «Pertanto la Chiesa insegna, alla luce del Vangelo, che la pena di morte è inammissibile perché attenta all'inviolabilità e dignità della persona, e si impegna con determinazione per la sua abolizione in tutto il mondo»¹⁹.

Le premesse di una svolta così importante vanno ricercate in tendenze non recenti della cultura cattolica, come il "personalismo" di Emmanuel Mounier maturato in quella cultura francese dove l'antropologo Marcel Mauss aveva affrontato la storia del concetto di persona come frutto della definizione dell'immortalità dell'anima individuale con la bolla Apostolici Regiminis al Concilio Lateranense V nel 1513²⁰. Ma l'avvio di una svolta rispetto al cattolicesimo fatto di conservazione di assetti di potere del passato era avvenuto con papa Roncalli e l'indirizzo da lui dato al nuovo concilio. Qui si era preso atto del fallimento della strategia del ricorso al perdono per le anime in cambio dell'accettazione della pena di morte da parte dei condannati.

C'è però un dato di realtà che l'esperienza della pandemia del Covid-19 ci ha imposto: quello della cancellazione dei rapporti diretti, dei contatti di persona con l'altro, specialmente con l'altro malato e morente. Unici mediatori e rappresentanti dei vivi col morente sono diventati i medici. Ora, proprio nella postfazione del mio libro io avevo azzardato una previsione di un futuro di questo tipo. Prendendo occasione dalla scoperta che nella lettura del DNA si potevano prevedere le affezioni iscritte nel nostro patrimonio biologico ereditario fino a conoscere data e causa di morte avevo immaginato un passaggio di tutta l'umanità dallo stato attuale in cui ciascuno vive sentendosi immortale a quello della conoscenza scientifica generalizzata di data e cause della propria morte fine. Una umanità di consapevoli condannati avrebbe preso così il posto di quella che per ora è limitata ai casi di coloro che apprendono dal medico una condanna iscritta nel nome di una malattia incurabile e sono informati di quanta vita hanno davanti a sé. Ecco che la scienza è destinata a prendere il posto della religione e il medico è colui che dovrà sostituirsi al confortatore cristiano. Ma l'esplosione della pandemia attuale ha anticipato i tempi. Di fatto nei reparti di emergenza al posto del confortatore cristiano si è collocato il medico. È questa figura che aspetta di essere dotata della cultura e della sensibilità umana necessarie per parlare al morituro e dare corpo per lui a quanto di bello e di buono c'è stato nell'aver potuto vivere.

¹⁹ Il testo è stato pubblicato nel bollettino della Sala stampa della Santa Sede il 1° agosto 2018.

²⁰ M. Mauss, *La nozione di persona. Una categoria dello spirito*, tr. it., Brescia, Morcelliana, 2013.

Flavia Stara

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

L'uomo è un cavo teso tra la bestia e il superuomo – un cavo al di sopra di un abisso. Un passaggio pericoloso. Un pericoloso essere in cammino, un pericoloso guardarsi indietro e un pericoloso rabbrivire e fermarsi. La grandezza dell'uomo è di essere un ponte e non uno scopo: nell'uomo si può amare che sia una transizione e un tramonto.
(Friedrich Nietzsche, *Così parlò Zarathustra*, Prologo, IV)

Secondo *Genesis* (3:23) la storia dell'uomo ha inizio con un castigo. Alla colpa di aver disobbedito all'unica norma imposta dal Creatore, segue la punizione dell'esilio dall'Eden, con la promessa di una vita di fatiche. C'è nell'episodio biblico tutta la tensione tra legge e violazione, colpa e punizione, secondo un sistema di valori e giudizi che dalle figurazioni religiose e mitiche arriva all'esperienza quotidiana. L'uomo, esposto dalla *hybris* a non sapersi tenere nella misura che è sua, nelle leggi che ne hanno stabilito l'identità psichica e sociale, nello spazio che si è conquistato con il suo sudore, non può sottrarsi alla bilancia del giudizio.

Collocando una prima fase di riflessione sul paradigma colpa e punizione nell'orizzonte dell'educazione morale, si rileva come alla radice dello stesso concetto di educazione morale vi sia il fatto che non è naturale essere virtuosi, cioè comportarsi abitualmente in un modo che è realmente conforme alla natura umana. Per quanto la formulazione possa apparire paradossale, in essa si racchiude il senso stesso dell'educazione: gli esseri umani, con la profondità e complessità che li contraddistingue, giungono solo con lo sforzo ad essere sé stessi. È proprio questo sforzo che determina l'oscillazione umana tra colpa e punizione. Aristotele, nell'*Etica Nicomachea*, precisa che «non è buono chi non compie con piacere le azioni buone: infatti nessuno direbbe giusto chi non compie con piacere azioni giuste, né liberale chi non compie con piacere azioni liberali: lo stesso vale per le altre azioni buone. E se è così, le azioni

secondo virtù saranno piacevoli per se stesse»¹. Ciò significa che è virtuoso l'uomo in grado di trarre piacere dal bene, senza lasciarsi fuorviare dalla superficialità di un vantaggio momentaneo che può favorire in qualche modo la natura umana, ma non la raggiunge nella sua intimità. La gioia profonda, durevole, perché veramente umana, è una lenta conquista, non un dato ovvio e originario. Una conquista, quindi, che riflette un processo di educazione. In questo caso, educare significa trasmettere la correlazione tra male e infelicità e quella tra bene e felicità anche laddove esse non sono percepite. Punire e premiare creano vincoli profondi di causa ed effetto affinché – e in attesa che – le consapevolezze essenziali divengano parte della persona stessa.

La ricerca in ambito educativo si è ampiamente dedicata all'osservazione della metodologia della punizione, storicamente considerata efficace poiché finalizzata ad orientare verso comportamenti e forme espressive ritenute corrette individualmente e socialmente. In sintesi si evidenziano due principali filoni di orientamento interpretativo, opposti a livello di concezioni, secondo i quali, per i favorevoli la punizione è l'unica possibilità per trasmettere chiaramente un messaggio educativo affinché sia pienamente recepito. Per i contrari, non è plausibile il ricorso a tale modalità poiché caratterizzata da risvolti negativi che danneggiano lo sviluppo dell'individuo, compromettendo le sue risposte relazionali, predisponendolo ad un eccessivo rigore, nonché a prepotenza, arroganza, bassa autostima o a veri e propri stati depressivi². Sebbene, in molte fasi della storia dell'educazione il ricorso a punizioni – anche corporali – non sia stato percepito individualmente e pubblicamente come errato o inadeguato, attualmente tali prassi sono oggetto di un processo di problematizzazione che le considera ingiustificate e/o diseducative, pur con delle eccezioni. La punizione è valutata positivamente, da educatori e psicopedagogisti, solo se presenta alcuni accorgimenti, cioè se strutturata e prospettata adeguatamente, se assegnata al momento opportuno e se fatta poi concretamente rispettare, promuovendo una consapevole modifica del comportamento che ha portato al castigo. Deve trattarsi, quindi, di una punizione “positiva”, costruttiva, utile a stimolare le potenzialità del soggetto. Studi psicopedagogici sottolineano che le regole dovrebbero essere poche, sintetiche, contestualizzate e possibilmente formulate in forma positiva e non negativa³.

¹ Aristotele, *Ethica Nicomachea*, Libro I, 1099, pp. 15-21.

² Cfr. J. Dewey, *Democrazia ed educazione*, Firenze, La Nuova Italia, 1953.

³ Una discussione dettagliata su tale complessa questione, sul piano psico-pedagogico, andrebbe al di là del proposito di questo contributo. Si può fare riferimento ad alcuni lavori significativi: K. Polanyi, *La libertà in una “società complessa”*, Torino, Bollati Boringhieri, 1987; G. Vico, *Erranza educativa e bambini di strada. Teoria e narrazioni*, Milano, Vita & Pensiero, 2005; F. Cambi, *Abitare il disincanto. Una pedagogia per il post-moderno*, Torino, Utet, 2006; A. Portera, W. Böhm, L. Secco, *Educabilità, educazione complessa e pedagogia nella società complessa*, Torino, Utet Università, 2007; S. Tramma, *Legalità illegalità. Il confine pedagogico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

A fronte dei molteplici studi e orientamenti metodologici di riconfigurazione della punizione permangono utilizzazioni transculturali della stessa che possono essere identificate come forme di “pedagogia nera”. Si tratta di consuetudini educative ancora radicate in precisi contesti sociali, che fondano su castighi fisici e psicologici il nucleo dialogico tra il soggetto e la realtà di appartenenza⁴. Qui di seguito alcuni emblematici e diffusi modelli applicativi.

– La pedagogia mafiosa che ha il compito di veicolare le regole educative criminali. Il codice culturale mafioso (legge del silenzio, omertà, obbedienza) viene trasmesso principalmente dalla figura materna che, privilegiando il linguaggio educativo della violenza si impegna affinché i figli maschi assimilino il modello paterno identificato in mentalità dogmatica, virilità, forza, successo. La trasgressione dal modello di riferimento, nel processo di formazione, comporta sempre una punizione, una sanzione/sofferenza che costituisce l'unica strategia educativa efficace per inculcare i principi della cultura criminale.

– La pedagogia islamica veicolata nelle *Madrise* (istituzioni formali a indirizzo giuridico-religioso) e nei *Kuttab* (istituzioni informali di prima alfabetizzazione basata sullo studio del Corano e saperi occulti) considerata come formazione per apprendere l'umiltà. La sua finalità consiste nell'accesso al sapere «attraverso il dolore, l'ubbidienza e la sottomissione, [poiché] se lo studio favorisce l'apprendimento della scienza, solo gli atti di sopportazione preparano alla pietà, che si traduce in devozione e rispetto per Dio»⁵. La *kuttab* non può essere considerata come un semplice luogo di istruzione, quanto piuttosto come un dispositivo d'apprendimento complesso capace di trasformare coloro che ne fanno parte, di controllare in modo radicale i comportamenti

⁴ La pedagogia nera indica un atteggiamento (da parte di un educatore) che pretende di insegnare la morale, la correttezza e la sincerità, credendosi autorizzat* a ricorrere, per ottenere lo scopo, a punizioni corporali, menzogne, inganni, manipolazione e così via. Si riscontra un paradosso nel definire la pedagogia nera come un ‘metodo educativo’ perché al centro del processo evolutivo non ci sono i bisogni e le inclinazioni del soggetto in formazione ma i bisogni e le frustrazioni dell'adulto. Per questo non si tratta di un intervento positivo e costruttivo per l'educazione dell'individuo bensì distruttivo per il suo sviluppo fisico, intellettuale, emotivo e psicologico. Il giovane può essere visto come capro espiatorio della frustrazione, della rabbia e dell'insoddisfazione dell'adulto che sfocia in una forma di violenza costituita da umiliazioni, maltrattamenti fisici e psicologici, derisioni e punizioni. L'obiettivo principale di questo metodo di condizionamento precoce è reprimere la parte più vitale, creativa e attiva del soggetto per renderlo dipendente e sottomesso alla volontà adulta. Si agisce con la convinzione che ogni diritto stia dalla parte dei genitori e che ogni crudeltà, che può essere conscia o inconscia, sia espressione del loro incondizionato amore. La dipendenza dall'amore patogeno genitoriale rende difficile successivamente il riconoscimento dei traumi provocati, i quali rimangono celati dietro l'idealizzazione dei genitori o degli insegnanti. L'individuo che subisce violenza tende a introiettarla dentro di sé e perpetuarla in diversi contesti della sua vita privata, tramandando una catena transgenerazionale del trauma e del male. Cfr. K. Rutschky, *Pedagogia nera. Fonti storiche dell'educazione civile*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2015; A. Miller, *Il dramma del bambino dotto e la ricerca del vero sé*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008.

⁵ D. Diakaté, *Les fondements historiques de l'enseignement islamique*, in S. De Bintou, L. Brenner (sous la dir.), *L'enseignement islamique au Mali*, Bamako, Éd. Jamana, 1991, pp. 41-42.

di socializzazione. Lo scopo di alcuni maestri coranici non è esclusivamente quello di preparare un buon credente rispettoso dei rituali e sottomesso ai principi dell'Islam; bensì di condizionare corpo, mente e spirito, applicando un codice di divieti, minacce, lievi pene corporali.

– Il *Caning*, forma di bastonatura, in passato conosciuta e legalizzata in tutto il mondo anglosassone e colonizzato. Nel Regno Unito contemplare l'uso delle punizioni corporali, nei regolamenti degli istituti educativi sia pubblici che privati, è stato storicamente ammesso ed accettato dalla dottrina del diritto comune *In loco parentis*. Nei paesi colonizzati (India, Africa orientale, ecc.) dove la punizione corporale è tutt'ora consentita, la bastonatura è il rituale di punizione adottato nelle strutture scolastiche e correttive. La pratica è disciplinata da regolamenti ufficiali, stabiliti dai governi o dalle autorità educative locali, che definiscono il tipo di colpe passibili di punizione, il numero massimo di battute che possono essere inflitte, così come l'attrezzo da utilizzare, quali membri del personale scolastico possano eseguire la punizione e se, anticipatamente, i genitori debbano essere informati e/o consultati. A seconda di come le norme sono state create, e di quanto vengono strettamente applicate, questo ha l'effetto di rendere la punizione strutturata come un'autentica e rigorosa cerimonia giudiziaria, valida a tutti gli effetti proprio come fosse una sentenza di tribunale.

Nell'ampia letteratura interdisciplinare dedicata all'analisi della funzione della punizione, una significativa prospettiva di indagine è offerta dal sociologo tedesco Georg Simmel, il quale si interroga sulla necessità di combattere il negativo non di per sé, bensì con lo scopo di costruire e far emergere valori positivi⁶. Il castigo è un'arte che va applicata con metodo – osserva Simmel – per cui è fondamentale che l'errore sia portato nell'ambito del proibito, del tabù, in modo che l'azione sia recepita a livello di coscienza come illecita. A giudizio di Simmel, il divieto, tabuizzato e non esaminato dalla ragione, «toccherà per i più giovani contenuti la cui proibizione in seguito può essere fondata anche razionalmente». Anche nell'età adulta, nella quale l'uomo raggiunge un grado completo di responsabilità, si è sottoposti a norme e divieti non immediatamente giustificati in modo razionale⁷. L'errore che il castigo

⁶ G. Simmel, *L'educazione come vita. Per una nuova pedagogia della scuola*, a cura di A. Peluso, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2019.

⁷ D'altra parte non sempre la punizione ha l'effetto desiderato, soprattutto nel giovane, il quale, secondo Simmel, non coglie nella sua gravità *das Gerechtigkeitsmoment*, il momento della giustizia, concependo il rapporto tra colpa e castigo più in modo «empirico, oscillante e casuale» che secondo una norma generale. Talvolta è il ragazzo stesso a richiedere la punizione. Essa lo libera dai sensi di colpa, restituendogli una condizione di serenità, e in ciò si annida un problema. Se il castigo è intenso e relegato a un breve momento, la bilancia della coscienza ritorna sullo zero, come se nulla fosse accaduto. Insomma, tanto circoscritta è la pena, tanto leggera apparirà l'infrazione a cui è rivolta. Cfr. Simmel, *L'educazione come vita* cit.

non deve compiere è distruggere la fiducia che il punito ha di sé. La punizione deve illuminare i suoi comportamenti con la luce della norma, perché egli veda dove ha sbagliato; non deve mai portarlo a credere che lui sia intimamente e totalmente corrotto, cioè non deve consegnarlo al regno dell'illegalità e dell'immoralità. Nulla è più dannoso di una punizione accompagnata da un rimprovero sbagliato, da un atteggiamento irridente, dallo svilimento dell'individualità del punito. Non l'umiliazione pubblica, ma il moto di coscienza è lo scopo della punizione. Pertanto, questa non deve presentarsi nella stessa forma della colpa. Per tale ragione, a precisa colpa non deve corrispondere precisa punizione. Ogni meccanicità nel castigo è una condanna che non include possibilità di redenzione. Meccanica è la norma, ma non deve diventare tale la sua infrazione. Così, per Simmel, la punizione smette di essere umiliazione pubblica, mera meccanicità tribunalizia, per puntare invece alla coscienza, all'autoregolazione, alla conoscenza della legge (*Gesetz*) che sta indifferentemente sopra chi infligge e chi riceve la punizione.

Il castigo, quando imposto nei termini descritti, provoca nell'animo un'attività giudicatrice del passato, un moto di pentimento, a cui il filosofo Max Scheler ha dedicato un'analisi imprescindibile ne *L'eterno nell'uomo*. Obiettivo di Scheler è rovesciare il paradigma della filosofia moderna, che ha confinato il pentimento ad atto negativo. Esso sarebbe antieconomico, in quanto dispendio di energie per il riesame di azioni passate, e deprecabile, perché crea disarmonie interiori⁸. Per Scheler, il pentimento è soprattutto autoguarigione. Colpa e pentimento riguardano tuttavia un piano più alto. La colpa non è una manifestazione interna all'individuo e non corrisponde interamente al cosiddetto senso di colpa. La colpa è una qualità, non un sentimento; possiamo non sentirci in colpa per un errore o un'azione punibile, eppure la colpa esiste ugualmente, indipendentemente dal nostro sentimento. Non esistono bravi insegnanti e ottimi giudici che punirebbero soltanto gli alunni o gli imputati coscienti dei propri errori. Che la si senta o no, la colpa c'è. Ma al sorgere del senso di colpa, il pentimento appare l'unica via per correggere la disarmonia tra l'azione e la coscienza del male compiuto. Chi si pente non soltanto si

⁸ M. Scheler, *L'eterno nell'uomo*, a cura di P. Premoli De Marchi, Milano, Bompiani, 2009; Id., *Il pentimento*, Roma, Castelvecchi, 2014. Il pentimento – commenta Scheler – è considerato un atto futilissimo per i deterministi di ogni tradizione, per cui ciò che è stato è stato e non sarebbe potuto essere altrimenti; quindi atto auto-illusorio per chi, in maniera psicologista, vede nel pentimento il tentativo di annullare i propri errori, che infastidiscono come un peso sulla coscienza e, dunque, è atto vendicativo verso se stessi.

converte, soprattutto si confessa, cioè ammette responsabilmente. Attraverso il pentimento ridiamo significato all'azione come sbaglio; non eliminiamo l'azione, ormai compiuta e irreversibile, ma ne eliminiamo il motivo, vale a dire il motore che ci ha spinto a quell'azione, e ci rivolgiamo a una crescita migliore. Una colpa pesa di più sulla nostra vita se il pentimento non ha cercato di estirparla: «Non la colpa di cui ci si è pentiti, ma quella di cui non ci pentiamo ha sul futuro un potere così determinante e avvincente»⁹. Soltanto il pentimento, nell'atto di eliminare con fatica il male passato, ci rende pienamente evidente il male stesso dell'azione, provocando il riconoscimento e la dolorosa ammissione. Il soggetto sopprime una parte di sé perché il suo «centro vitale», per usare le parole di Scheler, possa crescere veramente libero. Conversione, diventa la parola chiave. Con-vertere, cambiare direzione, volgersi ad altro. Il pentimento autentico porta sempre a un cambiamento di mentalità, a una trasformazione della propria coscienza.

Il senso del castigo dovrebbe essere dunque quello di migliorare l'uomo, di farlo diventare più consapevole e consentirgli di decostruire il male. Quando si è costretti a dare una punizione, si dovrebbe credere che un castigo non va dato per punire; ma per temprare alla difesa dal reciproco rischio dell'annientamento sociale. Il principio che chi infrange le regole debba essere punito è un cardine della stabilità sociale, ma la pretesa che le pene siano dure, esemplari, spietate, lascia intravedere un aspetto voluttuario che esula dalle ragioni del punire. Come argomentato da Friedrich Nietzsche, la punizione ha come fondamento il piacere di far soffrire: punire non è solo rendere un male per un male, c'è qualcosa di più, una soddisfazione nel sapere che il colpevole soffre, è «la voluttà del fare male per il piacere di farlo»¹⁰.

⁹ Ivi, p. 15.

¹⁰ Nella quarta e quinta parte della seconda dissertazione di «Genealogia della morale» (1887), Nietzsche esamina come il concetto di colpa abbia preso origine dal concetto molto materiale di «debito» e la pena originariamente si sia posta come compensazione del danno subito dal creditore in conseguenza dell'inadempienza del debitore: una compensazione che richiedeva la sofferenza del colpevole, «in quanto far soffrire arrecava soddisfazione in sommo grado, in quanto il danneggiato barattava il danno, con l'aggiunta dello scontento per il danno, per uno straordinario contro-godimento: il far soffrire». Cfr. F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, a cura di G. Colli, M. Montinari, Milano, Adelphi, 1984, Vol. VI, tomo II, pp. 51-54.

La scena del negativo

Allora uno dei giudici della città si fece avanti e disse: Parlaci della colpa e della pena./ Ed egli rispose:/ È quando il vostro spirito vaga controvento,/ che soli e senza protezione, fate dei torti agli altri/ e quindi a voi stessi./ E per quell'errore commesso dovrete bussare/ e aspettare a lungo, trascurati, alla porta dei beati.

Kahlil Gibran, *Il Profeta*

Nella scelta di esercitare una punizione confluiscono profonde convinzioni e ragioni eterogenee che emergono da sedimentazioni di saperi e tradizioni. Lo studioso Didier Fassin – in un recente lavoro – osserva come l'equivalenza tra un atto deviante e un dolore imposto sia un'invenzione della contemporaneità occidentale, dove il progresso sociale ed economico non ha condotto a un temperamento della volontà punitiva. Fassin analizza gli strumenti punitivi e la loro razionalità attraverso ricerche sulle istituzioni addette a distribuire punizioni (polizia, tribunali, carceri) e, riferendosi a un'antropologia del castigo costruita tra popolazioni indigene, periferie francesi, con riferimenti a Durkheim, Hart e Foucault¹¹. Nelle società occidentali – egli precisa – si è passati da una logica della riparazione, si puniva per ricomporre una frattura sociale, per cui anche la vita umana poteva essere risarcita con il denaro, a quella della punizione, per cui la pena è pena solo se infligge sofferenza e redime il colpevole. Dalla riparazione alla redenzione. È la componente emotiva del castigo, il piacere dell'atto punitivo che si ritrova nei linciaggi nell'America segregazionista, nelle lapidazioni della *shari'a*, nei pestaggi del vigilantismo sudamericano. Ma è una dimensione del castigo tenuta nascosta, perché genera disagio. Il diritto dovrebbe servire a tenere sotto controllo questi impulsi, ma il populismo penale vince su retribuzione e utilitarismo, e cerca di liberare il

¹¹ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2018. L'autore nella sua indagine storica e etnografica precisa come nelle società tradizionali, precoloniali, e nelle società antiche, ad esempio a Roma, la risposta sociale alla violazione della legge era la riparazione, in quanto bisognava compensare una perdita. Secondo quanto evidenziato dagli studi etimologici di Emile Benveniste, il termine greco *poimē*, ed il suo equivalente latino *poena*, significavano la compensazione che doveva essere portata per riparare l'atto commesso. Di questa tesi – continua Fassin – se ne trova traccia negli studi storici svolti da Georg Simmel sull'alto Medioevo, ad esempio in Inghilterra, dove veniva fissato un prezzo a titolo di indennizzo nei confronti della famiglia della vittima di un omicidio; o ancora negli studi etnologici delle società precoloniali, come quelli condotti da Leopold Pospisil in Papuasias-Nuova Guinea. È la sostituzione della legge germanica, fondata appunto sul principio di riparazione dei delitti e dei crimini, con la legge romana che, sotto l'influenza soprattutto della Chiesa, si introduce nella società medioevale l'individualizzazione della colpa, e persino il peccato, con la necessità della sofferenza per espiarlo. Molto tempo dopo, con la colonizzazione, questa stessa logica verrà introdotta in società che avranno estrema difficoltà ad accettare l'imposizione di una pena e la prigione come punizione. Cfr. Fassin, *Punire* cit., pp. 59, 61, 65 ss.

castigo da ogni regola che lo possa frenare. Così facendo però il castigo eccede la sua ragione. Occorre quindi comprendere bene ciò che implica l'instaurarsi di un'economia morale della sofferenza in sostituzione dell'economia morale della riparazione: da una parte, l'esercizio della vendetta al posto di una pratica di compensazione e, dall'altra, la responsabilità individuale, quella del presunto colpevole, al posto della responsabilità collettiva. Rendersi conto di questa evoluzione antropologica nell'ordine morale delle società, può forse fornire gli strumenti per ripensare il senso che si può dare oggi alla punizione legale, nell'articolazione tra diritto, morale e istituzione.

La punizione potrebbe essere facilmente interpretata come socialmente utile per il suo "valore deterrente" nel momento in cui associa ad un certo atto una conseguenza nettamente più spiacevole del vantaggio che se ne potrebbe trarre: essa dissuade sulla base di una valutazione dei costi e dei benefici. Tuttavia, la teoria della deterrenza si è dimostrata difficile da convalidare, soprattutto perché la presenza di molti fattori soggettivi rende difficile dimostrare in modo inequivocabile che una certa pena ha impedito a qualcuno di commettere un determinato crimine. Il problema è specificatamente etico: come è possibile concepire per esempio l'omicidio, o qualsiasi atto che ferisca la dignità, la fiducia, l'amore, come qualcosa i cui vantaggi individuali possano essere commisurati con la pena corrispondente? Qualsiasi misurazione diventa impossibile quando non si ha a che fare con oggetti esterni economicamente valutabili. Ciò tanto più quando la punizione, per quanto venga giudicata equilibrata e sensata, non può assumere in nessun caso il carattere di una riparazione oggettiva. Quale atto può veramente compensare la perdita di una vita? Seppure ammesso che ciò possa essere compensabile, non lo è nell'ordine della punizione. Nel caso estremo non c'è dubbio che è la violenza istituzionale, fino all'esecuzione capitale, la forma di sanzione più proporzionata: morte per morte. Tuttavia, la storia e la cronaca abbondano di delitti compiuti nella certezza della punizione, e quando questo avviene, paradossalmente entrano in gioco considerazioni morali, sicuramente di una morale deformata, ma a suo modo pur sempre morale: la percezione cioè di un'azione che deve essere compiuta malgrado essa conduca sicuramente alla propria rovina.

Il filosofo Giorgio Agamben osserva che la colpa esiste come tale solo in virtù della pena che la sancisce, e questo rende la sanzione così importante all'interno dell'edificio del diritto¹². Partendo da un'analisi etimologica che si confronta con il linguista francese Emile Benveniste, Agamben ritrova l'origine del concetto di "sanzione" in "sanctus", termine che indica un'interdizione totalmente legata a una legge umana, in cui il fattore religioso non

¹² G. Agamben, *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, pp. 32-38, 49.

gioca alcun ruolo. La sanzione sarebbe il modo in cui gli uomini puniscono – entro il recinto giuridico dei fatti umani – la colpa: essa sarebbe, dunque, il fatto costitutivo della legge. Questa sconvolgente immanenza e arbitrarietà radicale della legge – che unisce ambiguamente in sé sempre la giustizia alla violenza – si vede in maniera chiara in quella che comunemente viene chiamata “legge del taglione”. La parola taglione trova la sua origine nella parola latina *talis* (da cui l’italiano “tale”): a una precisa azione criminosa corrisponde esattamente – tale e quale – la stessa azione come sanzione, la quale, però, in quanto inclusa nell’edificio del diritto, è permessa. Questo rende evidente – sempre secondo le analisi di Agamben – come non esistano colpe, ma solo azioni sanzionate, ossia azioni innocenti che perdono la loro innocenza solo nel momento in cui vengono dichiarate colpevoli.

Conducendo la sua analisi di filologia storica su alcune espressioni della filosofia buddhista, Agamben recupera l’origine del latino *crimen* (da cui crimine) nel sanscrito *karman*, che per i buddhisti indica la volontà, l’intenzione dietro all’azione. Secondo Agamben l’intera struttura teorica dell’insegnamento buddhista consente di formulare l’ipotesi che *karman* si leghi al concetto di *crimen*, di un’azione sanzionata, cioè, imputabile e produttrice di conseguenze che sta a fondamento non solo del diritto ma anche dell’etica e della morale religiosa occidentale¹³. In questo senso si espliciterebbe il tentativo di rendere il soggetto quello che è indipendentemente da quello che fa, di sciogliere il nodo scorsoio che consiste nell’identificazione azione-soggetto. Non necessariamente un uomo che fa il male è malvagio, così come un’azione buona non rende chi la compie, di per sé, buono. La colpa, il *crimen*, è sempre legata all’azione, ma non necessariamente al soggetto, che deve liberarsi di essa, e dell’idea di essere un polo generatore di azioni, che a sua volta viene generato retroattivamente da esse.

Questa prospettiva trova – sempre seguendo l’autore – delle risonanze nelle riflessioni di Walter Benjamin che, nello scritto *Per una critica della violenza*, si propone di scollegare l’azione umana dal circolo mezzi-fini, in modo da pensare un’azione “pura”, che abbia il proprio fine in sé. Il paradigma di quest’azione pura sarebbe appunto, il gesto, quale ad esempio si dà nelle cosiddette arti performative. Un mezzo puro per Benjamin è quello che non è correlato ad un fine: «Il mezzo puro lascia da parte il suo enigma se viene restituito alla sfera del gesto da cui proviene», come la danza, che personifica la «pura potenza del corpo umano»¹⁴. Questo esprime l’essenza di una capacità umana di agire «che non si fissa mai in un *crimen*, in un atto colpevole e imputabile», ma in un gesto che può o non può risultare in azione. La rottura

¹³ Ivi, p. 52.

¹⁴ Ivi, pp. 131, 134-135.

del dispositivo mezzi-fini – sottolinea Agamben – contiene la possibilità di pensare a un «terzo modo dell'attività umana», oltre la prassi e la produzione, «un'attività o una potenza che consiste nel disattivare e rendere inoperose le opere umane e, in questo modo, le apre a un nuovo, possibile uso»¹⁵.

La ricerca di nuovi dispositivi in grado di legare le azioni umane, potrebbe costituire l'essenza di una riflessione sociale sul diritto di punire, e, quindi, sul valore di strumenti di protezione della relazionalità strutturale della *polis*. Responsabilità e libertà investono il soggetto nel suo ruolo centrale di attore morale e lo coinvolgono entro una duplice prospettiva, individuale e collettiva insieme. Sviluppate una consapevolezza del prendersi cura del sistema sociale comporta primariamente comprenderne le fragilità, riflettere sul concetto di corresponsabilità, vigilare sulla genesi dei fattori che favoriscono la criminalità. Società significa partecipazione e tensioni, regole e aspettative comuni, significa che il suo contratto originario e costitutivo – come ricorda ancora Nietzsche nella *Genealogia della morale* – rimane sempre un riferimento sul piano etico e prassiologico. Dunque, una società che non si senta solo società dei giusti, ma anche disposta ad attivare una prevenzione di tipo primario al fine di intervenire sui fattori scatenanti la criminalità. Per prevenzione primaria si deve intendere una pratica dialettica, educativa e politica, che interviene durante la vita di ogni singolo membro della società. La prevenzione educativa è affidata a tutti i cittadini mediante dinamiche formali e non formali, quella politica alla cultura del dibattito. Una cultura del dibattito e del conflitto che è profondamente politica, soprattutto quando si deve regolamentare libertà e sicurezza. In un contesto sociale complesso, caratterizzato da linguaggi plurali, è opportuno vedere nei conflitti non l'aspetto negativo, ma quello che sono: l'espressione di adattamenti a difficili cambiamenti sociali, l'espressione di una crescita comune.

Le linee di confine delle tensioni interne a una società aperta incrociano tutti i possibili schemi. Interrogarsi sul ruolo e gli effetti delle misure di pena/castigo investe questioni giuridiche, culturali e politiche che includono anche la sostenibilità economica e ambientale, lo sgretolamento della coesione sociale, l'esigibilità dei diritti. Su questo sfondo va valutata con spirito critico la visione che la sofferenza imposta dalla punizione possa compensare il male commesso. È una visione che risente del pensiero idealistico di matrice hegeliana, secondo il quale il vero non è la realtà empirica in cui viviamo ma è il valore che diamo alle cose e, siccome alla pena diamo il valore di negazione del reato, allora ne deriva che nell'ambito dei valori la pena cancella il reato, quando tuttavia è evidente che nessuna pena può di fatto cancellare la realtà del reato. Infatti, la pena, considerata esclusivamente per la sua finalità retri-

¹⁵ Ivi, pp. 131, 136-137.

butiva si risolve in una misura afflittiva atrofizzante. Nella grande maggioranza dei casi il tempo della pena non attiva nel condannato quel movimento di coscienza che dovrebbe addentrarsi nella stessa coscienza, per affrontare il tema di come farsi ancora abitare dalla vita e come abitarla.

Bisogna, quindi, attuare una profonda messa in discussione delle strutture e dei metodi consolidati a cui il punire fa ricorso, a volte anche oltrepassando specifiche necessità. Emblematica è la centralità del carcere come misura detentiva – o cautelare e precautelare – che conduce a sopravvalutare l'intenzionalità educativa di una pena fundamentalmente caratterizzata come esperienza di estrema separazione dalla società, nonché di autoerosione del condannato per l'iper-vicinanza e l'iper-esposizione al male. L'allontanamento dell'istituzione carceraria dall'attenzione della collettività è confermato anche dalla sempre più frequente ricollocazione architettonico-urbanistica degli edifici penitenziari in zone periferiche rispetto ai contesti cittadini: uno spostamento fuori dalla percezione della collettività a cui corrisponde a un processo di rimozione psichica. E ciò sembra avvalorare che l'esito finale del carcere, ma anche la sua pre-condizione, sia la progressiva riduzione dell'identità del recluso. La prigione, come luogo della privazione e della compressione, attiva una risposta di dipendenza, per la quale i reclusi nei loro stessi gesti quotidiani, nei tempi e nei ritmi, sono regolati da un controllo eteronomo. Si esperisce una contrazione dello spazio psico-fisico: un processo di ri-dimensionamento associato ad un fatale regresso verso l'infantilizzazione. Segno di riconoscimento di tale involuzione è l'uso di un linguaggio avulso da quello comunemente adottato dalla collettività, un linguaggio cupamente vezzeggiativo che denota la realtà attraverso il suffisso “-ino”: “spesino”, “scopino”, “concellino”, “domandina”. Questi diminutivi/vezzeggiativi sono eloquenti di un progressivo e spesso irreversibile sfibrarsi dell'identità. Venendogli meno la comunità, il condannato si sottomette ad una razionalità di controllo nell'illusione di una reintegrazione sociale che è sempre meno contrattata e sempre più subita¹⁶.

Lo stato delle cose profila un conflitto sociale strutturale centrato sulle diverse aspettative di esclusione/integrazione, la cui soluzione rappresenta una delle grandi sfide del futuro. Troppo spesso il carcere funziona come discarica dove precipitano espressioni varie di marginalità sociale, fallimenti familiari, disordine amministrativo, miseria, immigrazione, disoccupazione, abbandono. Oppure finisce per essere scuola di violenza/delinquenza, cinghia di trasmissione di scelte di contrapposizione alle regole di convivenza. La sfida culturale non risiede tanto nel cercare i motivi di un fallimento infinitamente

¹⁶ Cfr. L. Manconi, G. Torrente, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, Carocci, 2014.

rinnovato, quanto nel guadagnare lo spazio autentico dell'alternativa, riflettendo su come valorizzare il tempo del carcere in una prospettiva di relazione con la comunità civile, come collegare realtà oltre al di là di ogni contrazione del volere. Attraverso rinnovate prassi che facciano interagire competenze trasversali si può mettere in atto un contro-movimento della ragione che ridimensiona l'accezione del margine/confine, da misura della separatezza, a forma di connessione. Si possono creare spazi, reali e simbolici, in cui rilocalizzare frammenti esistenziali sottratti alla degenerazione.

In questa direzione si vanno rafforzando, a livello internazionale, le istanze a favore di un carcere ri-socializzativo, unitamente a possibili proposte di giustizia riparativa che promuovono percorsi in grado di guidare il condannato a impegnarsi in un determinato processo di coscientizzazione memoriale, in cui è centrale la correlazione con la vittima¹⁷. Un nuovo orientamento che crea le condizioni per una condivisione tra due tipologie di sofferenza e impotenza, di fratture e traumi biografici e che fa emergere lo spessore sociale delle emozioni e il rafforzamento dei sentimenti di appartenenza. Un progetto di ri-generazione responsabile delle relazioni che il reato ha drammaticamente deformato, il cui criterio è il dialogo stesso e i suoi interpreti sono gli stessi dialoganti. Sul terreno dell'ideale regolativo di una prassi che rinuncia a imporre rigidi confini al concetto di persona, riconoscendo la sporgenza dell'io sull'io, si può collocare un dialogo che – citando Raimon Panikkar – si trasforma in dialogo dialogale quale esercizio estremo di relazione esistenziale, le cui regole non solo regolamenti di procedura quanto atteggiamenti esistenziali. Un esercizio che si propone di esplorare un concetto parallelo e integrativo di giustizia, non verticale ma obliquo e trasversale, che individuando un possibile punto di intersezione fra prospettive messe a confronto, proietta davanti a sé un dialogo le cui conclusioni sono valide solo fin dove il dialogo conduce¹⁸.

Se la violenza, come ci ricorda René Girard, è una realtà proteiforme che attraversa la storia del genere umano, dall'inizio alla fine, gli individui sono consapevoli che vi sono manifestazioni che non scompaiono mai dal proprio

¹⁷ G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015; A. Pera (a cura di), *Dialogo e modelli di mediazione*, Padova, Cedam, 2016; G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, DisCrimen, Criminalia, Pisa, ETS, 2020.

¹⁸ Cfr. R. Panikkar, *Pace e interculturalità. Una riflessione filosofica*, Milano, Jaca Book, 2002, pp. 41-48. Sulla fecondità del dialogo dialogale, Panikkar osserva che: «Il dialogo deve presupporre una fiducia reciproca in un comune avventurarsi nell'ignoto, giacché non si può stabilire a priori se ci si capirà l'un l'altro, né supporre che l'uomo sia un essere esclusivamente logico. [...] Il dialogo non si stabilisce con principi astratti come "amatevi gli uni gli altri", ma deve calarsi nella realtà e avere anche il coraggio di interloquire con [...] il terrorista che ha ammazzato degli innocenti. [...] Il dialogo non può essere condotto in astratto e in generale, non implica la vendetta dell'occhio per occhio, bensì il coraggio dell'occhio a occhio», in Panikkar, *Pace e interculturalità* cit. pp. 44, 46.

orizzonte di senso e di significato e che, pur assumendo forme diverse, sono parte integrante dei vissuti e, in quanto tali, vanno costantemente rielaborate¹⁹. Il compito di stabilire un difficile, complesso e rischioso dialogo proprio con le derive dell'umano equivale a farsi carico della realtà, il che suppone uno stare nella realtà delle cose – e non meramente davanti all'idea o nel senso delle stesse – un sostare nel contrasto delle cose, che nel suo carattere attivo è il contrario di uno stare reificato e inerte e implica uno stare fino allo spaesamento più inquietante; il caricarsi della realtà, segnala il fondamentale carattere etico dell'intelligenza, che non è data all'uomo per evadere dalla sua compromissione con il reale, ma per caricare sopra di se la vera vita agente.

Il filosofo coreano Byung-Chul Han nel suo recente lavoro *Topologia della violenza*, ricostruisce dettagliatamente le trasformazioni che essa ha assunto nella società contemporanea. Una società sottoposta a un continuo processo di “positivizzazione” capace di eliminare dall'orizzonte sociale e relazionale ogni tipo di obbligo, di divieto, di negatività e di contrapposizione, permettendo così alla violenza di trasferirsi dal «visibile all'invisibile, dal frontale al virale, dal corporeo al mediale, dal reale al virtuale, dalla dimensione fisica a quella psichica, dal negativo al positivo»²⁰. Han individua una forma di violenza inedita che attraversa in maniera insidiosa e pervasiva le nostre società, una violenza che è sempre in agguato e che non ha mai terminato la sua azione smisurata, che non ha più bisogno di scaricarsi verso l'esterno, in quanto viene interiorizzata. L'interiorizzazione psichica – scrive Han – è uno degli slittamenti topologici della violenza nell'epoca moderna. La violenza ha luogo nella forma di un oppressivo conflitto psichico interiore. Le tensioni distruttive vengono mantenute all'interno invece di scaricarsi verso l'esterno. Il fronte si colloca ora non fuori, bensì dentro l'Io, serrando le incontenibilità formali di ogni vissuto.

Sul tema si interroga anche Martha Nussbaum che analizza il rapporto tra *Rabbia e perdono*, fra le due spinte fondamentali alla chiusura e all'apertura, a una politica di discriminazione e a una di accoglienza, in vista di un'elaborazione che non le rinneghi, ma ne addomestichi l'energia per sviluppare un sistema normativo e sociale più equilibrato²¹. La forma più deleteria di rabbia è senza dubbio quella basata sull'idea di restituzione, cioè nell'infliggere dolore a chi ci ha causato un danno. Si assiste a una crescita di rabbia, di animus vendicativo – “fargliela pagare” – radicata in una crescita di frustrazione, una rabbia tesa a denigrare e schiacciare l'altro: forme di rabbia acute che non prospettano nessuna forma di progresso, di trasformazione dei contenuti di partenza, in quanto si alimentano di se stesse e vivono nel rancore, nel desi-

¹⁹ R. Girard, *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi, 1980; W. Sofsky, *Saggio sulla violenza*, Torino, Einaudi, 1998.

²⁰ B.C. Han, *Topologia della violenza*, Milano, Nottetempo, 2020, pp. 20-21.

²¹ M. Nussbaum, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Bologna, il Mulino, 2017.

derio mai appagato di risarcimento. La rabbia infatti segnala un malessere, scuote le minoranze, le agita e le rinforza. Nel contempo però crea una rivalessa foriera di sviluppi negativi, cioè quella che si proietta sul futuro, espressa nella classica frase ‘mai più’, il che contempla una diminuzione di creatività (costringere è meno creativo che convincere, far soffrire è meno creativo che far evolvere). Diversa forma di rabbia è la “rabbia di transizione”, che pur nella condanna morale dell’empietà, fa valere la sua sostanza etica come suo superiore diritto non solo verso l’altro da sé, ma verso ciò che al suo interno gli si fa altro da sé.

L’esistenza sfrangiata

Per camminare sul filo tagliente di una spada,/ Per correre su un
levigato lastrone di ghiaccio,/ Non c’è bisogno di seguire nessuna
impronta./ Cammina sui dirupi a mani nude.

Mumon, *La porta senza porta*, 32

Questa autoemergenza della natura umana, necessitante la propria difesa, storicamente si manifesta e si matura nell’ascolto e nella riconciliazione attraverso l’esercizio di una saggia incertezza che pluralizza e culturalizza l’orizzonte della giustizia. La persona umana, come unico sistema fisico dotato di soggettività spirituale, è ontologicamente superiore a ogni altro sistema naturale o culturale, e da questa superiorità ontologica deriva una superiorità assiologica, di valore. La tutela della dignità umana in linea di principio, non può conoscere attenuazioni o eccezioni, a maggior ragione se ci si trova di fronte a persone in stato di repressione – autore di un reato – o paralizzate in una dimensione di debolezza, vischiosa e difficile da superare- vittima. Non si tratta di attivare solo un dialogo tra emozioni o tra ragioni, si tratta di trasformare sistemi chiusi in sistemi aperti, incoerenti, incompleti, ambigui, il che richiede un salto concettuale che pluralizza le dinamiche relazionali verso la piena fatticità storica della connessione con l’alterità. Utilizzando approcci epistemologici interdisciplinari, si potrebbero ricercare linguaggi e strategie sociali che accettino di occupare lo spazio scomodo di un’interrogazione radicale, di produrre una diffusa mobilitazione cognitiva – un laboratorio concettuale in sinergia – che assicuri la ri-strutturazione di metodi e prassi per l’elaborazione di soluzioni che si raccolgono intorno a esigenze e convincimenti diversi.

Un contributo significativo a queste linee di riflessione è offerto dalle tesi di François Jullien, il quale esplora il concetto di de-coincidenza ed il suo valore assoluto come principio generatore e base morale dell’esistenza umana²².

²² F. Jullien, *Il gioco dell’esistenza. De-coincidenza e libertà*, Milano, Feltrinelli, 2017.

Jullien osserva che esistere è de-coincidere: per far accadere costantemente il nuovo è necessario distaccarsi dallo stato anteriore, de-solidarizzare rispetto alla sua coerenza, e non perpetuarla. La de-coincidenza si oppone all'adattamento ed è il motore dell'esistenza: se lo spirito tende all'adattamento, la coscienza, con il suo essere nelle cose, tende sempre a de-coincidere ed a smontare qualsiasi adattamento che non può che essere temporaneo ed effimero. Il filosofo precisa come attraverso la de-coincidenza si crei un gap fertile, una lacuna in cui la vita spazia, si completa e si rinnova: la più alta definizione di vita non è rappresentata dalla coincidenza con se stessa come spesso si crede²³. E lo stesso avviene per la coscienza che viene all'essere solo grazie a uno scarto, a una deviazione. Lo scarto contiene un'eccedenza di vita che buca l'ordinario, permette di esplorare e di far emergere scorci di possibilità inaspettate: rende visibile uno spazio che consente ai termini in confronto di rimanere rivolti l'uno verso l'altro. Porre la de-coincidenza al principio della vita significa squadernare una nuova etica lontana da convinzioni e irretimenti in schemi prestabiliti.

Movendo da questi presupposti, la possibilità di configurare un nuovo ethos sociale si colloca programmaticamente nello spazio critico della mediazione/confitto/dissenso – nel quale si iscrive anche la trasformazione della categoria del castigo – perché il tema oggetto di studio non può incanalarsi nei binari prevedibili del consenso, in quanto è pervaso e sovvertito da una polifonia che riafferma la costitutiva potenzialità dell'uomo di modificarsi dentro un orizzonte di ulteriorità. I destini personali sono collocati su costanti punti di frizione con il tempo/storia, quindi, diventa determinate affermare una *Bildung* che restituisca all'individuo la temporalità per trasformarsi, per mettersi in discussione, per riconoscere la sua infinita adattività.

John Dewey spiegava che la democrazia è qualcosa di più di una forma di governo: è prioritariamente una forma di vita associata, cioè una comunità di dialoganti che cooperano alla soluzione dei problemi discutendo criticamente il valore del legame sociale, come sfida a dislocare il pensiero dalle forme concettuali sature, da ogni centramento delle certezze. La democrazia prima che assumere una veste architettonica sul piano delle formule costituzionali è interiorizzazione di uno stile di vita: è prassi educativa e coscientizzatrice. In tal modo è impegno storico all'interno di ogni soggettività umana che si costruisce nel suo divenire: essa implica – come sottolineava Paulo Freire – che gli uomini assumano il ruolo di soggetti che fanno e rifanno il mondo²⁴.

²³ Ivi, pp. 16, 32.

²⁴ P. Freire, *Pedagogia degli oppressi*, Torino, EGA, 2002; P. Freire, *Politica e educação*, San Paulo, Cortez, 1993.

Alfredo Verde

Il castigo in una prospettiva psico(socio)criminologica

1. Premessa

Il tema del castigo e della pena appassiona non solo gli esperti, ma anche il pubblico, i consumatori, i fruitori di prodotti culturali: possiamo dire, davvero, che le caratteristiche del castigo inflitto agli autori di reato siano un indicatore del livello di civiltà raggiunto da una determinata società.

Il presente contributo si colloca nell'impostazione teorica composita che caratterizza l'approccio da sempre utilizzato nella scuola genovese di criminologia, e intende fare il punto su un pluriennale percorso di ricerca e di teorizzazione. La criminologia, infatti, per come la intendiamo, è il "luogo" dove convergono diverse discipline accomunate da un oggetto eterodefinito: il delinquente (Bandini *et al.*, 2003; 2004). In questo senso, il criminologo portoghese Candido da Agra (2017) la definisce come *unitas multiplex*. La nostra particolare versione, che seleziona solo una parte degli approcci possibili, combina psicologia clinica, psicoanalisi, psicosociologia e *psychosocial studies* (che applicano le conoscenze psicoanalitiche allo studio dei fenomeni sociali) e sociologia interazionista.

Ma è necessaria, a questo punto, una digressione etimologica. "Castigare" deriva dall'omonimo verbo latino, che significa da un lato punire, ma dall'altro correggere: un etimo possibile riferito è quello che lo ricollega a *castus agere*, cioè rendere casti. Il vocabolario Treccani online così recita: "casto agg. [lat. *castus*, prob. connesso con *carere* «esser privo» (e quindi propr. «esente da colpa»)]. – 1. a. Che si astiene, con gli atti e con la mente, dai piaceri sessuali, sia in modo assoluto (una fanciulla c.; le c. vergini) sia con l'osservanza di precise norme morali (come per es. la fedeltà coniugale...) [...] 2. estens. Puro, innocente, virtuoso".

Il castigo, quindi, consiste nell'eliminazione del peccato e della colpa attraverso un'operazione di purificazione connessa ai rituali dell'abluzione. Come si vede, il concetto è costruito in antinomia, e si basa su una serie di significanti antitetici: casto/corrotto, puro/impuro, pulito/sporco virtuoso/vizioso, innocente/colpevole. Chi si macchia della colpa è impuro, sporco, e deve essere ripulito attraverso una punizione, un castigo, che lo rinnovelli. Il castigo può allora definirsi come "purificazione", "espiazione" e quindi come rinnovamento e rinascita.

Non è certo questa la sede della costruzione di una storia del castigo: ci limiteremo a dire che con l'età moderna inizia a nascere l'idea di una punizione distinta dalla punizione di un peccato: un giudizio laico, che prevede la presenza di un trasgressore e di un'istanza giudicante. In criminologia e sociologia si distingue la devianza, che trova una sanzione sociale, dalla criminalità, che viola una norma penale (Melossi, 2002). Dal punto di vista psicologico poi, il castigo costituisce la ricompensa negativa che segue a una trasgressione, che prevede l'espulsione / esposizione alla riprovazione collettiva e le successive connesse cerimonie di reintegrazione studiate dagli antropologi giudiziari e dai criminologi (Braithwaite, 1989).

Per arrivare alla concettualizzazione di un "castigo" che non sia soltanto pena, tuttavia, è necessario un lungo percorso che permetta di comprendere la natura e l'oggetto della funzione punitiva dal punto di vista dell'individuo, del gruppo e della collettività. In questa trattazione partiremo da una visione antropologica, per poi precisare le caratteristiche del castigo e della riabilitazione dal punto di vista della psicoanalisi applicata e della psicosociologia, e infine trattare, utilizzando l'esempio del nostro Paese, alcune dinamiche possibili della relazione fra pratiche punitive e pratiche riabilitative.

2. Il contributo della teorizzazione girardiana

Partiremo da un punto di vista molto specifico: nei sistemi sociali della modernità la creazione della figura dell'Altro attraverso la definizione sociale del delinquente e la sua persecuzione giudiziaria, è fondamentale per la costruzione dell'immagine sociale di ciò che è bene e ciò che è male. Per tratteggiare questa problematica, ci verrà utile ricorrere all'ultimo creatore di una "grande teoria" in campo antropologico, René Girard.

René Girard parte da un'elaborazione dal rapporto fondamentale fra noi e il prossimo, definito come "problema dell'alterità", utilizzando un unico principio esplicativo: la "mimesi" o "desiderio mimetico": il soggetto desidera quello che viene desiderato dall'altro, imitando in qualche misura i desideri di quest'ultimo. Questo rende la convivenza sociale molto instabile, e si verificano periodici momenti di crisi. Osservando la storia e studiando i testi

classici Girard rinviene una caratteristica generale delle crisi, che a suo parere rappresentano situazioni di “indifferenziazione” (Girard, 1972), in cui le differenze che solitamente sono presenti nell’ordine culturale, e che garantiscono l’identità dei singoli soggetti o dei gruppi, rischiano di svanire: la violenza mimetica inizia a manifestarsi e viene a formarsi una folla, contagiata, pronta a scegliere una singola vittima contro cui polarizzare l’odio generatosi.

Nelle società primitive, le crisi vengono risolte tramite la scelta di una vittima sacrificale: per evitare la violenza che Girard definisce “cattiva”, esagerata e rischiosa per la collettività, si ricorre a una violenza limitata, “buona”, attraverso il sacrificio di una vittima “pura”. Per articolare il rapporto sacrificio-violenza, lo studioso francese ricorre all’ipotesi della “sostituzione sacrificale”: una vittima paga per tutti, e, con il suo sacrificio, pone fine alla violenza collettiva. Alcuni sistemi rituali sostituiscono gli esseri umani minacciati dalla violenza con animali, altri li sostituiscono con altri esseri umani; la regola è comunque ancora una volta mimetica, perché tutte le vittime debbano somigliare a coloro che esse sostituiscono (Girard, 1999). Un’altra caratteristica della vittima riguarda la modalità di scelta della stessa: la folla in preda alla crisi di indifferenziazione non utilizza un criterio di colpevolezza, ma ricerca soggetti che abbiano determinate caratteristiche somatiche (colore della pelle, etc.), o qualche segno particolare che distingua la vittima stessa dalla massa. Il sacrificio costituisce peraltro una violenza senza rischio di vendetta, in quanto la scelta è orientata verso una vittima che non potrà a sua volta vendicarsi, e così viene posto un termine alla spirale della violenza. Nel caso dei sacrifici umani, la collettività tende per esempio a convincersi che una sola persona sia responsabile delle crisi di indifferenziazione, che in lei si trovi la “macchia” che contamina tutti: distruggendo la vittima espiatoria sarà allora possibile sbarazzarsi del male. Questa ipotesi è conosciuta ai giorni nostri come meccanismo del “capro espiatorio”.

Secondo Girard, a partire dal momento in cui la vittima viene sacrificata essa acquista una duplice connotazione, inizialmente negativa, poiché è considerata responsabile della crisi, diversa, estranea, ma successivamente positiva in quanto, come risoltrice della crisi, viene percepita anche come misteriosa, potente, divina. In altre parole, la vittima, innocente, viene divinizzata, in quanto ha salvato la collettività e ha assorbito la violenza che è terminata con la sua morte (Carrara, 1986).

Un passo successivo è costituito dall’analisi delle narrazioni che la collettività costruisce al fine di giustificare la violenza sul capro espiatorio: si tratta di testi che possono avere un differente livello di astrazione, e che Girard definisce come “testi di persecuzione” (Girard, 1982). L’esempio più evidente è quello delle accuse nei confronti degli ebrei, incolpati per tutto il Medioevo di diffondere le pestilenze avvelenando le fontane e i pozzi al fine di attuare

il loro piano di distruzione della cristianità (Girard, 1978). Secondo Girard, quanto affermato dai testi di persecuzione è molto ambiguo: una parte dei fatti narrati è verosimile e presumibilmente reale, l'altra parte è falsa. Nel caso della persecuzione medievale degli ebrei, la parte reale corrisponde alla violenza esercitata dalla malattia sulle comunità in crisi e piene di risentimento per l'impotenza nei confronti del morbo, mentre la falsità sta nelle accuse rivolte alla minoranza ebraica. Un altro esempio è quello della persecuzione delle streghe, accusate di attentare alla maternità e al benessere fisico e psichico delle persone, di intrattenere commerci sessuali col diavolo o di darsi a perversioni di ogni genere.

Analizzando i testi di persecuzione, l'autore elenca le loro caratteristiche principali, che chiama "stereotipi persecutori": la descrizione della crisi in corso, e quindi il pericolo di indifferenziazione (primo stereotipo), la presenza di certi delitti "indifferenziatori" (secondo stereotipo), e l'individuazione di "segni particolari" che paradossalmente differenzino le minoranze accusate dalla collettività (terzo stereotipo) (Girard, 1982). Quando Girard parla di "crimini indifferenziatori" intende quelli che negano le differenze più elementari: è il caso dell'incesto e del parricidio, i delitti primordiali evidenziati dalla riflessione psicoanalitica, cui Girard, pur se non lo riconosce e lo nega, evidentemente molto deve. Il rapporto tra identità e diversità è comunque paradossale: le vittime portano l'indifferenziazione con i loro delitti, ma proprio per tale fatto creano, agli occhi della folla, una differenza essenziale, che viene omeopaticamente utilizzata in quanto "differenza cattiva" per ristabilire le "differenze buone" e salvare la collettività dalla crisi.

Il cristianesimo rivoluziona il sistema sacrificale e inaugura, paradossalmente, la modernità, caratterizzata dalla scissione del sacro dai meccanismi sacrificali: al fine di contrastare la violenza, il meccanismo sacrificale viene sostituito dal meccanismo giudiziario. Crediamo utile approfondire la funzione esercitata dal sistema penale: si tratterebbe di una "istanza superiore" (Girard, 1972), che produrrebbe una "trascendenza giudiziaria" (Girard, 1978), e che sarebbe collocata in posizione privilegiata rispetto al contesto vendicatorio; anche se l'autore sottolinea come la sanzione penale rappresenti comunque, ancora paradossalmente, "l'ultima parola della vendetta" (Girard, 1972).

Nelle società moderne, l'efficacia delle istituzioni giudiziarie (che trascende tutti gli antagonismi dei doppi) permette di individuare e perseguire ogni specifico delitto, e il ciclo potenzialmente interminabile delle vendette cessa con l'individuazione del colpevole e la previsione di una sanzione nei suoi confronti. Così, il sistema giudiziario spossa la vittima del suo naturale diritto alla ritorsione (vendetta privata), ed esercita la giustizia in nome della collettività (vendetta pubblica), espellendo il reo dalla collettività, facendone non più un capro espiatorio divinizzato, ma un delinquente demonizzato.

Il fatto che Girard avvicini il sistema giudiziario al sistema vindicatorio lo si può ricavare da alcune osservazioni (Gentile, 2003): Girard afferma che se il sistema giudiziario non esiste, come accade nelle società primitive, o perde la sua efficacia, immediatamente riprende campo la violenza mimetica (Girard, 1978); a prima vista, la distanza che separa il primo, fondato sul principio della colpevolezza, dai suoi precedenti pare enorme, ma lo stesso Girard afferma che nel sistema giudiziario la vendetta è sempre presente, ancorché razionalizzata. In altre parole, il sistema basa la propria ragione d'essere sull'atto violento già compiuto, proponendosi solo di punirlo, e abdica a qualsiasi funzione preventiva poiché non agisce prima della commissione del reato. Inoltre, per una serie di motivi funzionali e strutturali, il sistema giudiziario non può che prendere in visione, ritagliandola, solo una parte della realtà, riguardante la commissione del reato e il ruolo del colpevole.

Come si nota, la teoria girardiana permette di spiegare a grandi linee la costruzione del reo come vittima espiatoria, rimanendo tuttavia in un ambito molto generale. Girard non considera infatti come i meccanismi giudiziari di vendetta collettiva, a partire dalla teorizzazione illuministica e nel corso dell'Ottocento, siano stati sistematicamente accompagnati dall'enunciazione della necessità riparativa sia nei confronti del reo che della collettività.

3. *“Caricare” il male collettivo sull'autore di reato: dal trauma del delitto alla vendetta / riparazione tramite la pena*

Ci sembra che, per approfondire la trattazione, sia necessario scendere concretamente a esaminare le funzioni che la pena svolge per la collettività da un punto di vista più concreto e legato alle caratteristiche psicosociali del fenomeno, utilizzando l'apporto della psicoanalisi: l'individuazione di un colpevole si coniuga infatti con la proiezione al di fuori di sé degli aspetti intollerabili.

In realtà, ciò che si verifica è una costante oscillazione fra vendetta e riparazione (cfr. anche Garland, 2001), maggiormente pendente durante la fase del giudizio verso il polo della vendetta, e poi gradualmente spostandosi (in base al livello culturale di una società) verso lo svolgimento di attività di trattamento e ricomposizione del conflitto. La definizione sociale della cattiveria e la persecuzione giudiziaria trasformano infatti, in un primo momento, il delinquente in qualcuno di totalmente diverso e differente da noi, tanto più temuto quanto più viene riconosciuto come simile, e svolgono una importante funzione simbolica. In altre parole, chi delinque riceve un castigo lordo delle proiezioni della collettività, che si spoglia della colpa investendolo della responsabilità di tutti e punendolo. Alla vendetta si associa successivamente però, come si diceva, la riparazione: per comprendere meglio la natura e il

motivo di tale oscillazione sarà necessario connettere il contributo di Girard con quelli della ricerca psicoanalitica sui gruppi, al fine di una feconda contaminazione reciproca fra teoria mimetica e psicopsicologia psicoanalitica della risposta giudiziaria; il concetto girardiano di “testi di persecuzione” permetterà poi di affrontare il problema delle “narrative giudiziarie” contaminando psicopsicologia, teoria mimetica e narratologia (cfr., più ampiamente, Verde, 1990).

L'origine, si diceva, è la “naturale” tendenza proiettiva del bambino: quando nasciamo, siamo già presi nella rete del linguaggio, che ci permette di sviluppare le prime contrapposizioni, fra dentro e fuori e fra bene e male, con l'obiettivo di tenere dentro il bene e mettere fuori il male. Il contatto con il delitto, sia come vittima che come spettatore, riconduce a questo livello: secondo Freud (1915) infatti ciò che non è piacevole, ciò che fa male e che infligge dolore, all'inizio del processo della costruzione del Sé viene equiparato a “ciò che è estraneo”, ed espulso, mentre nell'“io-piacere purificato” verrebbe mantenuto solo quanto è piacevole. Si tratta di una posizione evidentemente arcaica e primitiva: l'evoluzione della personalità, a ben pensare, consiste proprio nel riconoscere che le quote di “cattiveria” proiettate sul mondo esterno e sull'altro relazionale sono invece da ascrivere al Sé. La psicoanalisi contemporanea ha tracciato una sorta di “mappa” delle relazioni con le quote di “cattiveria” proiettate e della possibilità di una loro riassunzione all'interno del Sé, utilizzando i costrutti di posizione schizoparanoide e depressiva teorizzati da Melanie Klein (1946): la prima consiste appunto nella scissione grossolana fra bene e male, con la proiezione di quest'ultimo all'esterno, e la seconda invece è caratterizzata dalla percezione della responsabilità e della colpa da parte del soggetto, che si addolora per gli attacchi in fantasia che ha portato alle persone amate. Dobbiamo a Leon Grinberg e a Roberto Speciale Bagliacca una sorta di gradazione della responsabilizzazione del soggetto: all'inizio, troviamo la persecuzione schizoparanoide (tutto il male viene visto come proveniente dal di fuori); successivamente il soggetto percepisce la colpa, ma a livello persecutorio (come se qualcuno lo stesse perseguitando per una trasgressione che non ho commesso) (Grinberg, 1971); poi, si passa alla colpa depressiva ingiunta persecutoriamente (come se la persecuzione derivasse da una trasgressione effettivamente commessa), e infine la colpa viene introiettata e nasce dall'interno – e si tratta della colpa depressiva propriamente detta (il soggetto si dispiace per il male che ha prodotto ad altri); infine, il soggetto prova un dolore che accomuna Sé e l'altro in una superiore *pietas* (Speciale-Bagliacca, 1997).

Questo processo, oltre che svolgersi a livello dell'individuo, si verifica anche a livello dei gruppi e delle collettività. Il riferimento, qui, va a W.R. Bion (1961) e alla sua teorizzazione dei gruppi in assunto di base e dei cosiddetti “gruppi di lavoro specializzati”. Come è noto, quando il compito di lavoro di

un gruppo appare intralciato da difficoltà che appaiono insormontabili, questo può cadere in una serie di atteggiamenti automatici (*basic assumptions*, appunto): la ricerca di un capo/genitore da cui dobbiamo dipendere (assunto di base dipendenza); la formazione di una coppia che si immagina dia origine a un messia che ci salverà (assunto di base accoppiamento); o l'individuazione di un nemico dal quale dobbiamo fuggire o che dobbiamo combattere (assunto di base attacco e fuga). Bion individua ulteriormente, all'interno della società, alcuni "gruppi di lavoro specializzati" con la funzione di gestire-rappresentare le esigenze dei differenti assunti di base: la chiesa per l'assunto di base dipendenza, l'aristocrazia per l'assunto di base accoppiamento, e l'esercito per l'assunto di base attacco e fuga. Quest'ultimo caso è quello che ci interessa: utilizzeremo qui il contributo di Jaques (1955) secondo il quale l'angoscia persecutoria può essere gestita dal punto di vista collettivo tramite complessi meccanismi di assorbimento e di deviazione: o viene assorbita da singoli o sottogruppi, o può essere ulteriormente deviata su altri singoli o altri gruppi sociali. Utilizzando questi concetti, possiamo affermare, riferendoci a Bion, che l'angoscia persecutoria destata dal delitto, e diffusasi nella collettività, venisse nello stato borghese moderno (prima della diffusione massiccia dei mezzi di comunicazione di massa) assorbita non tanto dell'esercito (che gestisce le minacce provenienti dall'esterno dello Stato) quanto dall'apparato della pubblica sicurezza e dal sistema giudiziario penale, che svolgevano quindi la funzione di gruppo di lavoro specializzato per la gestione dell'assunto di base attacco e fuga nei confronti del nemico interno, il delinquente (Verde, 1990).

In quest'ottica, il processo penale costruiva una verità narrativa volta ad attribuire l'esecuzione di un fatto criminoso a un autore, nei confronti dei quali predisponeva un castigo, che veniva percepito, inizialmente, da parte della collettività, solo come tale. Nella nostra ipotesi, la spiegazione processuale riparava lo squarcio nella trama della realtà sociale prodotto dalla violazione della norma costruendo una spiegazione narrativa che, in quanto testo di persecuzione, rappresentava/poneva per la collettività i confini della diversità e dell'identità, e parallelamente costituiva la giustificazione per infliggere dolore e pena nei confronti del colpevole (Verde, Bongiorno Gallegra, 2008).

Il bisogno di vendetta, inizialmente, deriva dalla traumatizzazione operata dal delitto: l'irruzione dell'imprevisto nella vita tranquilla, la violazione dei confini corporei, lo spossessamento dei beni, quando vengono percepiti personalmente o in un contesto familiare, scompaginano la sicurezza (immaginaria) in cui siamo immersi ed evocano fantasie e timori di persecuzione: si può sviluppare quindi una reazione collettiva a questi eventi, controparti negative del buon accudimento, e rivolta ai portatori dei "segni particolari" di cui parlava Girard (la strega, l'orco, lo straniero cattivo, il nazista, l'ebreo, il comunista, il

fascista, l'alieno, il criminale, il pedofilo), caratterizzata dalla proiezione violenta all'esterno di ciò che ci impaurisce e traumatizza, per liberarci dal male.

Le variabili che determinano l'intensità del trauma e della paura dell'evento criminoso da parte degli appartenenti alla popolazione sono da un lato le caratteristiche della personalità, e dall'altro la distanza spaziale: in generale, si può dire che quanto più si è vicini nello spazio alla scena del delitto tanto più l'aspetto traumatico è vivo, e la tendenza è quella alla reazione vindicatrice: questo movimento viene catalizzato dal giudizio penale, espressione, come si diceva, dell'assunto di base attacco e fuga, e ciò in particolare nel primo grado di giudizio, dove i media impazzano e la collettività si schiera (Lanza, 1994), proiettando aspetti di sé nel reo, ed utilizzando la funzione magica dell'esperto-stregone (De Gregorio, Verde, 2017). La tendenza all'espulsione paranoide dell'alterità rappresentata, come affermano Alexander e Staub (1929), dal desiderio di vendetta, predilige infatti risposte emotive ed espressive, e non razionali.

Le variabili sociali, della storia personale e di personalità, poi, interagiscono con quelle relative al tempo trascorso e alla distanza dalla scena del crimine, contribuendo alla durata e intensità della fase paranoide; va detto che ad essa si accompagna sempre, spesso in modo molto ambiguo e contraddittorio, una grande ambivalenza.

Ci soccorre, da questo punto di vista, il grande poema di Lucrezio (*De rerum natura*, 2: 1-4), che evidenzia come il concetto chiave sia quello della distanza dal fatto-reato, che permette di concepirsi come spettatori e non come vittime traumatizzate dal delitto:

*Suave, mari magno turbantibus aequora ventis
e terra magnum alterius spectare laborem;
non quia vexari quemquamst iucunda voluptas,
sed quibus ipse malis careas quia cernere suavest.*

Mantenere una certa distanza dal delitto, inoltre, oltre a permettere ai soggetti rimasti a terra di identificarsi con la vittima, può anche consentire a chi lo osserva di identificarsi con l'autore. Secondo Stephen Pinker (2011) e Robert Simon (2008), ad esempio, anche le persone che non sviluppano fantasie omicidiarie consapevoli traggono piacere dall'assistere a esperienze vicarie di questo tipo, utilizzando le varie tipologie di narrazione disponibili sia nella realtà o nella *fiction*. Non solo la cronaca nera, quindi, ma anche la tragedia antica, la Bibbia, le mitologie di tutti i popoli, le opere letterarie medioevali o barocche, fino alle fiabe, i romanzi di appendice, il cinema dei film *noir*, degli *western*, dell'orrore, e infine i fumetti, i videogiochi, i romanzi veri e propri, rappresentano le fantasie aggressive e consentono agli spettatori di delinquere in fantasia. In questo modo, se sufficientemente strutturati e sufficientemente lontani dalla scena del crimine, i membri della società possono assistere alle

peripezie delle vite degli autori, immaginarne i contenuti mentali, identificarsi con loro. Letteratura e media forniscono, quindi, trame, attraverso le quali, “per interposta persona”, saturare il proprio desiderio di trasgressione. Si tratta, in altre parole, dell’utilizzo della funzione catartica del racconto, di cui ampiamente parla Ricoeur (1984) rianalizzando il celebre passo aristotelico relativo alla nascita della tragedia.

Come si nota, quella iniziale è una condizione complessa, che produce una serie di emozioni molto contrastanti e confliggenti nella collettività. Questo stato da un lato traumatizzante e dall’altro affascinante trova comunque una spiegazione psicologica nella concettualizzazione di una nuova (ma in realtà antica) emozione, che permette di comprendere il *continuum* fra trauma, orrore, dolore e fascinazione. Binik (2017), in un recente contributo, ha inquadrato tale complessità riferendosi a un nuovo affetto scoperto dalla scienza psicologica, quello di *awe* (timore – stupore – fascinazione – meraviglia), riconducendolo al concetto classico del “sublime” dello Pseudo-Longino. Una sorta di godimento mescolato a paura, legati al fascino macabro, spesso solo inconsciamente percepito, del mostruoso e del terribile. Per dirla con i criminologi culturali (Presdee, 2002), il delitto eclatante apre alla dimensione del carnevale, in cui tutto sembra possibile e viene messo in atto per gioco, ma al di sotto dello scherzo riaffiorano l’angoscia e la necessità di esorcizzare il male rappresentandolo, per poi ricostruire i confini fra lecito e illecito tramite le cerimonie penali. Il concetto di “liminalità”, sviluppato da Von Genep (1909), spiega come la funzione del confine sia quella di distinguere (e organizzare le transizioni) fra un “dentro” e un “fuori”, fra devianza e criminalità e rispetto delle norme, fra *flirt* con la trasgressione e timore di punizione.

La rappresentazione di questo momento varia a seconda della posizione dell’osservatore e della sua condizione più sopra descritta. Natali (2015) e Binik (2017) hanno distinto le narrative sul delitto in “narrative espulsive” e “narrative di avvicinamento”, segnate rispettivamente dal prevalere della dimensione espulsiva e da quella riabilitativo/incorporativa. Lo scopo della costruzione di narrative, infatti, può essere multiplo. Questa caratteristica della narrativa, che riflette l’ambiguità della situazione della delinquenza, può essere rinvenuta financo nello stesso significato del termine “trama” che richiama, nella lingua italiana, oltre a quello di struttura di un tessuto, anche quello di complotto o macchinazione. Un’analoga polisemia si ritrova anche nel corrispondente sostantivo inglese, quello di *plot*: Brooks (1984), cita l’American Heritage Dictionary, che ci appare molto interessante: “1) piccolo appezzamento di terreno; area circoscritta, lotto; 2) piano per costruire un edificio, cartina, mappa, diagramma; 3) la serie di eventi che costituisce lo schema dell’azione di una narrazione o di un dramma; 4) piano segreto per scopi ostili e illegali; congiura”. Secondo Brooks, è importante, da questo punto di vista,

l'idea di segno, linea di demarcazione, tracciato di linee allo scopo di segnare confini: nuovamente la situazione di liminalità di cui le narrative dipingono sia l'esterno che l'interno, la trasgressione e l'ordine.

Nel momento logicamente successivo al giudizio, tuttavia, si verifica una sorta di maggiore equilibrio fra espulsione del reo e avvicinamento a lui: al di là della vendetta e della costruzione razionale del capro espiatorio "legittimo", tutti i sistemi penali moderni hanno teorizzato, in minore o maggior misura, la necessità di trattare l'autore di reato, prescrivendo di svolgere, durante la punizione, una serie di interventi trattamentali e riparativi, quasi a prevedere paradossalmente, nel momento in cui il soggetto viene punito, percorsi perché la punizione cessi attraverso pratiche riabilitative. Come articolare questa nuova ambiguità, espressa in modo magistrale anche dalla nostra Costituzione (art. 27 c. 3)? Ancora una volta siamo costretti a ricorrere ai pionieri della psicoanalisi. Franz Alexander e Hugo Staub (1929) infatti, oltre a descrivere il bisogno di vendetta, hanno descritto anche il "bisogno di espiazione", che viene soddisfatto proprio attraverso la messa in opera di processi di recupero/riabilitazione del criminale tramite o a fianco della pena: qui, non si tende più a collocare l'autore della violazione "fuori", ma a riprenderlo "dentro", identificandosi con lui, e mostrando a lui e a noi stessi che una riparazione è possibile. È quindi la natura dell'identificazione che muta: se in un momento iniziale ci si identifica con l'autore in quanto lui si è permesso di compiere quanto noi non abbiamo avuto il coraggio di mettere in atto (cfr. la notazione freudiana sull'ammirazione che si dovrebbe tutti provare verso il parricida, contenuta nello scritto dedicato a Dostoevskij – Freud, 1928), successivamente la collettività vive attraverso la riabilitazione del reo la possibilità di espiare anche le proprie fantasie criminali. Dal punto di vista bioniano, potremmo dire che qui sia all'opera l'assunto di base della dipendenza, tramite il gruppo di lavoro specializzato per la gestione della vittima desacralizzata (corrispondente alla Chiesa di Bion: in questo caso, l'apparato riabilitativo/assistenziale statale).

Sostituire la vendetta/idealizzazione, espressione collettiva della scissione schizoparanoide, con la riparazione è perfettamente in sintonia con la concezione kleiniana dello sviluppo come nascita della capacità di preoccuparsi e amare chi abbiamo in precedenza disprezzato e attaccato, passando da una posizione solo punitiva (noi siamo buoni, lui è cattivo perché mettiamo in lui i nostri aspetti cattivi, ma lui è un grande perché ha osato mettere in atto anche un nostro desiderio) a una posizione di cambiamento (noi siamo anche un po' cattivi, mettiamo in lui un po' della nostra cattiveria, e curando / redimendo lui redimiamo anche la parte di noi che gli assomiglia). I recenti sviluppi dell'esecuzione penale, con la tendenza al sempre minore utilizzo della pena carceraria e alla costruzione di misure alternative, non fanno che ribadire questa posizione.

Tutte queste notazioni, per vero piuttosto teoriche, evidenziano comunque la complessità e l'apparente contraddittorietà delle posizioni che la società assume nei confronti dell'autore di reato; e sono a nostro parere indispensabili per poter fondare una pratica riabilitativa all'interno del sistema penale, che riconosca la natura profondamente contraddittoria e addirittura ossimorica del rapporto fra pena e trattamento/riabilitazione, che non possono essere sussunti in un unico concetto, pena la subordinazione di uno all'altra (Verde, 2010). Riconoscere l'ossimoro significa ingaggiare un tentativo costante di ritagliare spazi di aiuto all'interno dei contesti punitivi.

4. *Le pratiche di vendetta e riparazione: convivere con l'ossimoro*

Ci dedicheremo quindi, in questo ultimo paragrafo, a illustrare alcune sorti della relazione fra punizione e riabilitazione, descrivendo le possibilità di intervento che vengono (ancorché in parte, e spesso non efficacemente) offerte agli operatori che intendano svolgere un'azione di supporto psicosociale ai soggetti entrati nel sistema penale, alla luce di queste concezioni.

In questo senso, bisogna sottolineare che recentemente sono intervenuti numerosi cambiamenti nella mentalità collettiva sul recupero e la riabilitazione dei delinquenti: a causa del declino dell'ideale riabilitativo si è assistito al riaffermarsi di una giustizia retributiva ed espressiva dei sentimenti delle vittime e della comunità. Le vittime hanno quindi acquisito una importanza ed una visibilità mai riscontrate in precedenza, e l'interesse criminologico nei loro confronti è stato affiancato anche dalla crescente convinzione da parte dell'opinione pubblica della necessità di offrire loro maggiore tutela.

Come è noto, l'attenzione invocata oggi dalle vittime si spiega non solo, come ha fatto notare Massimo Pavarini (2002) riprendendo David Garland (2001), in base alla effettiva dilatazione del rischio criminale che espone ormai la maggioranza dei cittadini all'esperienza vittimaria (nella società odierna, infatti, i due terzi della popolazione possiedono beni sufficientemente appetibili per la criminalità predatoria cosicché le aggressioni, soprattutto alla proprietà, non sono più riservate ad una fascia ristretta della popolazione stessa); c'è anche un altro importante motivo che consiste nell'acquisizione, da parte delle vittime, della consapevolezza dei loro diritti e interessi e nella conseguente richiesta di soddisfazione delle loro esigenze. Oggi le vittime hanno conquistato una partecipazione più attiva nel processo penale al fine di poter esprimere pubblicamente la disapprovazione e il risentimento nei confronti del reato e di chi lo ha commesso, e di recuperare la propria autostima; in questo sono supportate dai mass media, dalla opinione pubblica e dai politici, che fanno spesso a esse riferimento per fondare le loro – spesso poco pensate, o più spesso molto opportunistiche – opzioni di politica criminale. I

movimenti delle vittime costituiscono quindi un potente gruppo di pressione sulla classe politica e sull'opinione pubblica, pressione che perlopiù richiede di potenziare le risposte punitive. A ciò si aggiunge lo sviluppo di posizioni meramente vindicatrici da parte di esponenti della collettività che dedicano molto tempo ai *social media*, e anche di alcuni "criminologi", o persone che si definiscono tali sui *media*, che dedicano il loro tempo alle indagini e che sono acclamati in rete da *followers* che caldeggiavano l'utilizzo di penalità di tipo coranico nei confronti degli autori di reato. Il ruolo svolto da tali figure e l'uso dei *social*, quindi, al di là delle idealizzazioni iniziali delle funzioni di Internet, non è stato quindi propriamente progressista.

La natura del castigo, al momento attuale, è quindi sempre più ambigua, o ambivalente, oscillando fra tendenze punitive di tipo espressivo ed emotivo e tendenze razionali-utilitaristiche e anche francamente riparative; e ciò sia all'interno di ciascuno di noi, che nei contesti collettivi. David Garland (2001) conferma quanto qui affermato e descrive, già nei primi anni duemila, il paradosso di una risposta punitiva "schizoide", legata alla presenza simultanea nel sistema penale sia delle moderne pene alternative alla carcerazione, espressione della più evoluta civiltà giuridica penalistica, e al contempo di forme di punizione arcaica, sorta di *acting out* collettivi, espressione di una punitività "espressiva" (si noti il lessico psicoanalitico...). Anche Philip Smith (2008), in chiave neodurkheimiana, riconduce la punitività all'irrazionalità legata alla scarica delle emozioni contemperate dalla presenza di rituali che controllano e limitano in parte la violenza del tutto.

Per rimanere vicini alla nostra realtà culturale, possiamo esemplificare quanto sopra trattando quanto si sta verificando nella gestione dei detenuti nel nostro paese, a rischio di imboccare una strada tale da mettere in forte crisi ogni possibilità riabilitativa. Possiamo dire che, al di là della sospensione dei benefici riservata ad alcuni detenuti (art. 41 *bis* legge n. 354/1975), normalmente la condizione dei reclusi "ordinari" può molto variare a seconda del tipo di istituto, del tipo di personale, e delle diverse modalità di relazionarsi fra personale di sorveglianza e personale del trattamento. Dobbiamo purtroppo rilevare che il contesto penitenziario italiano, che ha recentemente evidenziato fenomeni già ampiamente conosciuti e taciuti (punizioni e violenze fisiche sui detenuti in alcuni istituti) è ancora caratterizzato da aspetti disumani e violenti, nonostante la riforma penitenziaria a partire dal 1975 abbia teorizzato il concetto di trattamento e introdotto una serie di benefici che coesistono paradossalmente con i fatti di cui sopra.

Un contributo molto importante, a questo proposito, è venuto da Alberto Manacorda (1987), che, sulla scia del pensiero foucaultiano, ha distinto il controllo sociale dal *controllo disciplinare*: ritenendo il primo come un prodotto collaterale di ogni tipo di istituzione sociale (dalla famiglia, al sistema

sanitario, alla scuola, ai servizi sociali, etc.), e il secondo invece come il tipo di attività intrusiva nello spazio privato del singolo tipico dei c.d. “micropoteri” analizzati da Foucault (1971, 1975). Il controllo disciplinare, in sostanza, sarebbe quello caratteristico delle istituzioni segreganti, cioè delle istituzioni totali in senso stretto. La possibilità di fornire spazi di aiuto/cura nei contesti disciplinari richiede quindi che, in alcuni contesti e situazioni, si deroghi almeno in parte alla messa in atto delle pratiche suddette, che potremmo definire come “fisiologicamente presenti” all’interno delle istituzioni del castigo, in cui la “presa sul corpo” è spesso inevitabile. L’assenza di libertà, la regolamentazione dei minimi aspetti della vita all’interno, la costrizione più o meno intensa, sono espressione di un potere-sapere che si esprime in almeno due modi: sia attraverso le concrete azioni restrittive che attraverso la costruzione di un pensiero istituzionale che le legittima, e che costituisce la matrice di tutti i “testi di persecuzione” disponibili in quel contesto. Si tratta di quella che in altro luogo il sottoscritto ha definito “macchina per pensare istituzionale” (Verde, 2009), che produce pensieri semplici e grossolani basati sulla logica schizoparanoide, con una presenza aliena (i detenuti), da cui difendersi applicando una tecnica: basta leggere *L’effetto Lucifero* di Philip Zimbardo (2008), il libro straordinario che riferisce la storia e i retroscena dell’esperimento della “finta prigionia” a Stanford negli anni settanta, per comprendere come nelle situazioni istituzionali di questo tipo sia possibile molto spesso trascendere: come è noto, il resoconto di quanto avvenuto riporta che dopo solo un paio di giorni dall’inizio dell’esperimento si era sviluppato fra le “guardie” un atteggiamento punitivo e sadico nei confronti dei “detenuti”, tale da poter ritenere le prime, studenti di psicologia come le vittime, veri e propri aguzzini, tanto che l’esperimento venne interrotto prematuramente. Il pensiero istituzionale di questo genere presuppone quindi, implica e giustifica la violenza, che può essere manifesta o anche solo accennata, assumendo quindi una funzione simbolica (cfr. anche Zamperini, 2004).

Possiamo a questo punto enunciare un postulato: un’istituzione è tanto più totale quanto più c’è posto all’interno dell’istituzione stessa soltanto per la “macchina per pensare”, espressione della presenza istituzionalizzata dell’assunto di base attacco e fuga, e quanto meno c’è posto per il pensiero “difforme”, definito in questo modo in contrapposizione al precedente. Erving Goffman (1961), a proposito di questi momenti di libertà, ha parlato di “adattamenti secondari”, dimostrando che più le istituzioni sono totalizzanti, più il pensiero difforme si sviluppa in modo clandestino, e pochi sono i momenti di respiro in un contesto altrimenti disumanizzante. Nelle istituzioni in cui il controllo disciplinare è allentato, invece, il “pensiero difforme” può essere accolto e può essere creato uno spazio perché esso si sviluppi. Qui si pone una grande sfida per il contesto punitivo, perché ogni intervento trattamentale in

qualsiasi contesto dovrebbe collocarsi in un contesto di, o addirittura sviluppare, il “pensiero difforme”; o, meglio ancora, accogliere quello dei ristretti e poi aiutarli a gestirlo ed elaborarlo, in modo che questo causi loro meno sofferenza e possa venire utilizzato come strumento autoriflessivo per innescare processi di evoluzione personale.

Molto rilevanti, da questo punto di vista, sono i contributi di Pietro Buffa, che ha descritto con dovizia di particolari il predominio sempre crescente, nel nostro paese, della polizia penitenziaria sui funzionari direttivi del carcere e ovviamente sul personale del trattamento (ivi compreso quello sanitario, quando non colluso con i primi). La logica della polizia penitenziaria, afferma Buffa, che parla da osservatore privilegiato in quanto ex direttore di carcere e attualmente alto funzionario dell'amministrazione penitenziaria, è ormai quella della “guerra”, per cui i detenuti vengono concepiti come “nemici”, e anche la funzione del direttore viene lentamente erosa dalle onnipresenti “esigenze di sicurezza” (Buffa, 2021a). A queste difficoltà va aggiunto il fatto che spesso le circolari applicative che specificano la divisione di ruoli e competenze fra polizia penitenziaria e amministrazione civile del carcere contrastano con i regolamenti, fonti di diritto: l'autore segnala la costruzione illegittima di ruoli dirigenziali a livello nazionale della Polizia penitenziaria da parte del Ministero della Giustizia, e parallelamente la mancata previsione di concorsi d'ingresso nel ruolo dirigenziale civile degli istituti (Buffa, 2021b). Parallelamente, un confronto con il decennio precedente rispetto alle quote di detenuti ammessi a fruire degli interventi di aiuto/presa in carico/trattamento all'inizio della terza decade del terzo millennio mostra come in realtà gli interventi trattamentali e di presa in carico psicologica o psichiatrica riguardino ormai solo un quarto di ristretti, e che tre quarti degli stessi non possano accedervi, ovviamente i soggetti più sfavoriti (Buffa, 2021b); mentre dieci anni orsono la prima percentuale si attestava intorno al 40%. Se, come affermava il grande psicosociologo Eugene Enriquez (1983), le istituzioni sono il luogo principale della manifestazione della pulsione di morte freudiana, luoghi, in altre parole, dove il perseguimento del benessere e dell'evoluzione personale dei soggetti può essere sostituito dalle pratiche dell'odio, ci sembra che la situazione detta ne costituisca un'esemplificazione adeguata.

Come contrastare tali aspetti, permettendo alle tendenze riparative collettive di meglio esplicitarsi e di realizzarsi più efficacemente? Credo sia possibile, nel quotidiano, contrastare le pratiche di vendetta e la logica della guerra tentando di costruire spazi di libertà, quasi “bolle” o “vacuoli” di libero pensiero nell'istituzione carceraria, e quindi riuscire a materializzare condizioni in cui la relazione con i soggetti che incappano nella sanzione penale costituisca un vero “rapporto di servizio” che rispetti l'altro in quanto persona, la legge e i principi della Costituzione; e in cui sia possibile costruire un ponte verso

l'esterno, con la collaborazione degli operatori che lavorano "fuori" dal carcere ma sempre all'interno del sistema penale, dove le pratiche restrittive della libertà non assumono la materialità reale dei muri e delle sbarre.

Il soggetto/operatore, in quest'ottica, necessita di sostegno e confronto con i colleghi, al fine di poter mantenere una visione che, pur non apprezzando il comportamento dell'autore di reato, ne possa comprendere le dinamiche in modo empatico. Tutto ciò dipende, oltre a quanto sopra affermato rispetto alla distanza dalla scena del crimine, anche dalla capacità personale di tollerare la presenza di vissuti ossimorici rispetto al delitto. Potremmo enunciare un teorema: chi più è in grado di avvicinarsi alla dimensione dell'orrore, del traumatico, del difficilmente rappresentabile è colui che, per la sua storia e per quella delle relazioni significative che ha intrattenuto, più è in grado di rappresentarsi l'elemento perturbante, di dargli parole, di metterlo in trama, e così facendo contenere il trauma del delitto esprimendolo e simbolizzandolo.

Tali soggetti, teorizzati da Pinker (2011) come "better angels", e da Zimbardo (2007) come coloro che sono in grado di resistere alle pressioni istituzionali, sono in grado di concepire una visione del contesto punitivo in cui si esprimano al contempo istanze riparative, al di là di quanto un tempo avveniva e talora ancora avviene, quando il momento della riparazione / trattamento era tutt'uno con quello della punizione (Bandini *et al.*, 2003). L'utilizzazione di un modello di tipo riparativo, sia intracarcerario che extracarcerario, dipende infatti dalla possibilità di costruire spazi di libertà e relazioni liberamente fruibili durante l'esecuzione penale, senza che il sostegno possa mutarsi in pena e viceversa, come quando si adotta il modello della macchina per pensare istituzionale. Un'operazione di questo tipo è stata teorizzata da Uberto Gatti che ha proposto già trent'anni fa di ridefinire gli interventi trattamentali come "interventi psicosociali" in carcere, liberamente fruibili senza la presenza di un'immediata articolazione con il momento disciplinare del controllo (Conseil de l'Europe, 1995). Recentissimamente, questi concetti hanno iniziato a permeare anche la logica delle riforme penali, come quella in cui sono al lavoro le commissioni nominate dal ministro Marta Cartabia, volta a trasformare l'apparato dell'esecuzione penale enfatizzando la residualità del carcere.

Concludiamo con un riferimento a Tomelleri (2004), che ha sottolineato quanto ancora siano attuali le idee di Girard: la società attuale, proprio perché si fonda sull'idea di uguaglianza, e afferma fortemente i valori della democrazia e dei diritti civili e umani, è esposta anche, per tali motivi, al rischio paradossale che in essa si verifichi la perdita delle differenze tra gli uomini e la liberazione del desiderio mimetico. Oggi obiettivo pare raggiungibile da parte di chiunque in base ai principi dell'uguaglianza e della libertà di concorrenza, e ciò può favorire la nascita del risentimento tra gli uomini, caratterizzato da

un odio senza tregua per il vicino, spesso parificato al nemico da combattere secondo la logica della guerra. D'altra parte, Girard afferma che, al fine di garantire l'equilibrio all'interno della società moderna, le istituzioni che la governano devono essere "trascendenti", e al momento attuale tale trascendenza rischia di svanire se le stesse vengono troppo condizionate dalle opinioni delle masse, che possono costituire specifici poli di attrazione mimetica. Così, anche le autorità corrono il pericolo di uniformarsi alla folla nel processo di polarizzazione contro la vittima espiatoria.

Questo, in definitiva, pare il rischio che la nostra società corre; va ribadito invece che il castigo, espresso nelle forme coatte della penalità, non può e non deve seguire logiche semplicistiche e populiste, ma deve poter mantenere gli aspetti antinomici e talora tragici che storicamente sono stati sviluppati dalla riflessione penalistica e criminologica.

Bibliografia

- Alexander F., Staub H. (1929), *Il delinquente, il suo giudice, e il pubblico*, tr.it. Milano, Giuffrè, 1948.
- Bandini T., Gatti U., Gualco B., Malfatti D., Marugo M.I., Verde A. (2003), *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, vol. 1. Milano, Giuffrè.
- Bandini T., Gatti U., Gualco B., Malfatti D., Marugo M.I., Verde A. (2004), *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, vol. 2. Milano, Giuffrè.
- Binik O. (2017), *Quando il crimine è sublime. La fascinazione per la violenza nella società contemporanea*, Milano, Mimesis.
- Bion W.R. (1961), *Esperienze nei gruppi e altri saggi*, tr.it. Roma, Armando, 1976.
- Braithwaite J. (1989), *Crime. Shame and Reintegration*, Melbourne, Cambridge University Press.
- Brooks P. (1984), *Trame. Intenzionalità e progetto nel discorso narrativo*, tr. it. Torino, Einaudi, 1995.
- Buffa P. (2021a), *Introduzione. Divise blu e camici bianchi: ovvero del perenne dilemma penitenziario e dell'improcrastinabile necessità della sua soluzione*, in Giordano F., Sangiovanni E., Salvato C. (a cura di), *Il carcere. Aspetti istituzionali e organizzativi*, Milano, Egea.
- Buffa P. (2021b), *Inidoneo! Brevi cenni sui criteri valutativi e le prassi trattamentali che perpetuano l'esclusione*, in Bezzi R., Oggioni F. (a cura di), *Educazione in carcere: sguardi sulla complessità*, Milano, FrancoAngeli, 2021.
- Carrara A. (1986), *Violenza, sacro, rivelazione biblica. Il pensiero di René Girard*, Milano, Vita e Pensiero.
- Conseil de l'Europe (1995), *Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale* (Actes et Rapports présentés à la 20^e Conférence de recherches criminologiques, 1993) (Volume XXXI) (1993), Strasbourg, Les éditions du Conseil de L'Europe.

- Da Agra C. (2017), *Criminology and forensic science as a 'unitas multiplex'. An epistemological approach*, in Rossy Q., Décarry-Héty D., Delémont O., Massimiliano M. (a cura di), *The Routledge International Handbook of Forensic Intelligence and Criminology*, London, Routledge.
- De Gregorio E., Verde A. (2017), 'Va in onda il delitto'. *Criminologia mediatica e scientifica nei dibattiti televisivi*, «Rassegna Italiana di Criminologia», n.s., 11, 1, pp. 29-40.
- Enriquez E. (1983), *Dall'orda allo Stato: alle origini del legame sociale*, tr. it. Bologna, il Mulino, 1986.
- Foucault M. (1971), *L'ordine del discorso. I meccanismi sociali di controllo e di esclusione della parola*, tr. it. Torino, Einaudi, 1972.
- Foucault M. (1975), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, tr. it. Torino, Einaudi, 1976.
- Freud S. (1915), *Pulsioni e loro destini*, in *Opere 1915-1917*, vol. VIII, Torino, Boringhieri, 1976.
- Freud S. (1928), *Dostoevskij e il parricidio*, in *Opere 1924-1929*, vol. X, Torino, Boringhieri, 1978.
- Garland D. (2001), *La cultura del controllo*, tr. it. Milano, il Saggiatore, 2004.
- Gatti U. (1995), *Opening address*, in Council of Europe, European Committee on Crime Problems, *Psychosocial Interventions in the Criminal Justice System: Proceedings, Reports presented to the 20th Criminological Research Conference, 1993*, Council of Europe Press.
- van Gennep A. (1909), *I riti di passaggio*, tr. it. Torino, Bollati Boringhieri, 2002.
- Gentile M. (2003), *Giustizia e desiderio. La verità della vittima nel pensiero di René Girard*, Torino, Giappichelli.
- Girard R. (1972), *La violenza e il sacro*, tr. it. Milano, Adelphi, 1980.
- Girard R. (1978), *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, tr. it. Milano, Adelphi, 1983.
- Girard R. (1982), *Il capro espiatorio*, tr. it. Milano, Adelphi, 1987.
- Girard R. (1999), *Vedo Satana cadere come la folgore*, tr. it. Milano, Adelphi, 2001.
- Goffman E. (1961), *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, tr. it. Torino, Edizioni di Comunità, 2001.
- Grinberg L. (1971), *Colpa e depressione*, tr. it. Roma, Astrolabio, 1990.
- Jaques E. (1955), *Sistemi sociali come difesa contro l'ansia persecutoria e depressiva. Contributo allo studio psicoanalitico dei processi sociali*, in Klein M., Heimann P., Money-Kyrle R. (a cura di), *Nuove vie della psicoanalisi*, tr. it. Milano, il Saggiatore, 1966.
- Klein M. (1946), *Note su alcuni meccanismi schizoidi*, in *Scritti: 1921-1958*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994.
- Lanza L. (1994), *Omicidi in famiglia*, Milano, Giuffrè.
- Manacorda A. (1987), *Controllo sociale e controllo disciplinare in psichiatria e nelle attività di salute mentale*, «Marginalità e società», 4, pp. 7-26.
- Melossi D. (2002), *Stato, controllo sociale, devianza. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milano, Bruno Mondadori.

- Natali L. (2015), *Green criminology: Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, Torino, Giappichelli.
- Pavarini M. (2002), *Il grottesco della penologia contemporanea*, in Curi U., Palombarini G., *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli.
- Pinker S. (2011), *Il declino della violenza: perché quella che stiamo vivendo è probabilmente l'epoca più pacifica della storia*, tr. it. Milano, Mondadori, 2013.
- Presdee M. (2002), *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*, London, Routledge.
- Ricoeur P. (1984), *Tempo e racconto. I. L'intreccio e il racconto storico*, tr. it. Milano, Jaca Book, 1986.
- Simon R. (2008), *I buoni lo sognano, i cattivi lo fanno. Psicopatici, stupratori e serial killer*, tr. it. Milano, Raffaello Cortina, 2013.
- Smith Ph. (2008), *Punishment and Culture*, Chicago, Chicago University Press.
- Speziale-Bagliacca R. (1997), *Colpa. Considerazioni su rimorso, vendetta e responsabilità*, Roma, Astrolabio.
- Tomelleri S. (2004), *La società del risentimento*, Roma, Meltemi.
- Verde A. (1990), *La risposta pubblica al disagio minorile fra presa in carico e attribuzione di colpa*, «Marginalità e società», 13, pp. 58-69.
- Verde A. (2009), *Sul concetto di controllo sociale*, in Ceretti A., Casella A., Cornelli R. (a cura di), *Salute mentale e controllo sociale tra ricerca scientifica e decisioni politiche*, Atti del Convegno dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore" (24 novembre 2008), Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale – Fondazione CARIPLO, Milano, Giuffrè.
- Verde A. (2010), *Le difese della criminologia: criminologia e meccanismi di difesa collettivi*, in Verde A., Barbieri C. (a cura di), *Narrative del male*, Milano, FrancoAngeli.
- Verde A., Bongiorno Gallegra F. (2008), *Narrative giudiziarie: funzione e crisi*, «Rassegna Italiana di Criminologia», n. s., 2, 3, pp. 497-524.
- Zimbaro Ph. (2007), *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, tr. it., Milano, Raffaello Cortina, 2008.

Antropologie e Storie del diritto penale

Grazia Mannozi

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

[L]’idea della pena ci piomba addosso con una forza primordiale che si estende subito a tanti argomenti e a tanti interrogativi: la vendetta (e la sua dignità); l’individuo e la potestà statale nell’uso delle punizioni; gli scopi di stabilizzazione sociale (e l’effettività delle sanzioni)¹.

(M. Nobili)

1. Ipotesi di lavoro e metodo di indagine

La lingua comune e quella giuridica presentano meccanismi evolutivi simili, sebbene nella lingua giuridica si percepisca una maggiore resistenza al cambiamento. Il tradizionalismo dei giuristi e del loro lessico si deduce dalla presenza di numerosi arcaismi e dal ricorso a formule rigide e ripetitive, nonché a performativi linguistici aventi una fissità analoga a quella della liturgia religiosa. Diversi studiosi ritengono, ormai, che il conservatorismo del ceto dei giuristi e la conseguente tendenziale fissità del lessico giuridico siano fuori discussione². Stabilità dei tecnicismi e ripetitività del rito svolgono funzioni di consolidamento di componenti significative della lingua del diritto, rivelatesi capaci di resistere ai cambiamenti socioeconomici e culturali, custodendo

¹ M. Nobili, *L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 18.

² G. Watt, *Rule of the Root: Proto-Indo-European Domination of Legal Language*, in M. Freeman, F. Smith (a cura di), *Law and Language: Current Legal Issues*, Vol. 15, Oxford, Oxford University Press, p. 573. L’Autore riporta, in particolare, le osservazioni di Cowgill e Watkins relative alla tendenziale fissità della lingua giuridica: W. Cowgill, *Two Further Notes on The Origin of the Insular Celtic Absolute and Conjunct Verb Endings*, Abingdon, Routledge, 1975; C. Watkins, *Studies in Indo-European Legal Language, Institutions and Mythology*, in G. Cardona, H.M. Hoenigswald, A. Senn (a cura di), *Indo-European and Indo-Europeans – papers presented at the third Indo-European conference at the University of Pennsylvania*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1971. Cfr. anche H.E.S. Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 93 ss., il quale esplora le ragioni fondanti della solennità dei testi giuridici e del tendenziale conservatorismo dei giuristi.

intatti, nel loro “involucro” terminologico, istituti giuridici e strutture normative³. Una spiccata «*propensione all’immobilismo*» è da riconoscere, in particolare, al *termine* pena e all’istituto che il termine designa⁴.

Siffatta staticità non deve indurre, tuttavia, a pensare che la lingua del diritto sia basata su tecnicismi resistenti al cambiamento perché di matrice razionale e atti a garantire la “leggibilità” delle vicende umane in maniera neutra e oggettivata. La creazione delle norme, la sussunzione del caso concreto nella norma astratta, la motivazione della sentenza e, soprattutto, l’interpretazione e l’argomentazione richiedono, piuttosto, il ricorso a una lingua inclusiva di termini dall’elevato potenziale emotivo. La stessa parola “legge” – che parrebbe tecnica e avalutativa – ha implicazioni emozionali: impossibile pronunciarla senza *sentire* come la legge dovrebbe essere o potrebbe essere applicata⁵; inevitabile invocarla *sentendo* al contempo sorgere l’idea di giustizia e il suo universo simbolico di riferimento⁶.

Ciò vale soprattutto per «il lato più oscuro»⁷ della questione criminale, quello relativo alla pena. Se, infatti, a monte, si pone la questione della *materia* criminale, relativa alla definizione dei precetti, a valle assume una centralità sostanziale e terminologica la *pena*, tanto da connotare lessicalmente quella branca del diritto – il *diritto penale*, appunto – che rappresenta il settore massimamente coercitivo del diritto pubblico⁸.

Neanche il processo, rispetto al quale la pena si pone come epilogo eventuale, riesce a sottrarsi alla forza attrattiva dell’orbita terminologica del “punire”: anch’esso viene, infatti, denominato *penale*. Ancor oggi, dunque, “pena” è un termine pregnante, che si staglia nella sua dimensione semantica inclusiva di sofferenza e afflizione. Ciò perché la pena si pone in linea di continuità⁹,

³ Sull’evoluzione della lingua giuridica mi permetto di rinviare a un mio precedente studio: *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, «Riv. it. dir. proc. penale», 2011, pp. 1431-1473.

⁴ In questi termini, C.E. Paliero, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, «Riv. i. dir. proc. pen.», 2016, p. 450 (corsivi originali), riferendosi sia alle finalità della pena, sia ai modelli punitivi. La congettura di base dell’Autore è sintetizzabile nell’affermazione che la pena nasce prima del diritto (ivi, pp. 450 s.).

⁵ V., al riguardo, W. Probert, *Law, Language and Communication*, Springfield, Charles C. Thomas Publisher, 1972, p. 35.

⁶ Sulla densità emozionale presente nei meccanismi sanzionatori v. Nobili, *L’immoralità necessaria*, cit., p. 20.

⁷ D. Pulitanò, *Minacciare e punire*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 3.

⁸ Sulle declinazioni di significato di “penale”, “punitivo” v. R. Bartoli, *La “galassia afflittiva”: sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*, «Sistema penale», 2 marzo 2021, <1614724715_bartoli-2021a-galassia-afflittiva-sistematica-fondamento-legittimita.pdf (sistemapenale.it)> (ultimo accesso gennaio 2022), p. 1.

⁹ R. Bartoli, *Il Diritto penale tra vendetta e riparazione*, «Riv. it. dir. proc. pen.», 2016, p. 96.

solo apparentemente sublimandole, con le logiche di vendetta e di espiatione racchiuse *ab immemorabili* nella parola "castigo".

La logica del castigo continua inesorabilmente a riflettersi nella pena, «l'istituto giuridico più risalente», che si radica «quanto meno nella sua (conservata) matrice più profonda, in un'epoca pre-giuridica»¹⁰, a lungo nutrita dal mito. Poco importa che la parola *castigo* sia assente nel lessico del codice penale e in quello del legislatore. Il *castigo* è memoria e formante: tanto nella lingua colta dei giuristi¹¹ quanto nella letteratura (si pensi a "*I Promessi sposi*", apoteosi e consacrazione della lingua italiana)¹², e persino *ad usum vulgi*, il castigo è sinonimo di punizione. Nell'ambito del diritto penale il vecchio e generico "castigo" ha ricevuto una legittimazione costituzionale (nelle vesti formali del plurale «pene») e *nomina* specifici: ergastolo, reclusione, arresto, multa e ammenda, per restare al novero originario delle sanzioni codicistiche. Questi ultimi, in ossequio al principio di legalità, lo distinguono sia dai castighi di fonte o di impatto sociale (dinamiche di esclusione/interdizione, vecchie e nuove "gogne", oggi anche mediatiche), sia da quelli tipici di modalità (anti) educative scolastiche o familiari.

In relazione al castigo – nella sua accezione di radice concettuale dei moderni *tipi sanzionatori penali* – possono essere formulate due ipotesi, distinte ma interrelate.

Prima ipotesi: la parola castigo è vettore di significati riconducibili alla dimensione del "sacro". Il suo evidente arcaismo, legato al ciclo della vendetta del sangue, verrebbe solo apparentemente superato, in ambito giuridico-penale, dall'adozione di termini quali "pena" e "sanzione". Ancorché il *nomen* sia scomparso nella legislazione penale vigente, resterebbe intatta la proiezione di significato che il castigo riversa sulla pena, storicamente associata all'afflizione e alla sofferenza.

Seconda ipotesi: in ambito penalistico sussisterebbe una "famiglia" di arcaismi travestiti da tecnicismi, variamente collegati alla dimensione della pena. In siffatto contesto, la parola "castigo" rappresenterebbe l'ultimo anello rispetto a una concatenazione che, *a rebours*, giunge fino al caso da decidere. La concatenazione è scandita da una successione di termini – *castigo, pena, regola, diritto, legge, giustizia, corte, causa, caso* – aventi radici riconducibili a una lingua protoindoeuropea prodromica a molte lingue indoeuropee correnti e dell'antichità, le quali confermerebbero la sussistenza di formanti legati alle esperienze archetipiche, empiriche e sacrali, di vita associata.

¹⁰ Così Paliero, *Il sogno di Clitemestra*, cit., pp. 450 s.

¹¹ Ricorre nell'opera di Beccaria come sinonimo di sanzione (*Dei delitti e delle pene*, Torino, Einaudi, 2007, § 27).

¹² Riferendosi alla legge penale, Alessandro Manzoni parla di «buon gastigo» per ciascheduna «briconeria» (*I promessi sposi*, cap. XIV).

In sintesi, attraverso l'analisi dei termini sopra menzionati condotta alla luce degli esiti della linguistica comparativa si cercherà di verificare se la parola "castigo" rappresenti l'unico retaggio di una lingua primordiale presente all'interno della lingua giuridica corrente o se, viceversa, trovi collocazione in un contesto lessicale fatto di arcaismi "mascherati" dall'uso comune, il quale conferisce a questi ultimi una pseudo-modernità largamente inconsapevole dell'eredità culturale dei primi agricoltori.

Il metodo di indagine si avvale:

(a) delle indicazioni offerte dalla linguistica comparativa, la scienza che ha rintracciato le origini comuni – le cosiddette radici protoindoeuropee (da qui in avanti PIE) – rinvenibili nelle parole delle lingue indoeuropee¹³;

(b) degli studi di terminologia;

(c) del contributo dell'iconografia e dell'iconologia.

Le pagine che seguono prenderanno le mosse dall'esplorazione di significato della parola "castigo" per poi giungere, attraverso un percorso linguistico-terminologico focalizzato su alcuni termini-chiave del sistema punitivo, a collocare il castigo in un contesto antropologico e linguistico che consente di ricollegare la giustizia al mito, al rito e alle esperienze arcaiche di regolazione pre-giuridica delle relazioni sociali¹⁴, ridimensionandone la natura prevalentemente tecnico-razionale.

2. Ratio del percorso terminologico

Nella lingua comune (ma in realtà anche in quella tecnico-giuridica) si dice sovente che si intende fare "causa" a qualcuno, che le "cause" pendono in tribunale, che occorre portare il "caso" davanti a una "corte", sia essa un Tribunale, la Corte d'assise, la Corte europea dei diritti dell'uomo o la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Perché mai una vicenda umana si chiama *caso* e diventa *causa*? E perché la *corte* che decide in base alla *legge* ha questo nome? Ancora, perché la *giustizia* si *ristabilisce*? E perché viene fatta giustizia, in materia *criminale*, attraverso una *pena* che vale quale *castigo*?

Le risposte a tali interrogativi implicano, come anticipato e per ulteriori ragioni che verranno ora illustrate, il compimento di un viaggio nella lingua giuridica fino a rintracciare, grazie agli studi di linguistica comparativa, le radici protoindoeuropee dei termini sopra evocati.

¹³ In particolare, ricostruendo l'origine di talune parole, la linguistica comparativa ha riscontrato significativi punti di convergenza di almeno tre lingue dell'antichità: il sanscrito, il greco e il latino.

¹⁴ Ampiamente, al riguardo, Paliero, *Il sogno di Clitennestra*, cit. (in part. sub III. Mitologia e IV. Archeologia).

Gary Watt sostiene, infatti, che il valore delle vestigia protoindoeuropee della lingua sia stato a lungo e in generale trascurato e sottostimato¹⁵. Tale fenomeno è particolarmente evidente rispetto alla lingua giuridica, il cui lessico e la cui grammatica sono complementari agli spazi del rituale giudiziario, e di cui sono state dimenticate le origini radicate nella "cultura dell'aratro", tipica delle società protoindoeuropee.

Da quest'ultima deriverebbe, ad esempio, la simbologia del fascio littorio inclusivo dell'ascia, elemento che è anche una costante rappresentativa della Giustizia. Per arare occorre, infatti, liberare il terreno dagli alberi e per tagliare gli alberi lo strumento creato dai primi agricoltori è stato un'ascia¹⁶: atto aggressivo e violento, quello del taglio, che esprime la supremazia dell'individuo sulla natura. In senso più ampio, il fascio littorio, nel contesto di una società socialmente e culturalmente più evoluta come quella romana, è divenuto attributo simbolico del potere, a partire da quello dei magistrati. Portato dal littore, conteneva le verghe, da usare per le pene minori (la fustigazione), e l'ascia, riservata all'esecuzione di quella capitale (ma da usare eventualmente come strumento di difesa da parte dei littori stessi).

Ancora, per il tramite dell'ascia e del fascio littorio, torna il tema del castigo. È dunque dalla parola "castigo" che occorre iniziare.

3. *Il castigo come tassello arcaico del «mosaico» penale*

Il "castigo" costituisce la pietra angolare dell'edificio penalistico. Al contempo, tuttavia, si pone quale pietra di inciampo. È archetipo e vettore delle più antiche declinazioni di significato dello strumento punitivo, le quali, congiungendo la pena ai formanti teologici ancestrali della ritorsione e dell'espiazione, riportano la questione penale alle sue origini remote, da rinvenire nel terreno del sacro¹⁷.

All'idea di castigo – le cui logiche si collocano tra le polarità della vendetta e della purificazione e, perciò, tra *mito* e *rito*¹⁸ – sono da ricongiungere sia i *tipi di pena* storicamente dati, sia le *funzioni politico-criminali* associate all'uso della sanzione. I primi restituiscono una gamma di punizioni che, nel tempo, ha incluso le pene corporali e i supplizi, la pena capitale e la reclusione, le

¹⁵ Watt, *Rule of the Root*, cit. p. 577.

¹⁶ Sulla valenza simbolica e l'importanza dell'ascia nel Neolitico v. R. Ennos, *The Wood Age: How One Materia Shaped the Whole of Human History* (2020); tr. it. *L'Età del legno. Come un unico materiale ha plasmato l'intera storia dell'umanità*, Torino, Einaudi, 2021, pp. 67 s.

¹⁷ Può considerarsi fondativa l'opera di R. Girard, *La Violence et le sacré*, Paris, Éditions Bernard Grasset, 1972; tr. it. *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi, 2011. Cfr. anche M. Cacciari, *Destino di Dike*, in M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto*, Milano, La nave di Teseo, 2019, p. 76.

¹⁸ F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004; tr. it. *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, il Mulino, 2007.

misure semi-custodiali o alternative alla detenzione, la sanzione pecuniaria e le pene interdittive. Le seconde si snodano secondo una concatenazione teorica che ha visto il susseguirsi e, spesso, il sovrapporsi di criteri finalistici diversi: la retribuzione dell'offesa, l'espiazione della colpa, la purificazione dal male, l'emenda morale, la correzione del comportamento, la deterrenza, la prevenzione speciale, nelle forme della neutralizzazione della pericolosità del condannato, della rieducazione o della reintegrazione sociale. È noto come i criteri teleologici della sanzione abbiano svolto, storicamente e con alterno successo, una funzione di *legittimazione* dell'intervento punitivo¹⁹, operando anche come "bussola" per orientare il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena.

Alla valenza fondativa del *concetto* di castigo rispetto alla penalità non corrisponde, tuttavia, un fatto: la presenza del *termine* relativo nelle codificazioni contemporanee. Tuttavia, sebbene sia irrintracciabile nel lessico normativo in qualità di *eikōn* – da intendersi come parola che rappresenta rettamente la cosa – il *castigo* è presente come *phantasma* platonico²⁰, cioè come immagine o segno ingannevole. In sintesi, a un'assenza formale nella trama linguistica del codice penale fa da contraltare una presenza occulta.

La moderna penalità fatica a sbarazzarsi dell'idea di castigo, nonostante la riflessione sulla pena incroci quelle sui diritti umani, sul diritto penale come *extrema ratio*, sulla minimizzazione dell'intervento punitivo classico, sulla praticabilità di percorsi di giustizia riparativa come alternativa alla risposta penale. Retaggio ancestrale e concettualmente vischioso, il castigo non è l'unico concetto penalistico che riporta agli albori della storia e del diritto. Come anticipato, altri termini giuridici, apparentemente più neutri e innocui di "castigo", rivelano insospettite derivazioni da visione eidetiche della realtà²¹ e commistioni con la dimensione sacrale della giustizia tanto remote da essere state dimenticate.

Per sviluppare la linea di indagine sulla valenza del castigo e di taluni termini ad esse collegati – sedimentatisi nella tradizione giuridica e invalsi

¹⁹ Cfr. C. Perini, *La legittimazione della norma penale*, Garbagnate Milanese, Anthelios, 2018, pp. 16 ss. Sui profili teleologici della sanzione come criteri di legittimazione del punire v. Paliero, *Il sogno di Clitennestra*, cit., pp. 455-482.

²⁰ Avevo osservato in un precedente studio che: «Rispetto alle parole del diritto può inoltre tornare utile richiamare la distinzione, derivante dalla lezione platonica sul linguaggio contenuta nel Sofista, tra *eikōn*, e cioè la parola che rappresenta rettamente la cosa, e *phantasma*, l'immagine o segno ingannevole. Normalmente, infatti, il legislatore – «artigiano» dei nomi, come viene definito da Platone, questa volta nel Cratilo – tende a rappresentare le cose del mondo attraverso termini riconducibili all'*eikōn*; ma la «traduzione» del diritto e delle leggi *ad usum vulgi*, prevalentemente ad opera dei *media*, si avvale spesso di termini che, rispetto alla cosa rappresentata, si pongono come *phantasma*» (Mannozi, *Le parole del diritto penale*, cit., pp. 1438 s.). Sulla distinzione tra *eikōn* e *phantasma* si veda Platone, *Cratilo*, 389 a.

²¹ F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981, p. 41 e p. 766.

nella prassi – occorre dunque andare indietro nel tempo, fino a rintracciare uno dei primi usi “sacrali” della parola castigo, che si colloca, limitandosi alla prospettiva della cultura occidentale, nell’ambito della tradizione vetero-testamentaria.

La parola castigo è infatti presente nell’Antico e nel Nuovo Testamento normalmente in associazione alla punizione. Nel libro di Ezechiele si parla di un quadruplice castigo contro Gerusalemme²² e, in altro passaggio, di un castigo quale strumento di vendetta²³. Nel Libro di Tobia, il castigo è passaggio finalizzato al riconoscimento dell’identità di Dio, nella quale si rispecchiano misericordia e pietà²⁴. In prima approssimazione è possibile, perciò, dedurne come il castigo si collochi al crocevia della sofferenza *pro metánoia* e della logica della pena come corrispettivo. In Isaia, il castigo – secondo una visione profetica che anticipa la sensibilità del Nuovo Testamento – si pone nell’ottica della salvezza.

Rispetto all’Antico Testamento, nel Nuovo Testamento – dove si svela la pienezza dell’identità di Dio – l’uso del termine castigo appare fortemente ridimensionato. Lessicalmente ricorre poche volte²⁵: non solo, ma all’idea di

²² Ezechiele, 14-23: «Dice infatti il Signore Dio: Quando manderò contro Gerusalemme i miei quattro tremendi castighi: la spada, la fame, le bestie feroci e la peste, per estirpare da essa uomini e bestie, ecco, vi sarà un resto che si metterà in salvo con i figli e le figlie. Essi verranno da voi, perché vediate la loro condotta e le loro opere e vi consolate del male che ho mandato contro Gerusalemme, di quanto ho mandato contro di essa. Essi vi consoleranno quando vedrete la loro condotta e le loro opere e saprete che non ho fatto senza ragione quello che ho fatto contro di essa» (<LIBRO DEL PROFETA EZECHIELE - Bibbia CEI edizione 2008 (ora-et-labora.net)>, ultimo accesso gennaio 2022).

²³ Ezechiele, 15-17: «Farò su di loro terribili vendette con castighi furiosi, e sapranno che io sono il Signore, quando eseguirò su di loro la vendetta» (<LIBRO DEL PROFETA EZECHIELE - Bibbia CEI edizione 2008 (ora-et-labora.net)> ultimo accesso gennaio 2022).

²⁴ Le seguenti citazioni sono tratte dal Libro di Tobia. 13,2: «Egli castiga e usa misericordia»; 13, 5: «Vi castiga per le vostre ingiustizie, ma userà misericordia a tutti voi»; 13, 10: «Gerusalemme, città santa, ti ha castigata per le opere dei tuoi figli, e avrà ancora pietà per i figli dei giusti» (<La Sacra Bibbia - Tobia 13 (C.E.I.) (laparola.net)>, ultimo accesso gennaio 2022).

²⁵ Si vedano i seguenti passi, indicati senza alcuna pretesa di esaustività: *Seconda Lettera ai Tessalonicesi*, 1,7-9: «quando si manifesterà il Signore Gesù dal cielo, insieme agli angeli della sua potenza, con fuoco ardente, per punire quelli che non riconoscono Dio e quelli che non obbediscono al vangelo del Signore nostro Gesù. Essi saranno castigati con una rovina eterna, lontano dal volto del Signore e dalla sua gloriosa potenza»; *Lettera agli Ebrei*, 10, 26-31: «Infatti, se pecciamo volontariamente dopo aver ricevuto la conoscenza della verità, non rimane più alcun sacrificio per i peccati, ma soltanto una terribile attesa del giudizio e la vampa di un fuoco che dovrà divorare i ribelli. Quando qualcuno ha violato la legge di Mosè, viene messo a morte senza pietà sulla parola di due o tre testimoni. Di quanto peggiore castigo pensate che sarà giudicato meritevole chi avrà calpestato il Figlio di Dio e ritenuto profano quel sangue dell’alleanza, dal quale è stato santificato, e avrà disprezzato lo Spirito della grazia? Conosciamo infatti colui che ha detto: A me la vendetta! Io darò la retribuzione! E ancora: Il Signore giudicherà il suo popolo. È terribile cadere nelle mani del Dio vivente!»; *Seconda Lettera di Pietro*, 2,9-10: «Il Signore dunque sa liberare dalla prova chi gli è devoto, mentre riserva, per il castigo nel giorno del giudizio, gli iniqui, soprattutto coloro che vanno dietro alla carne con empie passioni e disprezzano il Signore».

castigo si sostituiscono quella del giudizio e quella del supplizio eterno²⁶ – si pensi al discorso sul giudizio finale che Gesù rivolge ai discepoli – o quella della punizione²⁷.

Sebbene nel passaggio dall'Antico al Nuovo Testamento abbia subito un deciso ridimensionamento, l'uso della parola castigo, per il tramite del pensiero teologico, è entrato a pieno titolo e si è progressivamente consolidato nella lingua comune al pari di espressioni o di perifrasi di derivazione diretta dai Libri sapienziali.

Una volta acquisito dalla lingua comune, il termine castigo è divenuto ricorrente e si è caratterizzato per una valenza moraleggiante e una colorazione punitiva: in ambito pedagogico, ad esempio, ha mascherato sotto intenti educativi astrattamente condivisibili prassi discutibili e violente. Resta nel lessico, il “castigo”, quale retaggio di paradigmi di pensiero ormai superati e solo perché da questi ultimi si prendano le dovute distanze. Il percorso appena descritto è simile a quello della locuzione “pena di morte”, presente nel lessico giuridico nazionale ed europeo solo per essere oggetto di una negazione di validità e di applicabilità.

Nella letteratura, viceversa, il castigo ha mostrato una sua grandiosità nonché una capacità di protagonismo e di fascinazione innegabili. *Delitto e castigo*, di Dostoevskij, è una citazione che può apparire scontata²⁸. Vi è però una letteratura, forse meno nota, che ha tradotto con straordinaria sensibilità ed efficacia il manifestarsi esteriore e interiore del castigo. Si pensi a “I tre giusti” di Leskov²⁹, un capolavoro in cui si evocano e, al contempo, si sospendono il “giudizio” e il “bisogno di castigo” in modo così sapiente da schiudere spazi di riflessione di grandissimo interesse. Ma si pensi anche a “Gli occhi dell'eterno fratello” di Zweig³⁰, dove la dialettica interiore del protagonista tra senso di colpa, giudizio e pena rivela i limiti del ricorso al castigo, l'incommensurabilità della sofferenza, l'insondabilità del valore del

²⁶ Cfr. *Punizione, Castigo*, in *Grande lessico del Nuovo Testamento*, Brescia, Paideia, 1969.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Sull'irrinunciabilità del castigo quale strumento di espiazione della colpa, per come emerge nel romanzo di Dostoevskij, v. le considerazioni di M. Cattaneo, *Suggerimenti penalistiche in testi letterari*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 173-185. Cattaneo approfondisce la dimensione del rimorso – e la capacità di condizionamento che il rimorso ha sull'individuo – cogliendo, in particolare, il suo essere frutto di una prospettiva soprannaturale e religiosa che permea anche la funzione di riscatto connessa alla sofferenza del castigo (ivi, p. 174). Evidente l'impostazione morale, «che indica nell'animo del colpevole la nascita del “bisogno” della punizione; essa non ha, perciò, nulla, ma proprio nulla a che fare con la grottesca concezione filosofico-giuridica, sostenuta da Hegel, [...] secondo cui il colpevole ha un preteso “diritto alla punizione”» (ivi, p. 178). Cfr. anche A. Provera, *Razionalità del crimine e significato della pena in Dostoevskij*, in G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti (a cura di), *Diritto e letteratura*, Milano, Vita e pensiero, 2012, vol. I, pp. 84-89.

²⁹ N. Leskov, *Tre Giusti*, Milano, Marcos, 2016.

³⁰ S. Zweig, *Die Augen des ewigen Bruders. Eine Legende*, Berlin, Insel; tr. it. *Gli occhi dell'eterno fratello*, Milano, Adelphi, 2013.

tempo della pena³¹ e, in parallelo, indica la forza del dubbio, della ricerca e della conciliazione.

Il castigo, dunque, quale elemento narrativo potente e inquietante, lascia delle tracce nella lingua: il castigo è l'“anima” della punizione, sebbene il termine risulti, oggi, connotato da un certo arcaismo e venga per lo più sostituito dalle parole “pena” o “sanzione”³².

Etimologicamente, “castigare” significa «purificare, ridurre all'ultima perfezione»³³, dal latino *castus*, cioè puro, integro³⁴.

Lo conferma la radice PIE **kes-*, che mostra un aspetto interessante, essendo riconducibile a qualcosa che taglia via (immediata la similitudine con il verbo inglese *to cut off*)³⁵. Ta tale radice deriverebbero oltre al latino “*castus*”, l'italiano “casto”, “castigo”, l'inglese “*castigate*”, lo spagnolo “*castigue*”, il francese “*châtiment*”, il portoghese “*castigo*”. Il castigo “taglia via” la colpa e perciò fa tornare *casto* – quindi, pulito e purificato – chi si è macchiato di una qualche colpa attraverso la propria condotta. In tale connotazione morale, che si fonda sul dato etimologico e perciò sulla contiguità concettuale tra il castigo e l'espiazione, sono da rintracciare due fenomeni opposti: da un lato, la progressiva obsolescenza del termine castigo in ambito tecnico-giuridico e, all'altro lato, la perdurante vitalità della parola a livello comunicativo e simbolico-espressivo. Alla base di quest'ultimo fenomeno si pone la sovrapposizione di significati tra *castigo*, *punizione* e *vendetta*. Essa è, d'altra parte, ampiamente attestata dalle allegorie della giustizia e, in particolare, della giustizia punitiva. Ciò non è privo di significato poiché l'arte non fa che cristallizzare la realtà³⁶, riuscendo a rappresentare tanto più chiaramente il reale quanto più si distacca dall'*esperienza fenomenica* per avvicinarsi all'*idea*, e cioè quanto più il rapporto tra la forma artistica e l'idea è vicino all'equilibrio. In tal modo, un'opera d'arte può lasciar trasparire senza ostentare «l'atteggiamento di fondo di un popolo, di un periodo, di una classe, una convinzione religiosa o filosofica»³⁷.

Un rapido *excursus* sulle allegorie della punizione conferma l'assunto.

³¹ Sul tempo, da ultimo, U. Curi, *La morte del tempo*, Bologna, il Mulino, 2021, pp. 124 s.

³² Tra narrazione e testimonianza, sul senso della pena dell'ergastolo, v. E. Fassone, *Fine pena: ora*, Palermo, Sellerio, 2015.

³³ *Castigare*, in *Dizionario etimologico*, <Etimologia: castigare, gastigare;> (ultimo accesso gennaio 2022). Ivi si legge: «per la comune va il senso di Riprendere sia a parole sia a fatti, Punire [che nel mondo morale è un mezzo di far scontare un fallo e di eccitare chi lo ha commesso a correggersi]».

³⁴ U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, p. 105.

³⁵ C. Watkins (a cura di), *The American Heritage Dictionary of Indo-European Roots*, Boston-New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2011, p. 42.

³⁶ E. Panofsky, *Meaning in the Visual Arts. Papers in and on Art History* (1955), tr. it. *Il significato nelle arti visive*, Torino, Einaudi, 1962, p. 26.

³⁷ Ivi, p. 17.

L'Iconologia di Cesare Ripa – che compendia, sublimandola, la sensibilità coeva attorno a vizi, virtù, emozioni e sentimenti morali – propone del castigo un'immagine densa di riferimenti simbolici e corredata da variazioni narrative sul tema. Il Castigo viene infatti rappresentato come un uomo «in atto feroce e severo» armato di «scure o un accetta che dir vogliamo» con accanto un «leone in atto di sbranare un'orsa»³⁸.

A tale immagine seguono, con fine esplicativo, tre diversi racconti: un fatto, presentato come storico, di tipo *sacro* (che riferisce delle vicende di Assalonne, figlio di Davide)³⁹, un fatto anch'esso indicato come storico ma di tipo *profano* (concernente il toro di bronzo di Perillo di Atene) e, infine, un fatto *favoloso* (riguardante la sanzione di Giove e delle Eumenidi per Issione, re dei Lapiti). La cifra comune alle tre diverse narrazioni è data dal ricorso al *castigo*, quale pena più o meno crudele, per una condotta rivelatasi ingiusta, eccessiva o capace di rompere il vincolo di fiducia nelle relazioni stabilito dalla legge. In tali narrazioni si parla, infatti, di «condegno castigo» – locuzione che esprime l'esigenza di adeguatezza e proporzione della punizione rispetto alla condotta illecita – e di non lasciar «impunito l'empio delitto», che si riferisce alla necessità di ristabilire il bene in ottica retributiva ed etica. [Fig. 1]

Ma è bene vedere cosa scrive Cesare Ripa come spiegazione dell'immagine proposta:

non solamente appresso de' Romani, ma anche appresso alcuni Popoli della Grecia, la Scure fu geroglifico di severissimo Castigo, siccome si può vedere nelle Medaglie del Popolo di Tenedo, del quale tratta Polluce, perché il re di Tenedo aveva fatta quella Legge, che Chi fosse stato trovato in Adulterio, così maschio, come femmina, fosse decapitato con la Scure, e non avendo egli perdonato al proprio Figliuolo, volle che ne fosse fatta memoria, come si vede nelle medaglie di Tenedo che da una banda vi è la Scure e dall'altra due T.

Che il Leone nella guisa sopraddetta significhi il Castigo, ne serviremo di quello che cita Eliano, scritto da Eudomio, cioè, che un Leone, un'Orsa, ed un Cane nutriti ed allevati da un certo Maestro ad una medesima vita, vissero lungo tempo insieme pacificamente, senza offendersi punto l'un l'altro, come fossero stati domestici, ed animali d'una stessa specie, ma l'Orsa mossa da un certo impeto, sbranato il Cane, col quale aveva comune la stanza, ed il vitto, il Leone commosso per la scelleratezza di aver rotte le Leggi del vivere sotto medesimo Tetto, corse addosso all'Orsa, e sbranatala parimente, le fece per lo Cane pagare la meritata pena⁴⁰.

In definitiva, il castigo presentato da Cesare Ripa si sostanzia nella meritata punizione per un gesto empio o per la violazione di un patto.

³⁸ C. Ripa, *Iconologia*, p. 330 (<Iconologia del cavaliere Cesare Ripa Perugino notabilmente accresciuta d ... - Cesare Ripa - Google Libri>, p. 90, ultimo accesso gennaio 2022).

³⁹ Di Assalonne, figlio di Davide, si parla nell'Antico Testamento II Libro di Samuele, 3, 3; 13, 19; 20, 6; I Libro dei Re, 1, 6; 2, 7-28; 15, 2-10; I Libro delle Cronache, 3, 2; II Libro delle Cronache, 11, 20 e segg.; Salmi, 3,1-9.

⁴⁰ Ripa, *Iconologia*, cit., p. 330.



Fig. 1. Rappresentazione del Castigo dall'*Iconologia* di Cesare Ripa

Anche Alciato, nel libro degli Emblemi, collega il castigo alla pena meritata. «*Iusta vindicta*» è il «giusto castigo», per illustrare il quale Alciato ricorre all'episodio esemplare della punizione inflitta da Ulisse al Ciclope, reo di averne divorato alcuni compagni⁴¹.

Il castigo è, dunque, la risposta alla violazione della legge secondo un'agghiacciante simmetria⁴² che impone di restituire la sofferenza. Si rivela essere la cellula embrionale e autoreplicante della penalità. Rappresenta il tassello originario della meccanica punitiva, sospesa tra necessità superiore e vendetta⁴³. Per secoli il meccanismo sanzionatorio imperniato sull'idea di castigo funziona regolarmente, con piccoli scarti e rare eccezioni; nel "secolo breve",

⁴¹ Alciato, *Il libro degli Emblemi. Secondo le edizioni del 1531 e del 1534*, Milano, Adelphi, 2015, pp. 219-223.

⁴² L'espressione è mutuata dal componimento poetico *The Tyger*, di W. Blake, in quanto restituisce l'idea di una proiezione di forze titaniche da parte della potenza creatrice (W. Blake, *Songs of Experience* [1826], New York, Dover Publication, 1984, pp. 14 e 34).

⁴³ Cfr. C.E. Paliero, *Il mercato della penalità*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 99.

la necessaria corrispondenza tra “delitto e castigo” viene messa in dubbio, sia pure non definitivamente, dalle istanze correlate, in ambito internazionale, al rispetto dei diritti umani e, nell’ambito del diritto interno, alla dimensione solidaristica e inclusiva espressa dalla Carta costituzionale⁴⁴. La giustizia riparativa apre a visioni inedite del reato: inteso come violazione non soltanto di una norma ma primariamente dei diritti delle persone, il reato reclama non necessariamente un castigo ma risposte costruttive, orientate alla riparazione alle vittime, alla riconciliazione sociale, alla riaccoglienza del colpevole.

Analogamente a quanto accaduto nel passaggio dall’Antico al Nuovo Testamento, dove il termine castigo conosce un primo ripiegamento ad opera del comandamento della *carità*, in ambito giuridico il “castigo” viene soppiantato da termini quali pena o sanzione. Occorre chiedersi allora cosa ne è della parola “castigo”, da considerare arcaica già alla luce del messaggio evangelico, poi nobilitata dalla letteratura⁴⁵ e che continua ad essere presente come proiezione di significato del “punire” nel contesto della politica penale⁴⁶.

Per rispondere a tali interrogativi è necessario indagare quali variazioni di significato porti, rispetto al castigo, il termine “pena”. Ciò richiede l’esplorazione della valenza semantica e simbolica di tale termine che conduce nuovamente a spingersi indietro nel tempo, fino a incontrare la dimensione archetipica della giustizia legata al *logos*⁴⁷. La nascita del diritto, degli apparati di giustizia e, prima ancora, del *sentimento di giustizia* è infatti inseparabile

⁴⁴ Si veda anche la sentenza della Corte costituzionale n. 179/2017, ove si afferma che i principi fondamentali vigenti negli ordinamenti democratici, e fra questi i principi di inviolabilità della libertà personale ed *extrema ratio* di ogni sua privazione o limitazione, «esigono di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale».

⁴⁵ V. le osservazioni di D. Pulitanò, *Responsabilità, osservanza, castigo*, «Sistema penale», 9 giugno 2021 (<1623220900_pulitano-2021c-responsabilita-osservanza-castigo.pdf (sistemapenale.it)>, p. 3, ultimo accesso gennaio 2022). L’A. ricorda il seguente passo manzoniano – «Nelle leggi ci sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono; e per ciascheduna, il suo buon castigo» – nel contesto di una più ampia riflessione sulla presunta realizzazione della giustizia attraverso la pena e sulla funzione primaria delle norme incriminatrici. Cfr. anche A. Francia, *Manzoni criminalista*, in R. Marra (a cura di), *Diritto e castigo. Immagini della giustizia penale: Goethe, Manzoni, Fontane, Gadda*, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 77-95.

⁴⁶ W. Hassemer, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin, Ullstein Verlag, 2009; tr. it. *Perché punire è necessario*, Bologna, il Mulino, 2012.

⁴⁷ Sulla sconfinata tematica del *logos* v. L. Lombardi Vallauri (a cura di), *Logos dell’essere logos della norma. Studi per una ricerca coordinata da Luigi Lombardi Vallauri*, Bari, Adriatica, 1999. Difficile indicare, all’interno dell’opera, un riferimento preciso o più adatto di altri; tra i molti v. L. Scillitani, *L’universale dell’antropologia tra natura e cultura: implicazioni antropologico-giuridiche*, pp. 655-680. Sull’interdipendenza tra diritto, parola e ragione v. le osservazioni di O. De Bertolis, *Diritto, linguaggio e antropologia*, «Civiltà Cattolica», 2011, II, p. 263, il quale sostiene come «non ha diritto chi non ha parola».

dal *logos*⁴⁸ e richiede pertanto di andare, sia per il termine *pena* che per quelli che seguiranno, alla genesi del linguaggio giuridico⁴⁹.

4. *La pena*

In un diritto penale progressivamente secolarizzato⁵⁰, il termine “castigo”, portando un “fardello” eticizzante legato all’idea di peccato, diventa ben presto ingombrante. I giuristi lo abbandonano, sostituendolo con termini (apparentemente) più laici quali pena o sanzione. Espulso dalla lingua giuridica, il termine castigo ripiega su se stesso fino a tornare *parola* e continua ad abitare il territorio, dai confini incerti e mutevoli, della lingua comune.

Assurge a termine giuridico specialistico la parola “pena”, centrale al punto da dare il nome a un settore del diritto – il *diritto penale*, appunto – incaricato di prevedere norme incriminatrici corredate da sanzioni. Il termine “pena” possiede un significato pregnante, dalla *vis* coercitiva e afflittiva intuibile; eppure, rinvia a modelli concreti (dai supplizi, al carcere, alle pene pecuniarie, alle misure alternative) e a finalità storicamente mutevoli⁵¹. Le pene si diversificano e le teorie della pena si evolvono. Legittimazione e misura, *ratio* e dosimetria: i giuristi ne discettano elucubrando soluzioni che si rivelano, alla prova dei fatti, insoddisfacenti o perché la pena entra in frizione con sistemi di valori e di tutela dei diritti umani via via più evoluti, o perché non soddisfa i criteri di meritevolezza⁵², non regge il banco di prova dell’efficacia preventiva rispetto al crimine.

⁴⁸ Cacciari, *Destino di Dike*, cit.: «Il Logos [...] sta *en archè*, al posto del comando [...]. Il Logos si colloca perciò al posto stesso di Themis, superandone quel carattere arcaico e oscuro, indefinibile e silenzioso, che ne rendeva drammaticamente impervia la concreta espressione mondana. Il Logos è misura, rapporto, ragione e *parola*. Themis non era Verbo, il Logos lo è, *ab origine*. Dunque, ora, finalmente, sarà possibile ascoltare da Themis stessa, cioè dal Logos, quale fondamento debba avere il nostro Nomos» (p. 83).

⁴⁹ Cfr. N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, La nave di Teseo, 2021.

⁵⁰ Sulla semantica e sui livelli di laicità in ambito penale v. C.E. Paliero, *La laicità penale alla sfida del “secolo delle paure”*, «Riv. it. dir. Proc. pen.», 2016, pp. 1166 ss. (e bibliografia *ivi* richiamata). Sul tema, essenziale il rinvio a S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in S. Canestrari (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, Bononia Univ. Press, 2007, pp. 9 ss.

⁵¹ Sul carcere come carattere (ancora) identificativo del diritto e della giustizia penale nell’immaginario collettivo v. F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 521 ss., il quale afferma inoltre che vi «deve essere qualcosa di molto radicato se l’abuso (o inflazione) carceraria resiste a indicazioni sia normative sia empiriche, che dovrebbero invece esercitare una forte pressione in senso opposto» (p. 524).

⁵² Una compiuta e multidisciplinare analisi delle complesse interrelazioni tra meritevolezza di pena, bisogni di pena, scelte di politica penale – da leggere in prospettiva esosistemica (cioè come strumento di ingegneria sociale), più che endosistemica (in connessione con il reato) – è proposta da Paliero, *Il mercato della penalità*, cit., 2021.

Occorre qui chiedersi se il termine “pena” sia vettore di altro e diverso significato rispetto a “castigo” e da che cosa derivi la sua imperitura fortuna. Le radici PIE della lingua consentono di ricondurre il termine pena all’idea di corrispettivo. I passaggi argomentativi che portano a tale affermazione partono dal verbo **k^wei-* che indicherebbe il pagamento di una compensazione per l’ingiuria arrecata. Il nominale derivato di *k^wei-* è *k^woinā-*, poi divenuto *poinā* e, cioè, pena. Da qui, nelle lingue protoindoeuropee, a partire dal latino *poena*, compaiono “pena” (italiano e spagnolo), “*peine*” (francese), “*penalidade*” (portoghese) ma anche “*pain*”, “*punishment*” e “*penal*” (inglese)⁵³.

La sovrapposizione tra la *poinë* e il castigo è solo parziale: da un lato *poinë* «indica la mercede [...], la compensazione, la riparazione; dall’altro essa coincide con la punizione, il castigo, la pena»⁵⁴. Rispetto al castigo, la pena presenta una valenza economicistica: è pegno e ricambio e chiede misura, simboleggiata dall’iconema della bilancia o dal braccio per misurare retti saldamente in mano dalla Giustizia⁵⁵. Al castigo – inflessibile, potenzialmente illimitato e violento secondo la logica del «sangue che chiama il sangue»⁵⁶ – la pena oppone *rationes* utilitaristiche che impongono di modulare le leve della quantità⁵⁷. Eppure, il termine *pena* mantiene un’ambiguità di significato che, nelle lingue neolatine, le fa assumere anche il senso di sofferenza, di dolore e di afflizione. Il legame che unisce queste due accezioni – sostiene Umberto Curi – è dato dall’idea che attraverso il dolore sia possibile riscattarsi individualmente⁵⁸. La pena si pone al crocevia della cultura greca e di quella semitica, dove la sofferenza può agire come meccanismo di purificazione, e diventare, dunque, come in un gioco di specchi, *castigo*.

5. Regola e diritto

La pena è l’epilogo potenziale e, perciò, il possibile (probabile) segmento finale del processo penale. Esige una legittimazione credibile, in forza della sua afflittività, ma anche regole giuridiche, sostanziali e procedurali, perché possa essere inflitta secondo giustizia. «Una giusta *poinë* è salutata come superamento di cicli vendicativi. Per l’appunto si profila, nasce o muta radicalmente la categoria del *ius dicere*: un processo penale»⁵⁹. Il processo, che agli

⁵³ Watkins (a cura di), *The American Heritage*, cit., p. 46.

⁵⁴ U. Curi, *Il farmaco della democrazia. Alle radici della politica*, Milano, Marinotti, 2003, pp. 78 s. Le osservazioni al riguardo sono riprese e sviluppate in Curi, *Il colore dell’inferno*, cit., p. 47.

⁵⁵ Sulla simbologia del braccio per misurare v. la rappresentazione della Punizione nell’Iconologia di Cesare Ripa (<Punizione – Iconologia di Cesare Ripa (unipi.it)>, ultimo accesso gennaio 2022).

⁵⁶ Molteplici riferimenti in Nobili, *L’immoralità necessaria*, cit., pp. 18 s.

⁵⁷ Curi, *Il colore dell’inferno*, cit., p. 65.

⁵⁸ V., ancora, Curi, *Il farmaco della democrazia*, p. 79.

⁵⁹ Nobili, *L’immoralità necessaria*, cit., p. 30.

esordi dell'epica appare ridotto sino a coincidere con la pena⁶⁰, reclama *regole* che indichino una successione di passi, biforcazioni e raccordi: le regole procedurali compongono gli algoritmi del castigo.

La radice PIE del termine "regola" – riconducibile a **reg-* – conferma che le regole sono espressione di potere. Appartiene al sovrano la *potestas*, anche e soprattutto quella di punire per riaffermare la validità della regola violata⁶¹: è coerente allora che da tale radice derivino, oltre alla parola regola, anche quelle usate per indicare il sovrano: "re", "regina", "rex", "royal" "roi", "rey" e, parrebbe, anche "director". Dunque, "rex", "rule" e "right" sono parole riconducibili a una radice comune dalla quale scaturiscono i termini per nominare sia chi esprime la regola, sia la regola stessa.

Al riguardo è interessante confrontare la prossimità linguistica tra regola e diritto, che nella lingua inglese ben si coglie dalla coppia di termini *rule/right*. Le regole fanno il diritto, o meglio il diritto può essere dedotto da un insieme di regole, l'applicazione delle quali consente un performativo linguistico – lo *ius dicere* – e, di conseguenza, il fare giustizia.

Quando si usa il termine "diritto" si evoca un fenomeno ancestrale di regolazione di tipo "rettilineo" (*rectilinear*): la definizione dei confini di proprietà dei terreni da coltivare, compiuta, laddove possibile, attraverso il tracciamento di linee rette di demarcazione realizzate con rami d'albero (disposti in forma di palizzata) oppure con pietre⁶². Questa stessa modalità di organizzazione e divisione dello spazio ricorre nella cultura romana, tanto nella dimensione architettonica della pianta cittadina, quanto in quella ideale dell'"edificio giuridico": appunto il *diritto*. Il diritto richiama linearità, precisione, conformità alle norme secondo una logica binaria. Le lingue di derivazione indoeuropea ripropongono tale concetto attraverso i termini "diritto", "*droit*", "*derecho*", "*right*", "*Recht*", i quali esprimono linearità al pari della parola "rettitudine", che rinvia all'osservanza di regole morali o sociali⁶³.

Sempre le lingue indoeuropee offrono un'interessante controprova della concezione "lineare" del diritto: la violazione delle regole è denominata "torto" (e quindi "*tort*" – medesimo termine in inglese e francese – ma anche "*wrong*"). "*Tort*" e "*wrong*" rimandano a ciò che esce dallo schema lineare

⁶⁰ Ivi, p. 19.

⁶¹ C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, «Riv. it. dir. proc. pen.», 1992, pp. 849 ss., dove la pena presenta il volto inquietante di uno strumento per il consolidamento del potere e, paradossalmente, anche di quel potere generatore dei conflitti sociali che il diritto penale è chiamato a risolvere. Riferimenti, più di recente e nella prospettiva della presunta modernità del punire, in Paliero, *Il sogno di Clitennestra*, cit., p. 92.

⁶² Anche il termine greco per indicare la giustizia – *dikē* – deriverebbe dalla marcatura di confine (*deik-*) che viene indicata e mostrata. Cfr. Watkins (a cura di), *The American Heritage*, cit., p. xxx (dell'introduzione *Indo-European and Indo-Europeans*) e p. 15.

⁶³ Lo sottolinea Curi, *Il colore dell'inferno*, cit., p. 99.

e, perciò, a una torsione di ciò che dovrebbe essere diritto. *Tort* è riconducibile alla radice PIE **twork/twerk* che porta a coniare il verbo “*twist*” (torcere, distorcere per piegare). “*Wrong*” è invece da ricondurre alla radice PIE **wreng* da cui deriva il verbo “*to turn*” (con il duplice significato di “girare” e di “trasformare”). In questo stesso “scarto” geometrico si coglie agevolmente il significato attribuito, in ambito criminologico, al termine “devianza”: intraprendere o seguire una strada diversa da quella che dovrebbe essere lineare, che è dire socialmente accettata.

Se le regole indicano la via diritta e, di conseguenza, il giudizio esprime una logica binaria (diritto/torto), occorre capire come si collochi linguisticamente, in siffatto contesto, il giudizio *equitativo* ma anche che ruolo possa avere il *dubbio*⁶⁴. Rispetto al giudizio equitativo giunge in soccorso Aristotele, il quale, nell’*Etica nicomachea*⁶⁵, precisa che il *giusto* e l’*equo* non sono la stessa cosa e che tuttavia non differiscono di genere, generando un’aporia. «Ciò che produce l’aporia è il fatto che l’equo è sì giusto, ma non è il giusto secondo la legge, bensì un correttivo del giusto legale. Il motivo è che la legge è sempre una norma universale, mentre di alcuni casi singoli non è possibile trattare correttamente in universale»⁶⁶. Per spiegare la superiorità dell’equo rispetto alla rigidità del giusto Aristotele sottolinea che il giusto è inevitabilmente approssimativo per poter essere un giusto universale e evoca la necessità della flessibilità delle regole. Ricorre, al riguardo, alla metafora del “regolo” usato nella costruzione di Lesbo: «il regolo si adatta alla configurazione della pietra e non rimane rigido, come il decreto si adatta ai fatti»⁶⁷. Ancora una volta, dunque, rispetto al diritto, la lingua tradisce l’esigenza di flessibilità, torsioni, piegamenti delle linee rette per accogliere la particolarità del caso concreto e regolarla secondo giustizia. Il diritto lineare mostra i suoi limiti applicativi ed è chiamato a inchinarsi – secondo l’indicazione di Aristotele – alla superiorità etica dell’equo che, trattenendo l’uomo dall’applicare la giustizia «fino al peggio», si taglia quale «forma speciale di giustizia» e non quale «disposizione di genere diverso»⁶⁸.

⁶⁴ M. Vogliotti, «Una lacrima nell’occhio della legge». *Sul dubbio del giurista tra diritto e letteratura*, in *Il Dubbio, Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, mass media e diritto di punire*, «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 2, 2020, pp. 53-78 (in part. p. 74).

⁶⁵ Aristotele, *Etica nicomachea*, V, 10.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*. Cfr. la rappresentazione della *Discretione* nell’Iconologia di Cesare Ripa, dove appunto compare il regolo lesbio (<<https://limes.cfs.unipi.it/allegorieripa/discretione-1618/>>, ultimo accesso gennaio 2022).

⁶⁸ Aristotele, *Etica nicomachea*, cit.

6. La legge

Nelle dinamiche regolatorie del diritto, nella materia criminale ancor più che in quella civile, dove anche la consuetudine è fonte del diritto, si inserisce la *legge*: fonte scritta, vincolante, con funzione normativa delle condotte dei consociati, che si traduce in precetti, prescrizioni, divieti, sanzioni, limiti⁶⁹.

Un *limite* a scopo regolatorio è già presente nella cultura primordiale dell'aratro: solitamente è fatto di legno o di pietra e possiede quella stessa linearità che si riscontra nelle forme primordiali di scrittura, detta appunto lineare⁷⁰.

La legge implica, dunque, il *senso del limite*⁷¹. Tale interpretazione, tuttavia, è relativamente recente e forse non tiene adeguatamente conto dei significati connessi alla radice PIE della parola "legge". Quest'ultima deriva da **legh-* e indica l'azione del distendere, del porre in una posizione orizzontale: in senso traslato, la parola *legge* indica ciò che è posto orizzontalmente e ha una sua stabilità⁷².

Se la parola *caso* evoca, come si vedrà più avanti, il fluire dell'acqua, la parola *legge* evoca l'espandersi dell'acqua sul terreno o il suo raccogliersi in un bacino. In siffatta idea di stabilizzazione va letto il rapporto tra lo svolgersi delle azioni umane e la *legge*: la legge stabilizza ciò che fluisce. Nella lingua inglese, forse non a caso, la scrittura delle norme viene resa con il verbo "to lay down the law", come documentato nel lessico e nella letteratura di riferimento⁷³.

La concettualizzazione della legge come baluardo o limite invalicabile – probabilmente successiva a quella che assegna alla legge una funzione di stabilizzazione, ma comunque maggiormente conosciuta e diffusa – richiama una galassia di espressioni relative alla violazione delle regole. Si parla infatti di "trasgredire" o "scavalcare" la legge, verbi che implicano l'andare *oltre* il limite; ma anche di "infrangere o di aggirare le regole", dove si evoca la rottura o l'evitamento di un ostacolo; infine, gergalmente, si usa dire che occorre trovare "scappatoie legali". La metafora nascosta è quella del muro (o, più anticamente, della palizzata), che esprime delimitazione e fissità⁷⁴.

⁶⁹ La legge può essere pervasiva. Lo ricorda S. Rodotà affermando che «viviamo ormai in una *law-saturated society*» (*La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 9).

⁷⁰ Watt, *Rule of the Root*, cit., p. 578.

⁷¹ Nella duplice prospettiva del diritto come limite e dei limiti al diritto, v. ancora Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., pp. 9-72.

⁷² Watkins (a cura di), *The American Heritage*, cit., p. 49.

⁷³ Si veda, a titolo di esempio, R. Creyke, D. Hamer, P. O'Mara, B. Smith, T. Taylor, *Laying Down the Law. An ideal introduction to key legal concepts, principles and skills*, Chatswood, New South Wales, LexisNexis Butterworths, 2018.

⁷⁴ Sulla "rettilinearità" della legge e sui limiti di quest'ultima rispetto alla complessità del reale v. le riflessioni, ispirate dalla letteratura, di F. Palazzo, *Victor Hugo, I Miserabili, la giustizia penale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 44, t. 1, 2015, pp. 183-207 (in part. pp. 203-206).

7. Ristabilire la giustizia

La violazione di una norma fa sorgere un bisogno di giustizia che, in prima istanza e laddove possibile, si traduce nella richiesta che le cose tornino nella condizione antecedente alla violazione. Quando ciò non è possibile – perché il bene giuridico offeso è irrimediabilmente compromesso oppure il danno o la perdita subita sono irreparabili – sorgono pretese risarcitorie o richieste di pena. Nel primo caso, il denaro è equivalente economico con funzione compensativa del danno subito: dà un prezzo complessivo a cose, beni, spese, perdite riconducibili alle macrocategorie civilistiche del lucro cessante e del danno emergente, estendendosi sino al danno morale da reato. Nel secondo caso, la pena soddisfa il bisogno antropologico di castigo del colpevole, indispensabile, almeno nell'impostazione filosofica hegeliana, per ristabilire l'ordine giuridico e morale violato⁷⁵, e il bisogno di assicurazione della collettività. La giustizia è espressione della virtù *distributiva*, nel primo caso, e della virtù *vendicativa*, nel secondo – così argomentava Domenico Cavalca all'inizio del 1300⁷⁶.

Il *castigo* è atto esterno, esercizio di Giustizia⁷⁷: discende dall'ascrizione di colpevolezza e si traduce in modalità sanzionatorie che, nella storia, si sono indirizzate con modalità violente sul corpo del condannato – tipicamente i supplizi e la pena di morte –, hanno compresso il bene della libertà personale o diminuito il patrimonio. C'è tuttavia anche un castigo di provenienza interiore, alimentato dal senso di colpa o dal rimorso. La riprovevolezza della propria condotta può essere, infatti, essa stessa un castigo, come ricorda il Nuovo Testamento: «costoro, irragionevoli e istintivi, nati per essere presi e uccisi, bestemmiando quello che ignorano, andranno in perdizione per la loro condotta immorale, subendo il castigo della loro iniquità»⁷⁸.

Ristabilire la giustizia è, in ogni modo, una necessità sociale che si fa vicenda particolare e concreta quando si tratta di tornare allo *status quo ante* tramite la definizione dell'entità delle restituzioni.

Per comprendere il perché del *ristabilire* occorre dedicare alcune considerazioni al termine *iūs*, dal quale derivano “giustizia”, “*justiça*”, “*justice*” nelle lingue romanze, “*Justiz*”, “*justice*”, nelle lingue germaniche, ma anche “giudicare”, “giurisdizione”, “aggiudicazione” e, ancora, “giudice”, “*judge*”, “*jurisdiction*”, “*juger*”, “*julgar*”, ma anche “giuria”, “*jury*”. Dalla medesima radice di *iūs* scaturisce anche “ingiuria” (e perciò “*injury*”, “*injure*”, “*injuria*”).

⁷⁵ Palazzo, *Presente, futuro*, cit. p. 526.

⁷⁶ Lo richiama C. Frugoni, *Paradiso vista inferno, Buon governo e tirannide nel medioevo di Ambrogio Lorenzetti*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 69.

⁷⁷ Ivi, p. 70.

⁷⁸ *Seconda lettera di Pietro*, 2,12.

La radice PIE sarebbe **yewes* – che rimanda ad un processo di purificazione rituale⁷⁹ – a sua volta produttiva di derivazioni linguistiche interessanti. La medesima radice ha infatti prodotto due termini: “*yaos̥*” e “*iūs*”. Nel ramo indo-iranico della famiglia indo-europea, *yaos̥* è associato all’azione di ripristino dell’ordine e perciò di purificazione tipica della funzione mistico-religiosa; nel ramo italico *iūs* è utilizzato per indicare le funzioni riparatorie che si esplicano attraverso l’uso della parola (formula)⁸⁰, l’applicazione della forza fisica e il prelievo della ricchezza⁸¹.

L’azione di ripristino dell’ordine mediante purificazione sarebbe dunque comune a due termini che si sono consolidati, con lo stesso spirito, in ambiti distinti ma interrelati: *iūs* (in ambito giuridico) e *yaoždā* (nella dimensione religiosa). Ne sarebbe lo specchio il ricorso alla parola “giustificazione” per indicare, nella dottrina cristiana, la giustificazione mediante fede.

Iudex e *yaoždātar*, nei rispettivi campi, sono addestrati per pronunciare formule sacrali, verdetti e giuramenti (anche “giurare” deriva da *ius*), performativi linguistici e azioni fisiche, riti e liturgie. Ancora ritorna la circolarità tra diritto e religione, ancora il sacro si presenta come un ponte⁸² e un collante. *Ius dicere* ne è la prova, derivando da due radici formidabili: **yewes* e **deik* (mostrare): colui che ha il potere di *ius dicere* può “indicare” attraverso la parola e perciò “dire” (*dicere*) secondo la misura dello *iūs*⁸³.

La radice PIE **deik* (da cui la parola greca *díkē* e il latino *dicere*) meriterebbe un’ampia disamina, rivelandosi, ai fini di una riflessione sulla giustizia, fondativa. Qui basti tuttavia osservare che **deik* è da leggere con costante riferimento a **dhe-* (da cui *themis*). Se *themis* implica la posizione della regola, *díkē* esprime la necessità che la regola venga mostrata tramite un atto linguistico: il *nomos* richiede il *logos*. È per questa connessione intima tra l’indicare (o il mostrare) la regola e la parola – al contempo strumento e *medium* – che *díkē*, nella cultura greca, finisce con l’essere identificata con la giustizia. La locuzione latina *ius dicere* ben esprime il meccanismo linguistico autoritativo

⁷⁹ Cfr. F. Cordero, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985 pp. 7-9.

⁸⁰ É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions Indo-Europeenes*, Paris, Le Editions des Minuit, 2016, consultato nella trad. ingl. *Dictionary of Indo-European Concepts and Society*, Chicago, Hau Books, 2016, p. 397.

⁸¹ Queste considerazioni derivano dal saggio di B. Lincoln, *Iūs e i suoi paralleli iranici. Dalla purezza alla giustizia*, in A. McClintock (a cura di), *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 56 s. e *ivi* trovano più ampio sviluppo.

⁸² A livello iconografico ciò emerge dalla rappresentazione del Giudizio universale nelle aule d’udienza. La giustizia terrena beneficia infatti, sul piano della legittimazione, di una suggestiva associazione mentale con quella sacra, indotta proprio della rappresentazione iconografica che, simbolicamente, getta un ponte tra i due paradigmi. Cfr. D.E. Curtist, J. Resnik, *Images of Justice*, «The Yale Law Journal», 96, 1987, p. 1746.

⁸³ Sostiene che *ius* sia piuttosto una formula che non un concetto astratto Benveniste, *Dictionary of Indo-European*, cit., p. 397.

del giudice che pronuncia formule giuridiche per indicare il diritto e il *dover essere* della giustizia⁸⁴.

In definitiva, il senso del sacro e del ritualismo affiorano dall'uso dei termini *dicere*, *iūs* e *castigo*. Il sacro impregna anche la parola "vittima"⁸⁵, sino ad ora non menzionata ma di indiscussa centralità nel contesto del diritto penale. Il cerchio si chiude: l'ingiuria a una vittima chiede che lo *ius dicere* ristabilisca la giustizia tramite il castigo, il quale ha anche una funzione di emenda morale e perciò di purificazione.

Occorre ora cercare di capire perché la giustizia debba essere ri-stabilita. Le radici protoindoeuropee della lingua portano a riflettere sulla radice PIE **stā* o **sth*, che ricorre in tutte le parole sopra menzionate: "status", "stabilire", "restituzione" ma anche "ristoro". In una visione più generale, tale radice caratterizza i termini "stato", "costituzione" ma anche "statute law", "restitution", "restoration", "constitution", e trova ovvie conferme sia nel verbo italiano "stare", sia in quelli della lingua inglese e della lingua tedesca "to stand" e "stellen". Anche lo "stile", infondo, non è che la fissazione di caratteristiche estetiche.

Cosa hanno voluto, dunque, comunicare i nostri antenati ricorrendo a un suono – quello della pronuncia delle due consonanti contigue "st" che, foneticamente, ferma il respiro – se non che siamo di fronte a qualcosa che interrompe il movimento? La risposta va cercata ancora una volta nel bisogno di confini certi espresso dagli agricoltori del neolitico, tradottosi in una regolazione lineare e *stabile* della proprietà e dei rapporti economici: quella, appunto, del *diritto*.

In definitiva, il caso da decidere, attraverso il diritto, trova una definizione *stabile* che blocca altre possibilità, che fissa un assetto da rispettare. Gary Watt ricorda che il punto fermo a cui porta il suono associato alla radice PIE **stā* o **sth* si è concretizzato in formule e scelte di portata generale: «Society becomes state. Justice becomes statute. Cultures become constitution»⁸⁶.

Questa stessa evoluzione caratterizza gli ordinamenti giuridici di *common law*: dalla regola che scaturisce dal caso concreto si passa alla definizione generale e astratta delle norme, alla tendenziale fissità delle leggi (con un procedimento complesso e per certi aspetti circolare). Le parole riflettono il senso antico delle cose: dalla *case law* (che cristallizza modelli decisori fino a ritenerli vincolanti) si passa alla *statute law* (che costituisce *ab origine* norme conte-

⁸⁴ Per queste considerazioni e per ulteriori approfondimenti v. Benveniste, *Dictionary of Indo-European*, cit., pp. 391-394 e 395-404.

⁸⁵ Anche rispetto alla parola "vittima", che appartiene alle scienze criminologiche e penalistiche, la radice PIE **weik-* rimanda a una dimensione di isolamento e sconfitta, indicando chi è spiritualmente e socialmente messo da parte eventualmente per il sacrificio, v. Watt, *Rule of the Root*, cit., p. 585.

⁸⁶ Ivi, p. 580.

nute in un testo scritto). E sono sempre le parole a definire lo *stile* linguistico dei giuristi e la tendenziale *staticità* della lingua tecnica.

Occorre ora vedere perché il consesso di giudici chiamati a ristabilire la giustizia si chiami *corte*.

8. *La corte*

I giudici operano talvolta in modalità monocratica, altre volte, a seconda della materia da trattare, riuniti in collegi con composizione variabile. Stando al nostro ordinamento giuridico, si pensi al Tribunale, alla Corte d'assise, alla Corte d'Appello e alla Corte d'Assise d'appello. Il termine "corte" è riservato anche alle giurisdizioni superiori: la Corte di Cassazione, la Corte dei Conti e la Corte costituzionale.

Ciò che qui interessa è capire perché il termine *corte* designi in molte lingue indoeuropee il consesso dei giudici chiamati a decidere applicando la legge: dallo spagnolo "*corte*" al francese "*cour*", all'inglese "*court*".

Secondo Watt, la radice PIE comune sembrerebbe essere **ghórdhos*, divenuta poi *chórtus* in greco e *hortus* in latino. La lingua evoca architetture: in greco si fa riferimento a uno spazio aperto all'interno di un edificio (o di un gruppo di costruzioni), che trova un'equivalenza di significato nella parola inglese *courtyard*. La lingua latina utilizza *hortus* per indicare un giardino chiuso. L'*hortus conclusus* è il giardino recintato tipico di monasteri e conventi medievali. Al suo interno, le miniature trecentesche, prima, e la pittura rinascimentale, poi, raffigurano Maria, tanto che l'*hortus conclusus* assurge a costante simbolico-rappresentativa della Vergine, spesso in relazione al momento dell'Annunciazione⁸⁷.

La corte è un elemento architettonico delle case etrusche (sulla quale si aprono i *cubicula*), greche (l'atrio) e romane (il peristilio). Uno spazio aperto ma delimitato e protetto.

Interno ed esterno, dentro e fuori, inclusione ed esclusione: sono le logiche che hanno caratterizzato la stabilizzazione dei primi agricoltori, i quali hanno sgomberato il terreno da alberi e pietre per poterlo lavorare con l'aratro e hanno fatto delle pietre muri atti a perimetrare lo spazio da coltivare e a configurare la prima, elementare forma di proprietà⁸⁸.

La corte ha, in definitiva, una duplice valenza: è perimetrazione ma anche spazio luminoso e ventilato. Limite e luce, confine e visione: in queste ca-

⁸⁷ B.E. Daley, *The "Closed Garden" and the "Sealed Fountain": Song of Songs 4:12 in the Late Medieval Iconography of Mary*, in E.B. Macdougall (a cura di), *Medieval Gardens*, Washington DC, Dumbarton Oaks Research Library, 1986.

⁸⁸ Sul perdurare, ancora nel XIX secolo, di una visione della proprietà da «idillio campestre» v. le osservazioni di S. Rodotà, *Il terribile diritto*, Bologna, il Mulino, 1981, pp. 61 s.

ratteristiche troviamo le ragioni fondanti dell'uso del termine corte riservato a tribunali e assise di giudici. In primo luogo, vi è l'idea di delimitazione dello spazio sacrale dello *ius dicere* da quello riservato al pubblico, la stessa che informa, in chiave religiosa, l'*hortus conclusus*. Analoga delimitazione si ripropone all'interno delle aule d'udienza per il tramite della balaustra, la quale separa lo spazio dove siede la Corte da quello riservato agli avvocati e al pubblico⁸⁹.

In secondo luogo, il termine "corte" evoca la luce che proviene dall'alto, alla quale si associa un duplice significato: conoscenza e illuminazione sapienziale. La luce è requisito indispensabile per la piena cognizione della realtà, in ossequio al paradigma ottico di conoscenza⁹⁰, seguito anche dalla giurisprudenza⁹¹. Ma non si può escludere che la luce sia il simbolo di una giustizia più grande – quella divina – la quale, nella rappresentazione iconografica della Giustizia, viene talvolta simboleggiata da una mano nuda o angelica che, dall'alto, sostiene la bilancia della Giustizia⁹², talaltra proprio da raggi di luce o da un occhio⁹³.

Le corti, dunque, devono ben distinguere i singoli casi: le cause reclamano una definizione *alla luce* dei precetti giuridici. Rimane un nodo da sciogliere:

⁸⁹ Sulla delimitazione degli spazi architettonici dove si svolge la liturgia processuale v. le osservazioni di A. Garapon, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001; tr. it. *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, Cortina, 2007, pp. 20 ss. Garapon osserva che la medesima delimitazione sussiste nelle cattedrali per separare il coro dai fedeli (p. 21); inoltre ricorda come proprio dalla "sbarra" che perimetra il luogo sacrale dell'organo giudicante e alla quale si appoggiano gli avvocati derivino i termini francese e inglese utilizzati per designare appunto l'avvocatura: rispettivamente, *barreau* e *bar*.

⁹⁰ «Giudizio – sostiene Franco Cordero – equivale a visione», tant'è che nell'iconografia il giudice è simboleggiato da un occhio (*Riti e sapienza*, cit., p. 765).

⁹¹ Ancora una volta si rivelano essenziali, al riguardo, le osservazioni di Franco Cordero che raccorda la «*providentia*» ciceroniana alla «*phronesis*» greca, forma di saggezza orientata a scelte pratiche (*Riti e sapienza*, cit., p. 43). Sul legame tra *phronesis* e modalità del rendere giustizia mi permetto di rinviare a un mio precedente studio, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, «Criminalia», 2020, pp. 1-42.

⁹² Uno degli esempi più interessanti è dato dalla rappresentazione della Giustizia nell'Allegoria del buon Governo di Ambrogio Lorenzetti (Siena, Palazzo Pubblico). In quest'opera la Giustizia è rappresentata per ben due volte: nella raffigurazione alla sinistra dell'affresco, in particolare, la Giustizia è sormontata dalla Sapienza (figura alata, evanescente, dotata di corona che allude al suo essere regina, con gli occhi rivolti a Dio), che regge una bilancia sui cui piatti sono raffigurate due figure angeliche, una per ciascun piatto, le quali distribuiscono, rispettivamente, premi ai cittadini virtuosi e punizioni ai malfattori. Il motivo ispiratore di tale rappresentazione sarebbe il versetto biblico «*Diligite iustitiam qui indicatis terram*» (Sapienza, I,1), da cui la doppia rappresentazione della giustizia divina e di quella terrena. Cfr. Frugoni, *Paradiso vista inferno*, cit., pp. 63-79.

⁹³ L'occhio della giustizia è legato al mito di una giustizia che abita presso Zeus (Curi, *Il colore dell'inferno*, cit., pp. 82 s.) e che tutto vede, come nel mito di Argo, rappresentato con molti occhi (Garapon, *Ben giudicare*, cit., p. 8). Vista e udito sono espressione dei paradigmi del giudicare sulla base della testimonianza *de auditu* e *de visu* (A. Prosperi, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008, pp. 7 e 12).

l'uso dei termini caso e causa per indicare la materia del contendere e sulla quale le corti sono chiamate a pronunciarsi.

9. *Casi e cause*

Il diritto e la giustizia sono *risposte*, ancorché articolate in forma di *domande*: dopo aver subito un torto si "chiede", infatti, giustizia⁹⁴ attraverso il ricorso alla legge e a una corte che opera in base alle regole del processo.

Occorre dunque andare ora al fenomeno che ha originato la nascita del diritto, e cioè all'esperienza dell'ingiustizia⁹⁵: evento fisico o atto tale da suscitare sentimenti di ingiustizia in chi lo subisce o ne è spettatore⁹⁶. In breve, tornando alla lingua comune presente, occorre non perdere di vista il fatto che la domanda di giustizia ruota attorno al "caso" concreto da decidere: la c.d. *causa*.

Nel linguaggio giuridico contemporaneo, i termini caso e causa hanno un significato tecnico, nonostante entrambi appartengano anche alla lingua comune. In quest'ultima, la parola "caso" è ampiamente utilizzata per indicare un avvenimento fortuito, accidentale o imprevisto oppure qualcosa che accade contro la nostra volontà. Rinvia a una componente imprevista o imprevedibile di un susseguirsi o incrociarsi di eventi; indica altresì il modo specifico con cui un fatto generico si presenta. Ancora, per lo più se usata al plurale, la parola "caso" evoca la gamma delle possibilità che si danno nell'esistenza umana ("i casi della vita"). La parola "causa" fa invece riferimento a un antecedente che provoca un susseguente: la causa è il presupposto necessario perché qualcosa sia potuto accadere. Una causa è un motivo, una ragione, una spiegazione dotata di credibilità razionale.

Entrambe le parole – *caso* e *causa* – tipiche della lingua comune, posseggono un significato specifico e selettivo quando vengono usate in ambito giuridico. È noto, infatti, che la lingua giuridica condivide con la lingua comune morfologia, sintassi e gran parte del lessico, necessitando di una quota di termini specialistici e dal significato tendenzialmente univoco per esprimere specifici concetti o denominare singoli istituti.

⁹⁴ C.M. Martini, G. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Torino, Einaudi, 2003.

⁹⁵ Sulla violenza originaria e la giustizia come risposta e come *archè* v. Cacciari, *Destino di Dike*, cit., p. 67. Nel contesto mitico, Themis è l'ordine cosmico e religioso, mostrato da Dike. L'A. sottolinea come Themis abbia «"radice" potentissima», riferendosi alla radice PIE **dha*, **the*, da cui origina anche la parola indù *dharma*. Cfr. anche Watkins, *The American Heritage*, cit., secondo il quale "*dharma*" è riconducibile alla radice PIE *dher-* (che implica l'idea di tenere fermamente) ed esprimerebbe la legge stabilita e vincolante (p. 19).

⁹⁶ Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 764.

Caso e, ancor più, *causa* sono termini che indicano una controversia portata davanti all'autorità giudiziaria⁹⁷. Ci si deve chiedere a questo punto come mai la lingua giuridica utilizzi i termini *caso* e *causa* per parlare di questioni che vengono sottoposte all'attenzione di un organo giudicante, affinché dica il diritto e ristabilisca la giustizia.

Ancora una volta, la linguistica comparativa offre indicazioni interessanti. La prima è che *caso* e *causa* condividono la radice PIE **kad-*, la quale, come anticipato, farebbe riferimento al fluire dell'acqua delle cascate⁹⁸. Da tale radice deriverebbero, solo per fare alcuni esempi, diverse parole: il greco “*Κάτω*”, il latino “*cadere*”, l'inglese “*cascade*”. La seconda indicazione, concernente il significato, è che *caso* e *causa* rimandano all'idea di movimento: indicano lo scorrere, traducibile filosoficamente nel «*panta rei*»; in ultima analisi, un moto naturale o un processo vitale.

L'aver individuato tale radice consente di illuminare il senso dei termini giuridici *caso* e *causa*, mostrando come essi abbiano un'anima antica, la quale custodisce l'idea di un susseguirsi di eventi della vita che possono essere narrati come concatenazione di fatti e, rispetto ai quali, può aprirsi, laddove necessario, una domanda di giustizia. Interessante notare, a questo punto, come il diritto consuetudinario – che si forma per stratificazione di pronunciamenti giudiziari – si chiami “*case law*”⁹⁹.

A margine, è opportuno svolgere qualche ulteriore riflessione sull'idea di azione, questa volta relativa alla radice **kar*, che condurrebbe al latino *crimen*, e alle parole delle lingue romanze “*crimine*”, “*criminalità*”, “*criminalité*” “*criminelle*”, ma anche all'inglese “*crime*” “*criminality*” e al tedesco “*Kriminalität*”.

Il crimine è un agire contrario alle norme giuridiche, una successione di azioni orientate al male. La radice **kar* forma anche il termine *karman* presente nelle lingue vediche e utilizzato per indicare l'opera, il fare, buono o cattivo che sia¹⁰⁰. Anche qui abbiamo un susseguirsi di processi vitali che si

⁹⁷ L'uso in tal senso è documentato già nel Deuteronomio (17, 8-9): «Quando in una causa ti sarà troppo difficile decidere [...] ti alzerai e salirai al luogo che il Signore tuo Dio avrà scelto; andrai dai sacerdoti e dal giudice in carica a quel tempo; li consulterai ed essi ti indicheranno la sentenza da pronunciare». Il versetto conferma l'uso del termine “*causa*” per indicare una questione da decidere: materia grave, visto che si parla di percosse e di assassinio, sulla quale occorre un pronunciamento alla luce del diritto. Esso aiuta a comprendere altresì il perché, nelle aule d'udienza, lo scranno del giudice sia ancor oggi collocato in una posizione sopraelevata rispetto alle parti e al pubblico (cfr. Garapon, *Del giudicare*, cit., p. 23).

⁹⁸ Watkins (a cura di), *The American Heritage*, cit., p. 37.

⁹⁹ Due opere restano fondamentali: G. Radbruch, *Der Geist des englischen Recht*, Göttingen, Vanderhoeck & Ruprecht, 1958; tr. it. *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, Giuffrè, 1962 (v., in part., pp. 5 ss.); R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston, Beacon Press, 1966; tr. it. *Lo spirito della “Common Law”*, Milano, Giuffrè, 1970.

¹⁰⁰ Cfr. Watkins (a cura di), *The American Heritage*, cit., p. 47 (**kar*, *ivi* il rinvio a **ker*). Al fare e al divenire si riconnette il termine sanscrito *karman*. Secondo Forti «nel *karman* gli indologi

riferiscono a un concetto più generale di trasformazione, già presente nelle parole caso e causa. Il nodo infinito, uno dei simboli del *karma*, ricorda peraltro la perenne interconnessione tra cause ed effetti.

La locuzione “caso criminale” rappresenta dunque l’apoteosi del movimento e del fluire, indicando lo svolgersi di una condotta ad epilogo illecito, che, se portata di fronte ad una corte, in tribunale diventa una “causa”.

10. Conclusioni

Il diritto è fatto di parole, termini e simboli¹⁰¹, oggetto di cognizione e metacognizione.

La complessa interrelazione tra attività cognitiva e attività linguistica si esplica secondo una triangolazione che prende il nome di “triangolo semiotico”¹⁰², modello composto da *significante*, *significato* e *referente*. Nell’approccio terminologico, il concetto (immagine mentale, detta *significato*) è ciò da cui nasce il termine (il *significante*): in altre parole, si parte dal concetto per arrivare alla sua denominazione (ed è per questo che il termine ha limiti concettuali più precisi rispetto alla parola, in quanto derivanti dal discorso specialistico che il termine è chiamato a costruire). Il *referente*, terzo elemento del triangolo semiotico, è dato dalla realtà extra-linguistica a cui il significato si riferisce. Il concetto *media* tra il segno linguistico e la realtà extralinguistica di riferimento.

In sintesi, le idee divengono concetti e i concetti (*significati*) si traducono in termini (*significanti*) che assumono valore in relazione al contesto extra-linguistico (*referente*) in cui sono utilizzati. Applicando questo schema, *casi* e *cause*, sono, rispettivamente, fatti umani e azioni giuridiche; le *corti* (consessi di giudici) li decidono attraverso la *legge*; si infliggono *pene* per *ristabilire* il

identificherebbero “una connessione esistenziale (*rta*) ‘tra gli atti e le loro conseguenze’, nel senso che “ogni azione, buona o cattiva, fatta consapevolmente, produce un effetto o frutto che maturerà fatalmente, quando se ne presenteranno le condizioni favorevoli, in questa vita o in esistenze future, non importa quanto distanti nel tempo e nello spazio”». In ciò le radici, sempre secondo Forti, della parola *crimine*, cui si lega la necessità di un giudizio di rimprovero (G. Forti, *La cura delle norme*, Milano, Vita e Pensiero, 2018, p. 74. Il virgolettato nella citazione deriva dal saggio di R. Gnoli, *La rivelazione del Buddha*, Milano, Mondadori, 2004. Sulla relazione *crimen/karman* – coppia di termini che esprime un’azione imputabile e produttrice di conseguenze – quale categoria fondamentale dell’etica indoeuropea, v. le considerazioni di G. Agamben, *Karman. Breve trattato sull’azione, la colpa e il gesto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, pp. 44-72).

¹⁰¹ Territorio sconfinato, quello del simbolo. Mi limito alla citazione di due opere consultate ai fini di questa riflessione: C.G. Jung, *L’uomo e i suoi simboli*, Milano, TEA, 2013 (interessante anche la *Conclusione* di M. L. von Franz circa il simbolismo archetipo nel regno delle concezioni scientifiche alle pp. 305-317); R. Panikkar, *L’arte del simbolo*, a cura di M. Carrara Pavan, Milano, Jaca Book, 2020, (in part., pp. 15-42).

¹⁰² F. Bullo, *Introduzione alla terminologia del diritto*, in S. Cavagnoli, E. Ioriatti Ferrari (a cura di), *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova, Cedam, 2009, p. 227.

diritto affinché la *giustizia* trionfi. I concetti del fluire vitale degli eventi, della stabilità delle regole, della decisione, del castigo sono stati tradotti in termini giuridici che assumono significato in relazione sia all'esperienza dell'ingiustizia, sia a quella del fare/ricevere giustizia.

La riflessione sul “castigo” e la ricerca di significato dei termini pena, regola, legge, diritto e giustizia, fino a risalire a caso e causa, mostra, sul piano della metacognizione, come il tecnicismo della lingua giuridica sia più apparente che reale; deboli sono i legami con la razionalità, forti lo sono quelli con la storia. La lingua giuridica moderna – osserva Watt – «non è meramente conservativa; in molti aspetti è preistorica e primordiale»¹⁰³.

In una società dai mille legami invisibili con i propri predecessori, il termine *castigo* è, dunque, come ipotizzato in esordio, solo uno dei molti retaggi sacrali, cognitivi e linguistici di società antichissime e dimenticate; non certo l'unico, ma quello dai collegamenti con il passato forse solo più evidenti. Con la sua irrazionalità assiologica¹⁰⁴ e il suo antico portato di vendetta¹⁰⁵ e di espiazione, il castigo continua infatti, ancor oggi, ad essere il “convitato di pietra” del “banchetto” penale¹⁰⁶.

¹⁰³ Watt, *Rule of the Root*, cit., p. 575.

¹⁰⁴ Così, riferendosi in particolare al carcere, Palazzo, *Presente, futuro*, cit., p. 525.

¹⁰⁵ Un quadro ampio e diacronico di studi sulla vendetta, nella prospettiva giuridica, antropologica e storico-filosofica, è proposto da P. Di Lucia, L. Mancini (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Pisa, ETS Edizioni, 2015.

¹⁰⁶ Con riferimento all'irrinunciabilità della pena detentiva da parte dei sistemi giuridici contemporanei, v. ancora Paliero, *Il sogno di Clitemestra*, cit., pp. 452 s. e 519. G. Fiandaca sostiene che «escogitare qualcosa di radicalmente nuovo nel campo del diritto penale, non è facile. Non di rado le novità apparenti ripropongono, in forme rinnovate in relazione all'evoluzione dei tempi, contenuti sostanziali di origine antica» (*Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un “diritto penale del nemico”?*), in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 37).

Aglaiia McClintock

Ius, paricidas, necare. Castigo e purificazione a Roma

1. Su un vaso a figure rosse del VI secolo a.C. Dike armata di ascia si avventa contro Adikia (Fig. 1)¹. Mentre Dike ha i capelli raccolti e ordinati, Adikia li porta intrecciati alla maniera straniera, ma – cosa più importante – la sua pelle è coperta da macchie, forse tatuaggi che somigliano a pustole, la rappresentazione più efficace di un male capace di propagarsi e contaminare dall'interno il bell'ordine di cui Dike è garante².

Il presupposto cosmologico che c'è dietro tale raffigurazione della Giustizia è che il mondo è perfetto; anzi, che è nato e si è sviluppato perché ha trovato un suo punto di equilibrio, ma può essere compromesso in ogni momento senza l'intervento "medicale" di un meccanismo di compensazione che ristabilisce le proporzioni e riequilibra ogni eventuale sbilanciamento³. Le azioni malvage sono come un cancro che si diffonde nel corpo in un disordinato moltiplicarsi di cellule. Il castigo non solo ha il compito di ripristinare la salute del corpo cosmico e sociale ma anche di impedire le metastasi che procedono dal male.

La visione biomorfica del cosmo fa parte del comune patrimonio indomediterraneo: in Grecia, come in Egitto, potenti dee cosmiche vigilano sull'assetto del mondo e assicurano che le pene ripristinino l'ordine infranto. È quindi degno di interesse che a Roma apparentemente non sia rispettata questa costante mitologica. Roma è priva di una divinità della giustizia cosmica come

¹ Ricostruzione dell'immagine di un'anfora a figure rosse e nere del 550-500 a.C. conservata a Vienna. Cfr. Paus. 5.18.2. Per il commento al vaso vedi H.A. Shapiro, *Personifications in Greek Art*, Zürich, Acanthus, 1993, p. 39.

² La pelle è il luogo dei segni di ogni malattia interiore. È l'esterno che dice l'interno. I miti e la medicina greca mostrano la stretta connessione tra malattie della pelle e follia. L'associazione tra miasma, macchie della pelle e disordini dell'anima resta una costante dell'immaginario europeo, cfr. R. Padel, *Skin, pollution and shame*, in Ead. (ed. by), *Whom Gods destroy. Elements of Greek and Tragic Madness*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1995, pp. 144-156.

³ Sulla funzione cosmica di Dike si v. la penetrante lettura filosofica di U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, pp. 83 ss.

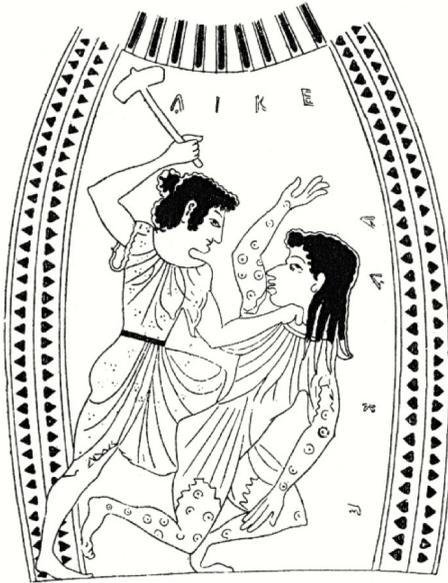


Fig. 1

in Grecia o in Egitto⁴. Sino a quando nella tarda-repubblica non si farà ricorso alla greca Nemesis⁵, non è possibile riscontrare divinità paragonabili a Themis o Dike. Non sembra troppo azzardato affermare, sulla base delle fonti tràdite, che la cura del riequilibrio cosmico sia assegnata per l'epoca arcaica al solo *ius*. Le pratiche del *ius* esercitate dal *rex*-sacerdote e dei colleghi sacerdotali prendono il posto di Dike: si tratta di un *ius* inteso come giustizia piuttosto che come diritto, molto simile a quello descritto da Ulpiano nell'*incipit* dei *Digesta*. Ulpiano, nella celeberrima etimologia posta ad apertura del testo, fa derivare *ius* direttamente da *iustitia*. L'etimologia è ovviamente falsa, ma rispecchia ciò che pensavano gli antichi: il *ius*, inteso come *ars boni et aequi*, tende al bene. I giuristi, nella definizione di Ulpiano, sono «i sacerdoti del diritto» poiché «coltivano la conoscenza del buono e dell'equo separando l'equo dall'iniquo, discernendo il lecito dall'illecito, desiderando rendere buoni

⁴ Cfr. A. McClintock, *Giustizia senza dèi*, in A. McClintock (a cura di), *Giuristi nati*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 73-95; Ead., *La giustizia è donna*, in A. Camerotto, F. Pontani (a cura di), *Dike. Ovvero della giustizia tra l'Olimpo e la Terra*, Milano-Udine, Mimesis, 2020, pp. 203-213.

⁵ A. McClintock, *Nemesis dea del νόμος. Modalità e simboli della repressione criminale nei primi secoli dell'impero romano*, «Revue Internationale des Droits de l'Antiquité», 62, 2015, pp. 289-306; Ead., *Come Nemesis rubò a Dike la bilancia*, in U. Bultrighini (a cura di), *Pensare Giustizia tra antico e contemporaneo*, Lanciano, Carabba, 2019, pp. 329-346.

gli uomini non solo con il timore delle pene ma anche con l'esortazione dei premi; aspirando [...] alla vera, non a una apparente filosofia»⁶. In un colpo solo, *ius*, *iustitia*, religione, *ars*, filosofia, sono coniugate insieme.

Di recente Bruce Lincoln⁷ ha riproposto una interpretazione della nozione arcaica di *ius* che è in linea con quanto ancora pensavano i giuristi del III secolo d.C. Lo studioso infatti ha messo in discussione che per l'epoca dei primordi *ius* possa tradursi *tout court* "diritto", ignorando la componente religiosa in una società amministrata dai pontefici. *Ius*⁸ ha una radice comune con l'avestico *yaoš*, che significa purezza (corrispondente al sanscrito *yoh*)⁹. La stessa radice indo-europea avrebbe dato luogo nel mondo romano a un termine esclusivamente giuridico: *iūs* «diritto»; e nella cultura indo-iranica a un termine religioso: *yaoš*, «purezza». Per salvare una pretesa laicità della Roma delle origini i linguisti avrebbero messo in ombra l'omologia originaria tra i due termini privilegiandone invece l'evoluzione semantica divergente.

Altri punti di contatto tra le due culture sono però in grado, secondo Lincoln, di restituirci il senso della parentela tra *ius* e *yaoš*. Se nella cosmomitologia zoroastriana le pratiche di *yaoždā-* «purificazione» aspirano a ripristinare l'ordine perduto, non diversamente le pratiche formali del tribunale romano rispondono all'analoga esigenza di ricostituire la «giustizia», lo stato ideale di perfezione ed equilibrio che la trasgressione ha infranto. E per vigilare e riequilibrare periodicamente l'ordine cosmico, entrambe le culture ricorrono ad esperti autorevoli (*iūdex*, *yaoždātar*) «addestrati e autorizzati a pronunciare azioni verbali assai significative (verdetto legale, giuramenti [*iurare*], formule sacre [*maqθras*]) e ad intraprendere potenti azioni fisiche (punizioni, purificazioni) elaborate per combattere il male»¹⁰.

⁶ D.1.1 pr.-1, Ulp. 1 *inst. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

⁷ B. Lincoln, *Ius e i suoi paralleli iranici. Dalla purezza alla giustizia*, in McClintock (a cura di), *Giuristi nati*, cit., p. 67.

⁸ J. Wackernagel, rec. a P. Meylan, *L'étymologie du mot parricide à travers la formule 'parricidas esto' de la loi romaine*, Lausanne, 1928, «Gnomon», VI, 1930, p. 459: «Angesichts der wohl allgemein anerkannten Unmöglichkeit, das Vorderglied von *parricida* aus dem Latein selbst zu erklären, war es gegeben, sich außerhalb des Latein nach einem Grundworte umzusehen. Froehde und die ihm folgten, glaubten mittelst eines griechischen Wortes helfen zu können. Man nehme nicht daran Anstoß, daß ich bis nach Indien greife. Gerade bei einem alten Rechtswort darf dies nicht befremden. Ich verweise besonders auf *jus*, das (abgesehen vom Albanischen) den verwandten Sprachen Europas fehlt und sonst nur in altind. *yoh* und awest. *yaoš* eine Entsprechung hat. Ebenso haben die Lateiner im Unterschiede von den Griechen *lex* und *rex* mit den Ariern gemein».

⁹ Su cui vedi É. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee II. Potere, diritto, religione*, Torino, Einaudi, 2001, pp. 368 s., il quale ricostruisce un termine indoeuropeo **yous* che indica «lo stato di regolarità, di normalità che è richiesto dalle regole rituali».

¹⁰ B. Lincoln, ivi p. 61.

La traduzione di *ius* in epoca arcaica, per Lincoln, dovrebbe essere dunque “giustizia” piuttosto che “diritto”, come in Ulpiano. Ebbene, se ripensiamo a questa accezione di *ius* alla luce delle moderne strategie di immunizzazione della politica rispetto a pericoli esterni¹¹, il collegamento con la purezza e la purificazione diviene più stringente. La biopolitica¹² risulterebbe inscritta nel diritto stesso dove norme e pratiche purificatorie fronteggiano il delitto e il crimine, ma anche comportamenti e trasgressioni potenziali forme di contagio. Giustizia e purezza sono aspetti intrecciati del desiderio di perfezionare tutto: la salute dei corpi, della comunità e del mondo, i propri comportamenti e quelli degli altri. Nella sua ampiezza semantica, il *ius* suggerisce una mentalità pre-disciplinare che precede la divisione professionale tra giurisprudenza, medicina, e religione.

2. Altri termini giuridici a Roma, dietro la stratificazione semantica, conservano il collegamento con la sfera religiosa di sanità e salvezza, di miasma e purificazione. Ad esempio i Romani chiamano l'assassino *paricidas* e non *homicida*. *Homicida*, da cui deriva la nostra parola di uso corrente, è tardo e appare in latino solo all'epoca di Cicerone¹³ senza per altro mai acquisire una prevalenza sul termine più antico, tradizionale e tecnico: *paricidas*. Pomponio grammatico notava infatti che «raramente avrete letto presso i nostri antichi *homicidas*, ma sempre *paricidas*»¹⁴. *Paricidas* è un termine ricercato e difficile, giuridico, un *mot sinistre* diceva Louis Gernet¹⁵, di cui sono state proposte numerose etimologie.

¹¹ R. Esposito, *Immunitas*, Torino, Einaudi, 2002, *passim*. Per Esposito l'*immunitas* è il correlato negativo della *communitas*: una strategia di difesa che presuppone l'incorporazione di ciò che si percepisce come male in forma depotenziata, in maniera di divenire a esso resistente. Questo dispositivo di vaccinazione del corpo collettivo da ciò che appare come una minaccia nella contemporaneità sarebbe giunto al limite, profilandosi come una sorta di malattia autoimmune in cui la società dirige le proprie energie difensive contro se stessa.

¹² La vita è da sempre l'obiettivo della politica. L'idea dell'uomo come animale politico e della politica come attività volta al bene sono strutturalmente connesse.

¹³ Horat. *Epod.* 17.11: *unxere matres Iliæ additum feris / alitibus atque canibus homicidam Hectorem, / postquam relictis moenibus rex procidit, / heu, pervicacis ad pedes Achillei*. Cic. *Phil.* 2.30.11: *numquamne intelleges statuendum tibi esse utrum illi qui istam rem gesserunt homicidaene sint an vindices libertatis?*; 2.31.14: *ego qui sum illorum, ut ipse fateor, familiaris, ut a te arguor, socius, nego quicquam esse medium: confiteor eos, nisi liberatores populi Romani conseruatores que rei publicae sint, plus quam sicarios, plus quam homicidas, plus etiam quam parricidas esse, si quidem est atrocius patriae parentem quam suum occidere*. 2.31.24: *non igitur homicidas*.

¹⁴ Pomp. *gramm.* 5.306.19: *maiores nostri voluerunt aliud esse paricidam (sc. atque parentis interfectorem). apud maiores enim nostros homicidas raro legistis, paricidas autem semper; idcirco etiam paricidas patriae vocamus qui cives interimunt*.

¹⁵ L. Gernet, *Paricidas*, «Revue de Philologie de Litterature et d'Histoire Anciennes», 11, 1937, p. 13.

Per gli stessi Romani in epoca imperiale il suo significato non era più pienamente comprensibile, altrimenti non sarebbe stato incluso tra i termini difficili della raccolta di Verrius Flacco. Dall'epoca repubblicana, poiché evocava fonicamente la parola *parens* (genitore)¹⁶, era usato *anche* per indicare l'assassino del *pater*, ma è impossibile che questo fosse il significato primario sia per motivi linguistici che escludono decisamente una derivazione di *par-* da *pater* o da *parens*, sia perché le fonti nominano il parricidio solo per negarne la possibilità¹⁷. Come scriveva Yan Thomas, il parricidio è un crimine impen-sabile¹⁸.

Chi erano dunque i *par-* protetti dal primo divieto di uccidere a Roma?¹⁹ I cittadini? Solo i maschi liberi? O anche le donne? Gli appartenenti alla stessa *gens* e dopo, per estensione, anche altri gruppi familiari?

È prevalente in dottrina la tesi che per il periodo arcaico la punizione dell'omicidio fosse rimessa alla vendetta del gruppo familiare della vittima. L'inciso *paricidas esto* contenuto nella legge di Numa che introduce la distinzione tra omicidio volontario e colposo indicherebbe l'inflizione di una sanzione: «*Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*»²⁰. Attraverso la comparazione soprattutto dell'esperienza greca in cui i clan avevano un vero e proprio obbligo di vendetta²¹, molti ritengono che Numa avrebbe stabilito che l'omicida intenzionale di un uomo libero dovesse essere parimenti ucciso da un parente vendicatore. «*Paricidas esto*» andrebbe tradotto dunque «vi sia per lui *un parente vendicatore*», ossia «sia soggetto a essere parimenti

¹⁶ Plutarco e Festo, per citare gli autori più noti, non appena introducono il termine *paricidas*, precisano che con esso non si intendeva il patricida, ma un generico omicida Plut. *Rom.* 22.4: «πῦσαν ἀνδροφονίαν πατροκτονίαν προσεπλεῖν»; Paul. voce 'Parrici<di> quaestores' (Lindsay 247) «*Nam paricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem indemnatum*»; M. Mancini, *Una premessa filologico-linguistica all'etimologia di lat. Paricidas*, cit., 59, osserva che sul piano testuale la frase di Plutarco non è che la trasformazione in affermazione della negazione presente in Paolo Diacono ed è dunque lecito presumere che la fonte fosse la stessa.

¹⁷ Secondo Plutarco il primo omicidio per mano di un figlio (patricidio propriamente detto) sarebbe stato perpetrato seicento anni dopo la fondazione di Roma per mano di Lucio Ostio: *Rom.* 22.4.

¹⁸ Sul punto si vedano le acute riflessioni di Y. Thomas, *La mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, Paris, Albin Michel, 2017, pp. 22 ss. sulla scorta di Sen. *de clem.* 1.23.1. *Praeterea videbis ea saepe committi, quae saepe vindicantur. Pater tuus plures intra quinquennium culleo insuit, quam omnibus saeculis insutos accepimus. Multo minus audebant liberi nefas ultimum admittere, quam diu sine lege crimen fuit. Summa enim prudentia altissimi viri et rerum naturae peritissimi maluerunt velut incredibile scelus et ultra audaciam positum praeterire quam, dum vindicant, ostendere posse fieri; itaque parricidae cum lege coeperunt, et illis facinus poena monstravit; pessimo vero loco pietas fuit, postquam saepius culleos vidimus quam cruces.* Cfr. A. McClintock, *Pater (1). Un crime incroyable: le parricide*, «Grief. Revue sur le mondes du droit», 5, 2018, pp. 200-208.

¹⁹ Sull'argomento cfr. A. McClintock, *La repressione dell'omicidio*, in M. Bettini (a cura di), *Romolo. La città, la legge, l'inclusione*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 143 ss.

²⁰ La legge è riportata da Paul. voce 'Parrici<di> quaestores' (Lindsay 247). Cfr. da ultimo, L. Garofalo, *Nuove leggi in tema di omicidio*, in L. Garofalo (a cura di), *Numa. I culti, i confini, l'omicidio*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 127 ss.

²¹ Curi, *Il colore dell'inferno*, cit., pp. 63 ss.

ucciso»²². Tuttavia nelle fonti di età arcaica non vi sono esempi di “parenti vendicatori”. Anzi, almeno per come i Romani raccontano la loro storia, ogni spargimento di sangue deve essere espiato per mettere al riparo la comunità dall’ira degli dèi, per mezzo di un processo, di una sanzione pubblica irrogata o di un sacrificio. E ancora: a Roma la faida anziché essere un prima, è un dopo, perché scoppia quando le pratiche del tribunale e le sanzioni pubbliche non sono in grado di dare risposte al crimine. All’epoca di Romolo, quando l’uccisione di alcuni ambasciatori stranieri era andata impunita dall’autorità regia e gioco forza erano intervenuti i parenti vendicatori, le conseguenze erano state gravissime per la comunità tutta. Il ricorso alla vendetta privata aveva generato una pestilenza, la morte del re Tito Tazio che non aveva saputo preservare la pace tra gli dèi e gli uomini, e una pioggia di sangue sulla città di Roma²³.

Oltre all’ipotesi del “parente vendicatore”, gode di prestigio anche un’altra derivazione, sostenuta dall’autorità Gernet²⁴ e dello stesso Benveniste, che riconnette *par-* al greco *παρός* «parente attraverso il matrimonio», «familiare, membro del gruppo (*oikéios*)». Anche in questo caso l’interpretazione gravita verso l’esperienza greca dove i gruppi familiari avevano il dovere di vendicare l’uccisione di un proprio membro, benché nel mondo romano sin dalle origini

²² La posizione è autorevolmente espressa da B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 17. Per una attenta disamina della bibliografia romanistica sull’argomento si v. M. Falcon, ‘*Paricidas esto*’. *Alle origini della persecuzione dell’omicidio*, in L. Garofalo (a cura di), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 191 ss.

²³ Plut. 23.1-24-2: «Nel quinto anno del regno di Tazio, alcuni suoi amici e parenti incontrarono casualmente per strada ambasciatori che da Laurento si recavano a Roma; li assalirono e cercarono di strappare loro con la forza le ricchezze; siccome quelli non cedevano ma opponevano resistenza li uccisero. 2. Poiché avevano osato un’impresa gravissima, Romolo ritenne giusto punire subito i colpevoli, mentre invece Tazio esitava e prendeva tempo. Questo fu l’unico motivo di disaccordo manifesto per il resto, infatti, c’era sempre stata armonia tra loro; e per quanto possibile, reggevano lo Stato in comune e d’accordo. 3. I parenti delle vittime, che a causa di Tazio non avevano possibilità di ottenere giustizia per vie legali, si vendicarono di lui e lo uccisero mentre a Lavinio sacrificava insieme a Romolo; Romolo, considerato uomo giusto, fu riaccompagnato tra le acclamazioni. Riportò il corpo di Tazio e lo seppellì con ogni onore; esso giace sull’Aventino nei pressi del cosiddetto *Armilustrium*. Tuttavia, non si curò affatto di far processare gli assassini. Alcuni storici narrano che la città dei Laurenti, impaurita, consegnò gli uccisori di Tazio, ma Romolo li lasciò andare dicendo che un omicidio era stato espiato con un omicidio. Questo fece nascere chiacchiere e il sospetto che gli avesse fatto piacere essere privato del collega; la cosa però non sconvolse Sabini, né li fece insorgere, ma continuavano ad ammirarlo ... 24. in seguito scoppiò una pestilenza, che faceva morire gli uomini all’improvviso, senza che si ammalassero, e che provocava sterilità di piante e di animali. Sulla città cade una pioggia di sangue, in modo tale che per i mali inarrestabili andò diffondendosi un grande timore superstizioso. Poiché fenomeni simili erano accaduti anche agli abitanti di Laurento tutti ormai avevano l’impressione che l’ira degli dèi perseguitasse entrambe le città, in quanto esse avevano agito contro giustizia uccidendo Tazio e gli ambasciatori. Consegnati e puniti gli assassini da parte di entrambi le sventure visibilmente cessarono; Romolo allora purificò le città con sacrifici espiatori, quelli che, raccontano, si compiano con oggi presso la selva Ferentina».

²⁴ Gernet, *Paricidas*, cit., pp. 13 s. seguito da Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* II, cit., pp. 400 s.

gli omicidi sono regolati da tribunali²⁵ competenti e non da privati. Molti esempi testuali ci mostrano che persino l'uccisione di una donna o di uno straniero configurava un crimine in grado di mettere a repentaglio l'intera comunità. Per questi stessi motivi altrettanto improbabile sembra la derivazione da *par*, «pari», in cui *parcidas* sarebbe colui che uccide un eguale²⁶.

È per questo che tra le numerose etimologie proposte vale la pena recuperare quella avanzata a suo tempo dal filologo svizzero Wackernagel²⁷ seguito da Pasquali²⁸, che è l'unica a non prendere come referente il mondo greco. Wackernagel connette *par-* al sanscrito *puruṣa-* «uomo/maschio»²⁹. Con tutte le cautele e le riserve del caso, tra le tante etimologie proposte, mi sembra che quest'ultima sia l'unica in grado di correlarsi e armonizzarsi con l'etimologia di *ius*. Occorre difendersi dall'omicidio (*parcidium* nel senso di «uccisione di un uomo libero»), perché lo spargimento di sangue produce il miasma che indebolisce o mette a repentaglio l'intera comunità. A questo scopo deve intervenire il *ius / yaoš*, ossia la forza che, attraverso l'opera del *iūdex*, *yaoždātar*, riporta la comunità a quell'equilibrio che era stato compromesso dall'uccisione di un «uomo»: attivando il necessario processo di «purificazione».

Tale etimologia per altro si sposa perfettamente con un complesso passo di Plutarco, tratto dalla *vita di Romolo*, in cui si parla delle punizioni stabilite dal primo re³⁰:

22.4. ἴδιον δὲ τὸ μηδεμίαν δίκην κατὰ πατροκτόνων ὀρίσαντα, πᾶσαν ἀνδροφονίαν πατροκτονίαν προσειπεῖν, ὡς τοῦτου μὲν ὄντος ἐναγοῦς, ἐκείνου δ' ἄδυνάτου.

Un altro particolare è di non aver stabilito alcuna punizione contro i patricidi (κατὰ πατροκτόνων), infatti con il termine πατροκτονία/*parcidium* si intendeva qualsiasi omicidio (ἀνδροφονία), essendo l'uno (l'omicida) *sacer*, l'altro (il patricida) impossibile

È evidente che con πατροκτονία Plutarco traduce *parcidium*, rispettandone l'ambivalenza fonetica. Non usa infatti φόνος, il termine tecnico per omicidio,

²⁵ Plut. *Num.* 20.3; D.1.13.1. pr., Ulp. *l. sing. de off. quaest.*; D. 1.2.2.23, Pomp. *l. sing. ench.*; voce «Parricidi<di> quaestores» (Lindsay 247).

²⁶ Più recentemente M. de Vaan, voce «parricīda», in Id., *Etymological Dictionary of Latin and other Italic Languages*, Leiden, 2008, pp. 447 s., ha ripreso una etimologia già proposta da G. Devoto, in *Annali della R. Scuola Normale Superiore di Pisa, Lettere, Storia e Filosofia*, II serie, II, 1933, p. 239, secondi cui il *parcidas* sarebbe «l'uccisore di un uomo libero, cioè di un uomo estraneo alla gente ma fornito dei pieni diritti, è equiparato all'uccisione di un 'pari', cioè a quello di un membro della gente».

²⁷ J. Wackernagel, *ivi*.

²⁸ G. Pasquali, *Parcidas esto*, in *Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta*, I, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 67 ss. [= in *Pagine stravaganti*, II, Firenze, Sansoni, 1968, pp. 96 ss.].

²⁹ J. Wackernagel, *ivi*, p. 449. Nel vocabolario *Monier-Williams Sanskrit-English Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1899, p. 637, *puruṣa* è reso con «male», «a man» e poi – successivamente – «human being» in senso di essere umano.

³⁰ Plut. *Rom.* 22.3: «Romolo stabilì anche alcune leggi, una delle quali molto severa, essa non permetteva a una donna di abbandonare il marito, ma consentiva che una donna fosse ripudiata in casi di avvelenamento dei figli, o di sostituzione delle chiavi e di adulterio».

cui ricorre ampiamente in altri luoghi della *Vita di Romolo*. Il termine che ha in mente è proprio *paricidium*, precisando che a Roma all'epoca di Romolo significava ἀνδροφονία, l'omicidio di ogni uomo, e che l'assassino diveniva ἐναγής, maledetto, *sacer*.

L'assassino non è solo interdetto religiosamente, ma se non è *castigato* diviene una sorta di mina vagante, in grado di provocare *scelus*, contaminando luoghi e persone che da quella colpa sono state coinvolte o sfiorate. La colpa commessa conserva il valore arcaico di piaga, è sentita come un miasma che si sparge, che striscia e infetta anche gli innocenti³¹. Roger Caillois, nella tempe di dell'interesse del Collegio di Sociologia per le società arcaiche, scriveva: l'omicidio «indebolisce, mutila, lede l'essere composto... la virtù sparsa nel segmento sociale e cosmico di cui fa parte», ma il corpo sociale non sarebbe meno leso se si mettesse a morte il colpevole. «Si preferisce dichiararlo *sacro*, bandirlo, senza attrezzatura, senza mezzi»³².

La pena della sacertà che privava il colpevole della protezione umana e divina sarebbe coerente con le altre sanzioni irrogate da Romolo³³.

3. A conferma dell'etimologia di *paricidas* proposta da Wackernagel, che invoca un parallelo con il termine sanscrito *puruṣa*, possiamo allargare il paradigma terminologico e concettuale che, a nostro avviso, sta dietro questa rappresentazione. Si può infatti notare che in questo contesto di contaminazione e purificazione il latino ha altri termini in comune con la cultura indo-iranica: oltre a *ius*, la parola più importante per i giuristi, che abbiamo visto essere parente dell'avestico *yaoš*, c'è l'intera famiglia di *necare* (uccidere), *nex* (morte), *nox* (colpa/crimine), *noxius* (colpevole). Sono tutti termini funzionalmente collegati tra loro. Il colpevole (*noxius*), colui che ha commesso un crimine (*nox*) mette a repentaglio la coesione sociale; le pratiche del *ius* (tribunale e sanzioni) sono in grado di restaurare l'ordine compromesso dalla trasgressione. La famiglia di *necare* (uccidere), *nex* (morte), *nox*/*noxia* (colpa), *noxius* (colpevole) ha la stessa radice di *nasu-* la «materia cadaverica» inquinante per eccellenza su cui nell'*Avesta* si insiste ossessivamente. Nelle

³¹ A proposito della trasgressione individuale che può provocare *scelus* per l'intera collettività, cfr. la formula del *ver sacrum*, Liv. 22.10.5: *Si id moritur quod fieri oportebit, profanum esto* [sia considerato non-religioso] *neque scelus esto ... Si quis clepsit, ne populo scelus esto neve cui cleptum erit*. La trasgressione (in questo caso lo scempio di un cadavere) è in grado di contaminare / *scelerare* anche luoghi, come il *vicus sceleratus* che assunse questo nome in seguito all'oltraggio di Tullia sul cadavere del padre: Varr. *IL*. 5.159; Liv. 1.48.7. Cfr. di recente sul mondo greco E. Stolfi, *Prime note su phonos e miasma nella tragedia greca: il kerygma di Edipo e le sue ambigue allusioni*, in L. Gagliardi, L. Pepe (eds. by), *Dike. Essays on Greek law in honor of Alberto Maffi*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 291 ss.

³² R. Caillois, *L'uomo e il sacro*, Torino, Einaudi, 2001, pp. 76 s.

³³ Cfr. in tal senso L. Garofalo, *Disapplicazione del diritto e status sanzionatori in Roma arcaica. In dialogo con Aldo Luigi Prodocimi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 54 ss.

Torri del Silenzio, sorta di costruzioni cilindriche, i cadaveri erano esposti nudi agli avvoltoi affinché con il loro putridume non contaminassero nessuno degli elementi³⁴.

La purificazione disinfesta tutto ciò che è venuto in contatto con la ‘materia cadavere’ e ripristina lo stato di perfezione precedente all’aggressione degli agenti infestanti. In latino la *noxa*³⁵ è il danno, il delitto, la punizione e il *corpus quod nocuit*; nel linguaggio tecnico-giuridico il *noxius* è il colpevole da eliminare³⁶. E vi è anche un istituto giuridico la *noxae deditio* in cui il *pater* o il *dominus* possono liberarsi rispettivamente del *filius* o del *servus* che avessero commesso un illecito consegnandoli al gruppo dell’offeso.

Di qui la necessità di mediazioni complesse tra il delitto e la sua espiazione mediante l’inflizione ritualizzata di pene, che preservino l’integrità di colui che le infligge.

La complessa simbologia delle pene romane dall’epoca arcaica sino a quella classica³⁷ replica la necessità di mantenere una distanza tra il colpevole e il gruppo sociale del quale non fa più parte. Tutto il cerimoniale che accompagna le esecuzioni pubbliche è volto a preservare la collettività dalla contaminazione: l’*homo sacer* è consacrato alle divinità inferi, uccidibile da tutti ma senza che via sia un soggetto designato a sopprimerlo; il condannato muore per sfinimento perché fatto precipitare da una rupe; la vestale che ha violato il voto di castità muore di inedia murata viva con pane e acqua; tutti sono giustiziati nella finzione di lasciare alla divinità, in una sorta di ordalia, l’ultima decisione circa la loro vita. E così è per lo schiavo crocifisso sospeso tra cielo e terra. E l’elenco potrebbe continuare.

Le pene romane richiedono una tale immaginazione maligna che la stessa psicopatologia non sarebbe sufficiente a spiegarle. Del resto gli storici hanno sempre lamentato la *judicial savagery* del diritto penale romano che mal contrasta con l’immenso apparato del *ius civile* così elaborato, differenziato

³⁴ Dopo che i corpi erano stati scarnificati dagli avvoltoi, le ossa erano raccolte e depositate in ossari. Scopo del rito era evitare di contaminare il fuoco, la terra o l’acqua, come inevitabilmente avviene con la cremazione, l’inumazione o l’abbandono dei cadaveri impuri alle acque dei fiumi o dei mari. Erodoto (1.140) descrive tale pratica funeraria come propria dei magi, i sacerdoti della corte achemenide.

³⁵ Cfr. Fest. voce «*noxia*» (Lindsay 186.1) che cita un frammento di Accio (416 Loeb): ‘*Noxa*, peccatum, aut pro peccato poena... – tete esse huic noxae obnoxium.

³⁶ Sen. Clem. 1.13.2; Suet. Vit. 17; Suet. Calig. 27; Suet. Claud. 34; Suet. Ner. 12. Tert. Apol. 15.4: *Plane religiosiores estis in cavea, ubi super sanguinem humanum, super inquinamenta poenarum proinde saltant dei vestri, argumenta et historia noxiis ministrantes, nisi quod et ipsos deos vestros saepe noxii induunt*, sul passo cfr. A. McClintock, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 36 s.

³⁷ Si vedano in particolare la Parte IV *Il castigo* e la Parte V *L’espiazione* in E. Cantarella, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 2005, pp. 105 ss., pp. 143 ss.

e raffinato inevitabilmente teso al vivere civile e a rafforzare gli scambi commerciali.

Ebbene come ha scritto Edgar Wind:

queste crudeltà erano inventate per uno scopo, e lo psicologo che volesse darci a intendere che esse erano sempre concepite per soddisfare un 'piacere disinteressato' concepirebbe la natura umana secondo uno schema troppo semplice. La forma stessa della croce allude a un'idea di un ordine cosmico e sarebbe priva di senso se la vittima non fosse sacrificata per uno scopo cosmico³⁸.

Per concludere, la ritualità delle pene arcaiche (che si ripropone anche in molte pene più tarde) esclude la vendetta privata inadeguata a reggere tutte le risonanze cosmiche del castigo, e ci riconduce ancora una volta in ambito iranico. Bruce Lincoln, per mostrare il contorto nesso tra gli ideali più alti e la violenza brutale, ricorda la tortura fatta infliggere dal Re Artaserse II (re dal 404 al 359 a.C.) a un soldato persiano. La tortura, riportata dal medico greco Ctesia è nota come «tortura della madia»³⁹: il condannato veniva rinchiuso in una sorta di cassa di legno con dei buchi da cui potevano sporgere solo la testa, le mani e i piedi.

Una volta che il soldato venne rinchiuso in questa trappola, gli sgherri del re lo nutrono con cibi puri [latte e miele] lasciando che gli escrementi si accumulassero. Le feci non solo puzzavano ma generavano vermi, bachi ed insetti che brulicavano sulla carne della vittima e lentamente la corrodevano, aprendosi strada verso gli organi vitali. Dopo diciassette giorni lo sfortunato soldato morì e la cassa fu aperta perché tutti potessero vedere. Scrive Lincoln: «per quanto ripugnante possa sembrarci, questo atroce spettacolo era concepito a scopo didattico. Il suo significato e la sua motivazione erano profondamente religiosi»⁴⁰. Il soldato non era stato ucciso dagli sgherri, anzi era stato nutrito con gli alimenti più puri. La sua morte e decomposizione erano la dimostrazione del male che lo aveva infettato. Questo spettacolo di orrore – dice Lincoln – era la controparte dell'autorappresentazione del potere achemenide come «paradiso» (avestico *pairidaēza*), un giardino di sogno, armonicamente costruito per creare un'atmosfera di pace, tranquillità, rilassamento e benessere, che prefigurava la beatitudine della fine dei tempi cui tendeva l'impero.

Sia per Roma che per il mondo indo-iranico bisogna confrontarsi con la contraddizione profonda tra la grandezza di una visione religiosa che mira alla perfezione e le pene brutali intrise di violenza che accompagnano e sorreggono il mantenimento di tale visione.

³⁸ E. Wind, *La crocifissione di Aman*, in J.G. Frazer, *La crocifissione di Cristo*, Macerata, Quodlibet, 2007, p. 110.

³⁹ Ctesia, *Storia della Persia e l'India*, 7.1.

⁴⁰ B. Lincoln, *Religione, impero, tortura*, E. Höbenreich (a cura di), tr. it. M. Peinhopf, Lecce, Il Grifo, 2019, pp. 43 ss.

E infatti non a caso *castigare*, come scrive Umberto Curi, viene da *castus* la cui origine «segnala con chiarezza che la funzione attribuita al castigo è quella di ripristinare la purezza originaria, restituendo una perfezione violata»⁴¹.

Per *castus*, usato sia come sostantivo che aggettivo sostantivato, i linguisti hanno suggerito un possibile rapporto con il sanscrito *çiṣṭáh* «ben vestito, educato, istruito»⁴²; che in ogni caso però si sarebbe incrociato con un derivato da *careō* «non avere, essere privo» su cui si sarebbe innestato.

Anche *castus* ci trasporta nella dimensione religiosa, nella sfera della purezza. Un frammento di un verso di Nevio mostra la vicinanza tra cose divine e *castus*: *res divas edicit, praedicit castus*; mentre Varrone riteneva che *et religiones et castus id possunt, ut ex periculo eripiant nos*, «le norme religiose e i *castus* hanno questo potere, ci sottraggono ai pericoli»⁴³. I *castus* sarebbero, secondo Maurizio Bettini⁴⁴, norme che fanno parte della tradizione religiosa, tali da essere solennemente “prescritte” da un qualche personaggio mitico o divino, cui è attribuita una pratica con una efficacia concreta finalizzata a “sottrarre ai pericoli”. Di conseguenza l’azione di *castigare* – letteralmente “riportare alla regola, alla norma prescritta” – ci riporta nuovamente alla stessa costellazione concettuale che abbiamo visto agire dietro il rapporto fra *ius* e *yaoš* da un lato, *noxa* (con i suoi derivati) e *nasu-* dall’altro. In gioco c’è sempre il rischio della contaminazione, della perdita di purezza, che deve essere *castigata* nel senso di essere riportata al *castus* che la governa.

Conformarsi ai riti, come lo scrupolo religioso (*religio*) e la perizia giuridica (*prudentia*) impongono, dare ai riti la loro “veste adeguata”, si incontra con la necessità di rendere ‘priva’ la comunità dalla colpa, di aspirare alla purezza. Anche in questo caso, come lo era stato per *ius* e *yaoš*, la divergenza semantica nell’etimologia di *castus* è forse solo apparente. Le più antiche attestazioni di *castigare* nelle commedie di Plauto esplicitamente collegano il verbo alla punizione/correzione di una colpa: *noxia*⁴⁵.

⁴¹ Curi, *Il colore dell’inferno*, cit., pp. 105 ss.

⁴² Voce «*castus*», in A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire etymologique de la langue Latine: Histoire des mots*, Paris, Librairie C. Klincksieck, 1959, p. 104; cfr. J. Vendryes, *Le type thématique à redoublement en indo-européen*, Paris, Champion, 1916, p. 272.

⁴³ Nev. *Bell. Pun.*, fr. 50 Mariotti; Varr. apud Non. 197, 16 ctr.

⁴⁴ M. Bettini, *L’incesto a Roma (e non solo): un crimen indicibile*, in S. Quadrelli E. Subrani (a cura di), *Figli di Eolo: il motivo mitico e letterario dell’incesto tra antico e moderno*, Ravenna, Longo, 2020, pp. 49 ss.

⁴⁵ Plaut. *Trinum.* vv. 23-24. *Amicum castigare ob meritam noxiam / inmoenest facinus, verum in aetate utile / et conducibile*; vv. 215-216. *Ego de eorum verbis famigeratorum insciens / Prosilui amicum castigatum innoxium*.

Pierangelo Buongiorno

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

1. Agli inizi del settembre del 16 d.C. si celebrò a Roma, dinanzi al senato, un processo di lesa maestà contro Marco Scribonio Libone Druso, un giovane senatore accusato di aver cospirato contro l'imperatore Tiberio e di aver altresì fatto ricorso a pratiche vaticinatorie per conoscere le sorti del principe.

Libone Druso si sottrasse alla morte suicidandosi il 13 settembre. Nonostante il processo andò avanti e il senato, oltre a dividere i beni di Libone Druso fra i suoi accusatori, dichiarò *dies festus* il giorno del suo suicidio. Stando a quanto riferisce Tacito¹, il senato decise anche di espellere dall'Italia *mathematici e magi* e condannò a morte due sodali di Libone Druso, Lucio Pituanio e Publio Marcio. Pituanio fu precipitato *e saxo*, mentre invece Marcio fu decapitato fuori da Porta Esquilina, secondo un costume antico (*mos priscus*) che accompagnava l'esecuzione con un rituale squillo di tromba.

La differenza delle due modalità di esecuzione è stata da alcuni spiegata ipotizzando che uno dei due condannati non fosse romano², ma in realtà l'onomastica di entrambi suggerisce il contrario. La varietà delle due pratiche di esecuzione va quindi rintracciata, forse, nella volontà dell'assemblea senatoria di rimarcare una delle due sanzioni, in un momento in cui le condotte oggetto di repressione non conoscevano ancora una disciplina unitaria.

Più in generale si potrà osservare come, sebbene la materia del *crimen maiestatis* fosse stata relativamente di recente riformata da una *lex Iulia* votata dal concilio della plebe su *rogatio* dell'imperatore Augusto³, l'affaire di

¹ Tac. *ann.* 2.32.3: *facta et de mathematicis magisque Italia pellendis senatus consulta; quorum e numero L. Pituanius saxo deiectus est, in P. Marcium consules extra portam Esquilinam, cum classicum canere inssissent, more prisco advertere.*

² A. Schilling, *Poena extraordinaria. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010, p. 125.

³ Per una prima informazione sulla quale sempre utile resta G. Rotondi, *Leges publicae populi*

Libone Druso e dei suoi complici fu soltanto il primo passo della sussunzione della divinazione e dell'esperienza di pratiche magiche contro il principe all'interno di questo *crimen*.

E il ruolo nomopoietico del senato in queste dinamiche, attraverso deliberazioni che prendevano spunto da casi concreti, talvolta giungendo però a novellare i testi delle *leges publicae*, rendeva possibile che i *patres* recuperassero modelli propri della tradizione più antica, che spettacolarizzavano il castigo soprattutto se pertinente all'esecuzione della pena capitale, recando con sé una indubbia efficacia deterrente.

Una funzione di esemplarità che dunque, a maggior ragione, si veniva a giustificare nel quadro del sanzionamento di reati che oggi definiremmo "politici", nel quadro di un primo e rudimentale declinarsi di un "diritto penale del nemico"⁴.

Vi è infatti da chiedersi per quali ragioni Publio Marcio fosse stato condannato all'esecuzione rituale *extra portam Esquilinam*, mentre Lucio Pituanio alla *deiectio e saxo*, atteso che entrambi questi soggetti si sarebbero resi responsabili di atti ricondotti alla sfera della lesa maestà.

Prima di rispondere a questa domanda, però, è necessario esaminare un gruppo abbastanza articolato di fonti relative al mito di Tarpea, ossia la vergine romana che avrebbe dato il nome alla rupe, al *saxum*, da cui le *deiectiones* avevano luogo. Un mito per il quale, per lo più a partire dalla fine di I secolo a.C., le fonti di tradizioni manoscritte documentano una significativa riviviscenza⁵.

Romani, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, p. 453.

⁴ Amplicissima è la letteratura sulla nozione di "Feindstrafrecht", introdotta dalla riflessione di Günther Jakobs fra la metà degli anni '80 e la fine del secolo scorso (G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung [Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985]*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 97, 1985, pp. 751-785; Id., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Hgg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, C.H. Beck Verlag, 2000, pp. 47-56). Molto efficaci, per una sua succinta definizione, gli spunti offerti da M. Donini, M. Papa, *Prefazione*, in Eid. (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. X: «Il diritto penale del nemico [...] è una categoria dottrinale che attiene a vari fenomeni legislativi e di politica criminale, anche di matrice giudiziaria, dove la neutralizzazione, l'annientamento, la guerra contro fenomeni e persone pericolose attraverso il "diritto" penale e processuale penale (e non semplicemente mediante la politica, la polizia, l'azione amministrativa e di governo etc.), attraggono in modo pressoché esclusivo la risposta punitiva dello Stato, vanificando il diritto della colpevolezza, della proporzione retributiva, della rieducazione, del reinserimento sociale etc.». Per un bilancio su questa dottrina, oltre ai saggi collazionati da Donini e Papa, e la bibliografia ivi citata, vd. anche L. Greco, *Feindstrafrecht*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2010.

⁵ Per un inquadramento generale del problema, oltre al fondamentale saggio di A. La Penna, *Tarpea, Tito Tazio, Lucomedi. Ipotesi su antiche leggende romane*, «Studi Classici e Orientali», 6, 1957, pp. 112-133 (a cui si rinvia, oltre che per le origini del rapporto romano-sabino, anche per i nessi del mito di Tarpeia con mitologie parallele di area greca), si vd. ora T.S. Welch, *Tarpeia. Workings of a Roman Myth*, Columbus, The Ohio State University Press, 2015.

2. Il primo testo sul quale conviene richiamare l'attenzione è un brano del primo degli *Ab urbe condita libri* dello storico Tito Livio, composto intorno al 27 a.C., e che riferisce della guerra fra la nascente Roma e i Sabini di Tito Tazio. Scrive Livio (1.11.5-9):

Nouissimum ab Sabinis bellum ortum multoque id maximum fuit; nihil enim per iram aut cupiditatem actum est, nec ostenderunt bellum prius quam intulerunt. Consilio etiam additus dolus. Sp. Tarpeius Romanae praeerat arci. Huius filiam virginem auro corrumpit Tatius ut armatos in arcem accipiat; aquam forte ea tum sacris extra moenia petitum ierat. Accepti obrutam armis necavere, seu ut vi capta potius arx videretur seu prodendi exempli causa ne quid usquam fidum proditori esset. Additur fabula, quod volgo Sabini aureas armillas magni ponderis brachio laevo gemmatosque magna specie anulos habuerint, pepigisse eam quod in sinistris manibus haberent; eo scuta illi pro aureis donis congesta. Sunt qui eam ex pacto tradendi quod in sinistris manibus esset directo arma petisse dicant et fraude visam agere sua ipsam peremptam mercede.

Dopo alcuni anni dalla sua fondazione, Roma aveva subito dai Sabini un attacco, e questa fu senza dubbio la più importante fra le guerre combattute sino a quel momento: i Sabini non agirono infatti mossi da risentimento o ambizione, ma in modo fraudolento e lucido. Sicché la figlia di Spurio Tarpeio, il romano che comandava la cittadella (l'*arx*), finì per essere corrotta dall'oro del re sabino Tito Tazio e fu indotta a far entrare un drappello di Sabini armati all'interno della fortezza.

Ella aveva infatti incontrato i Sabini mentre andava fuori dall'*arx* ad attingere acqua per i culti rituali e sarebbe stata attratta dai braccialetti d'oro che i Sabini erano soliti portare al braccio sinistro insieme con anelli tempestati di gemme: la ragazza avrebbe dunque pattuito come prezzo del suo tradimento «ciò che essi portavano al braccio sinistro». Per parte loro, i Sabini, dopo essere entrati nell'*arx*, avrebbero sepolto la ragazza sotto i loro scudi, che pure portavano al braccio sinistro. A tale condotta fraudolenta dei Sabini Livio dava due spiegazioni: sia il voler trasmettere l'idea che la cittadella fosse stata conquistata più con la forza che con qualsiasi altro mezzo, sia il voler fornire un esempio in modo che più nessun traditore potesse contare sulla parola data (*seu prodendi exempli causa ne quid usquam fidum proditori esset*).

Ovviamente su questi giudizi, e in particolare sul secondo, pare gravare una valutazione moraleggiante formulata *ex post* dallo stesso Livio, che avrebbe riflettuto un giudizio di disvalore nei confronti di Tarpea, che usciva dunque rappresentata dal resoconto dello storico della propaganda augustea come una traditrice del popolo romano, pur facendone parte⁶.

⁶ Per un esame del giudizio moralistico di Tarpea su Livio vd. T.S. Welch, *Perspectives On and Of Livy's Tarpeia*, «EuGeStA», 2, 2012, pp. 169-200, poi ripreso (con qualche variante) in Ead., *Tarpeia* cit., pp. 135-166. Meno convincente pare invece la lettura di M. Müller, *Die fiktionale Markierung der Legende von Tarpeia bei Livius* (1, 11, 5-9), «Philologus», 158.2, 2014, pp. 306-319, secondo cui la

Tale costruzione non doveva però essere pienamente condivisa. D'altra parte, come già suggerisce la prosecuzione del testo liviano, sul mito di Tarpea vi era una molteplicità di tradizioni, anche con significative varianti. Alcuni autori, di cui egli non registra il nome, avrebbero infatti riferito che Tarpea avesse espressamente optato per gli scudi e che i Sabini l'avessero uccisa seppellendola con questi credendo che la donna li volesse tradire. Variante, quest'ultima, che Livio registra senza troppa convinzione, e nella quale si intravedono le tracce di una valutazione complessivamente assolutoria della condotta di Tarpea.

Pressoché coeva alla stesura dell'opera liviana è quella delle *Antichità romane* (la Ῥωμαϊκὴ ἀρχαιολογία) di Dionigi di Alicarnasso, autore di lingua greca trasferitosi a Roma dalla Caria nel corso dell'età triumvirale. Dionigi non soltanto dedica un lungo *excursus* alla vicenda di Tarpea (2.38-40), ma registra la paternità delle due diverse tradizioni che rintraccia intorno alla sorte della fanciulla. Il che ci permette di verificare come la tradizione che vedeva in Tarpea una traditrice (per intenderci, quella a cui Livio accede) fosse ascrivibile alla più antica annalistica, e specificatamente a Fabio Pittore e a Cincio Alimento. Viceversa, un autore della cosiddetta seconda annalistica, quella d'età graccana, e cioè Lucio Calpurnio Pisone Frugi, avrebbe raccontato come Tarpea, con la sua condotta, avesse con astuzia cercato di disarmare i Sabini; l'araldo, al quale aveva chiesto di informare Romolo, affinché intervenisse contro i Sabini disarmati, avrebbe però tradito e, invece di informare i Romani, si sarebbe recato presso i Sabini: questi, sdegnati, dopo aver violato l'*arx* avrebbero colpito con violenza Tarpea fino a seppellirla con i propri scudi.

E sarebbe stato per questo motivo che i Romani avrebbero quindi celebrato Tarpea, seppellendola nel luogo in cui era caduta e celebrandone la memoria con libagioni. Dionigi mostra di credere a questa tradizione perché «proprio i fatti successivi alla morte rendono più verosimile il giudizio di Pisone», giacché «se Tarpea fosse morta tradendo la sua patria non avrebbe ottenuto nessuno di questi onori da coloro che ne erano stati traditi»⁷, ossia i Romani.

riproposizione del mito avrebbe avuto in Livio sostanzialmente la funzione di dimostrare l'inattendibilità delle fonti relative alle origini di Roma, già denunciata nella *praefatio* (Liv. 1.praef.2).

⁷ Dion. Hal. 2.40. In ogni caso mi pare improbabile, a differenza di quanto sostenuto da E. Cantarella, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, Feltrinelli, 2011, pp. 247 e 375 nt. 4, che Fest. 464 L. comprovi che le vergini vestali celebrassero riti per Tarpea. La glossa festina è infatti sin troppo lacunosa per ogni speculazione. Per nulla convincente mi sembra, inoltre, la disamina offerta da L. Traversa, *I discorsi sulla patria tra II e I secolo a.C.: il contributo dei populares*, «FuturoClassico», 6, 2020, pp. 112-113 nt. 60 che, fondandosi non già sull'esame del testo di Dionigi, bensì su una cattiva interpretazione, e di seconda mano, di C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, Gallimard, 1976, pp. 37-39, giunge ad affermare che «Lucio Calpurnio Pisone Censorio [*sic!*] Frugi, eleva [...] Tarpea a eroina, senza il (cui) contributo Romolo non avrebbe diviso il regno con Tito Tazio e la *civitas* romana non avrebbe dato prova sin dalle origini di un'identità completa, inclusiva», per poi concludere che «l'episodio di Tarpea

A rendere ancora più complessa la nostra percezione del mito di Tarpea concorre poi la quarta elegia del quarto libro del poeta di età augustea Properzio. Nei suoi versi, composti certamente fra il 23 e il 16 a.C., Properzio arricchisce il mito di dettagli: lo colloca cronologicamente nella notte che precede il giorno dei *Parilia*, la festa che celebra la nascita di Roma il 21 aprile, e soprattutto (come già Varrone) rappresenta Tarpea come una sacerdotessa vestale, innamoratasi di Tito Tazio. Sicché il tradimento del popolo romano, se da un lato è aggravato dalla violazione dei precetti di verginità connessi al sacerdozio della dea Vesta, dall'altro risulta sensibilmente attenuato dalla passione che travolge la vergine per il re sabino. A guardar bene, però, fra le pieghe properziane rimane, tetragona, la tradizione che rimonta alla prima annalistica: Tarpea tradisce Roma (v. 87: *Prodiderat portaeque fidem patriamque iacentem*), i Sabini ne approfittano ma disdegnano la traditrice (v. 89: *neque enim sceleri dedit hostis honorem*) condannandola ad una morte violenta, che passa attraverso la sepoltura sotto gli scudi. Una morte che, commenta lo stesso Properzio facendosi portatore di un biasimo che doveva essere di percezione comune in Roma, è la giusta ricompensa dei servizi resi da Tarpea (v. 92: *Haec, virgo, officiis dos erat apta tuis*). Ma ancora più interessante è l'ultimo distico del componimento properziano (vv. 93-94: *A duce Tarpeia mons est cognomen adeptus. / O vigil, iniustae praemia sortis habes*), in cui retributive della condotta infame di Tarpea non sono soltanto la morte e il *turpe sepulcrum* citato al v. 1, ma anche il fatto che il colle abbia preso il nome di lei⁸. Qui Properzio riflette, nel suo poetare che si fa sfumato, la plurivalenza – nella società romana del proprio tempo – del mito di Tarpea; il sintagma *iniusta sors* può infatti alludere al trattamento sleale riservato alla donna da Tito Tazio (e dunque al tradimento che è ripagato con il tradimento), come pure un riferimento alla casualità che ella si fosse innamorata di un nemico, ma nondimeno all'ingiusta sorte di avere per sempre il nome di quel luogo di cui ella era stata cattiva custode⁹.

assum(a) così il valore di mito fondativo». Ma in generale questo studio, come d'altro canto ampia parte della produzione di questo autore, lascia adito a forti dubbi, soprattutto attesa la tendenza alla modernizzazione forzosa delle dinamiche antiche (basterà segnalare, con riferimento al contributo in esame, la convinzione dell'a. [p. 118 e nt. 76] secondo cui «le fonti letterarie» ascriverebbero a Tarpea la «colpa [sic!]» della «rivelazione di segreti di Stato al nemico (*arcana/ secreta imperii*)»; premesso che le fonti nulla dicono al riguardo, né adoperano i sintagmi isolati dall'autore, è la nozione di “segreti di Stato” che non si addice in nessun modo all'età romana, e massimamente all'epoca arcaica).

⁸ Di più difficile interpretazione è invece il *Tarpeium nemus* pure menzionato in Prop. 4.4.1 (*Tarpeium nemus et Tarpeiae turpe sepulcrum*); da taluni *nemus* è corretto in *scelus*, stabilendo così un nesso tra colpa e punizione. Tuttavia, poiché una delle tipicità della poesia eziologica è quella di trarre spunto da un luogo-oggetto, la lezione *nemus* pare poter essere ritenuta coerente al contesto spaziale-topografico del versante del clivo capitolino su cui insisteva la rupe che da Tarpea avrebbe preso il nome, come ha ben messo in evidenza C. Conese, *Properzio 4.4: topografia di un mito*, «Prometheus» 44, 2018, pp. 149-166.

⁹ In ogni caso risulta difficile seguire, tanto più perché priva di reali addentellati nelle fonti, la

La varietà di tradizioni intorno a Tarpea sorprende anche un lettore attento come Plutarco, greco di Cheronea, vissuto a cavaliere fra I e II secolo d.C., che dedica all'episodio un lungo *excursus* nella *vita Romuli*¹⁰. Plutarco accede anch'egli alla tradizione annalistica più antica, di Tarpea traditrice di Roma perché bramosa di impossessarsi dei bracciali d'oro di cui i Sabini avrebbero ornato il braccio sinistro e poi rimasta sepolta sotto gli scudi di questi, sdegnati dalla sua condotta vile. Nondimeno, però, il dossografo si affanna a respingere una serie di varianti: quella che avrebbe voluto che Tarpea fosse ella stessa a capo dell'*arx* e non suo padre, e poi ancora (soprattutto), quella (risalente allo storico greco Antigono, vissuto nella prima metà di II secolo a.C.) che avrebbe voluto Tarpea essere la figlia di Tito Tazio, e poi ancora quella – ritenuta da Plutarco piuttosto inverosimile – del poeta greco Similo, che agli inizi di I secolo a.C. aveva collocato le vicende di Tarpea in concomitanza con il grande assedio gallico del 390 a.C., facendo cenno, peraltro, al desiderio della fanciulla di «divenire la legittima sposa del re dei Galli» (Plut. *Rom.* 17.6: Κελτῶν ἢ στέρξασα γαμήλια λέκτρα γενέσθαι). Al di là dello slittamento cronologico dell'episodio, che forse si spiega con la maggiore risonanza – agli occhi di un provinciale come Similo – dell'incendio gallico che non di una vicenda fumosa e lontana nel tempo come la guerra fra Romani e Sabini¹¹, in questa variante del mito rigettata da Plutarco si rinviene la traccia di quella connotazione erotica a cui attinge anche Properzio.

Plutarco mostra invece maggiore interesse per altri due aspetti. Una notizia, riferita dallo storico della prima età imperiale Sulpicio Galba e ripresa da una fonte intermedia, secondo cui anche il padre di Tarpea, Spurio Tarpeio, fu perseguito da Romolo e condannato per tradimento (Plut. *Rom.* 17.5: ἐάλω δὲ καὶ Ταρπήιος προδοσίας ὑπὸ Ῥωμύλου διωχθεὶς, ὡς Ἴόβας φησὶ Γάλβαν Σουλπίκιον ἱστορεῖν). Questa notizia, isolata nella tradizione, sembra essere traccia di una ridefinizione piuttosto tarda, quasi a voler 'rinforzare' la stretta connessione fra il mito di Tarpea e la nozione di tradimento (προδοσία). E infatti, precisa ancora Plutarco (*Rom.* 18.1), sebbene Tarpea fosse stata seppellita lì dove era morta, allorché Tarquinio il Superbo consacrò a Giove l'intero clivo, questo perse il nome di Tarpeio, e assunse quello di *Capitolium*, con la sola eccezione di una rupe di questo colle, «che ancora oggi chiamano Tarpea e

lettura di recente proposta da J. Neel, *Tarpeia the Vestal*, «Journal of Roman Studies», 109, 2019, pp. 103-130, secondo cui le dissonanze tra Varrone e Properzio si spiegherebbero nel senso che «Varro considered Tarpeia a non-Roman Vestal whose Vestal status supported the state».

¹⁰ Plut. *Rom.* 17.2-18.1. Per un esame di dettaglio del testo vd. anche Welch, *Tarpeia* cit., pp. 258-283.

¹¹ Ma per ulteriori traslazioni del mito sabino nella narrazione dell'assedio gallico vd. anche, con riferimento alla vicenda della *porta Pandana*, i testi di Polyæn. 8.25.1 e Fest. 496 L., su cui F. Marcattili, «...quod semper pateret». *La porta Pandana, la porta Carmentalis e l'asylum*, «Rev. Arch.», n.s. 1, 2014, pp. 71-88, part. pp. 72-73.

da cui gettano giù i κακούργοι» (καὶ τοῦνομα τῆς Ταρπηίας ἐξέλιπε: πλὴν πέτρων ἔτι νῦν ἐν τῷ Καπιτωλίῳ Ταρπηίαν καλοῦσιν, ἀφ' ἧς ἐρρίπτουν τοὺς κακούργους).

Se la nozione di κακούργοι (alla lettera i ‘malfattori’) nella lingua greca di età imperiale, e segnatamente nel lessico di Plutarco, non ci permette di meglio qualificare la natura dei *crimina* per i quali questi soggetti erano stati condannati alla pena capitale, la sopravvivenza del nome di Tapeia come toponimo di una sola rupe del colle capitolino, senz'altro attuale al tempo di Plutarco, risulta documentata già nel *De lingua Latina*, opera dell'antiquario Marco Terenzio Varrone, pacificamente datata alla metà degli anni 40 del I secolo a.C. Come precisa Varrone (*ling. Lat.* 5.41),

hi[n]c mons (Capitolium, *scil.*) ante Tarpeius dictus a virgine Vestale Tarpeia, quae ibi ab Sabinis necata armis et sepulta: cuius nominis monumentum relictum, quod etiam nunc eius rupes Tarpeium appellatur saxum.

Nelle parole di Varrone si intrecciano, ancora una volta, tradizioni diverse. Vi è la rappresentazione di Tarpea come di una vestale, poi ripresa da Properzio, ma nulla si dice, quantomeno esplicitamente, del tradimento della donna. Si ricorda però come il nome di Tarpea avesse funzione monitoria, e per questo motivo ancora al tempo di Varrone la rupe del Campidoglio fosse chiamata *Tarpeium saxum*. E, risalendo a ritroso, si giunge fino agli inizi del I secolo a.C., e cioè al tempo in cui fu composta la *Rhetorica ad Herennium*, che è la testimonianza più risalente nel tempo della denominazione del *saxum* del Campidoglio come *Tarpeium*¹².

3. Insomma, nel panorama delle nostre fonti le tradizioni si mescolano, e pur nella diversità di dettagli intorno al mito di Tarpea rimane ferma l'immagine del tradimento. Un'immagine rinsaldatasi in epoca augustea, con l'avvento della tradizione storiografica liviana, destinata a obliterare le varianti della seconda annalistica, e ad essere recepita per esempio da Verrio Flacco¹³ come pure da Valerio Massimo (9.1.7), che assorbe il giudizio fortemente negativo sulla *impia proditio* di Tarpea.

Questo giudizio – solo in minima parte stemperato dal movente erotico del tradimento e dalla lettura pertanto parzialmente assolutoria di Properzio – sarà veicolato, oltre che da antiquari e dossografi, anche dai poeti, che a partire da Virgilio¹⁴, e passando anche per quelli meno allineati alla *maiestas* dell'imperatore, come per esempio Ovidio, Lucano e Marziale, e ancora altri

¹² *Rhet. ad Her.* 4.43: *Id aut ab inventore conficitur, ut si quis, de Tarpeio loquens, eum Capitolinum nominet...*

¹³ Ma la glossa verrina assorbita da Fest. 464 L. è decisamente lacunosa.

¹⁴ Verg. *Aen.* 8.347-348: *hinc ad Tarpeam sedem et Capitolia ducit / aurea nunc, olim siluestribus horrida dumis*, da leggersi in coordinato con il relativo commento di Servio.

più vicini alle anticamere del potere (su tutti Silio Italico e Papinio Stazio), unanimi alludono in modo più o meno scoperto al mito di Tarpea come al racconto di un tradimento e descrivono il *Tarpeium saxum* come il luogo di esecuzione di quanti si fossero resi colpevoli di condotte riconducibili a questo genere di crimine.

Il mito di Tarpea come mito ancipite, dunque. Se, da un lato, la prima annalistica aveva trasferito in una prima forma di narrazione storica delle tradizioni orali, che recavano con sé un certo giudizio di disvalore, è invece possibile che Lucio Calpurnio Pisone Frugi avesse riformulato il mito di Tarpea in chiave assolutoria, in quanto nei suoi *Annales* egli si proponeva di descrivere la pretesa onestà della Roma delle origini in contrapposizione alla corruzione dei costumi che, nella seconda metà del II secolo a.C., dilagava in Roma¹⁵. È possibile che questa operazione ideologicamente orientata non fosse isolata, ma si inserisse in un solco che, in quel torno di tempo, intendeva riabilitare la figura di Tarpea¹⁶. Un lemma di Verrio Flacco recepito da Festo registra la convinzione di alcuni che la statua di una vergine collocata nel tempio di Giove Statore (fatto edificare nel foro da Quinto Cecilio Metello Macedonico nel 145 a.C.) fosse quella di Tarpea:

Tarpeiae esse effigiem ita appellari putant quidam in aede Iovis Metellinae, eius videlicet in memoriam virginis, quae pacta a Sabinis hostibus ea, quae in sinistris manibus haberent, ut sibi darent, intro miserit eos cum rege Tatio (Fest. 496 L.).

Ma appunto, alcuni ritenevano (*putant quidam*), che di Tarpea vi fosse una statua, e quindi a suo modo un culto; ma evidentemente intorno a tutto questo, se non altro al tempo di Verrio, e dunque in età augustea, non doveva esservi consenso rispetto allo scollamento dalla tradizione antica che voleva di Tarpea una traditrice (al punto che, come registra Plut. *Rom.* 18.1, il re Tarquinio ne avrebbe rimosso la tomba).

Come ha osservato icasticamente Eva Cantarella, «Tarpea tradì la patria e, per questo, morì. Quali furono le ragioni che la indussero a tradire poco importa [...]. E parimenti poco importa che [...] ella morisse per mano del nemico»; tale circostanza non avrebbe fatto altro che sottolineare l'insegnamento secondo cui anche chi tragga vantaggio dal tradimento disprezzi colui che ha tradito al punto da mandarlo a morte¹⁷.

¹⁵ In tal senso vd. ora T.J. Cornell, *The Fragments of the Roman Historians*, vol. III. *Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 197 (*ad fragm.* 7 Cornell).

¹⁶ È forse in questo quadro che potrebbe essere maturata la rappresentazione di Tarpea come di una Vestale: una tradizione a cui accede anche Plut. *Numa* 10.1, che però colloca la consacrazione di una Vestale di nome Tarpea proprio sotto il secondo re. Per le difficoltà che questo testo comporta vd. almeno H. Seng, *Tarpeia Vestalis*, «Hermes», 143.2, 2015, pp. 179-181.

¹⁷ Così Cantarella, *I supplizi capitali* cit., p. 248.

È sull'antichità di tale precetto che riposano i riti di *deiectio*: una modalità di esecuzione della pena capitale che, sin dalle origini della *libera res publica*, risultano riservate latamente ai soggetti macchiatisi di colpe riconducibili ad una significativa rottura della *fides publica*.

C'è tuttavia da interrogarsi sul momento a partire dal quale il *saxum* che avrebbe preso il nome di *Tarpeium* sarebbe stato adoperato in tal senso. Già il patrizio Gaio Marcio Coriolano, nel 491 a.C., avrebbe rischiato di essere precipitato per essersi rifiutato di presentarsi dinanzi ai tribuni della plebe durante una carestia. L'esecuzione non avrebbe poi avuto luogo, ma in ogni caso, secondo la tradizione, Coriolano avrebbe meritato di morire per precipitazione per aver attentato ai diritti riconosciuti alla plebe¹⁸.

Incerto è anche se dalla rupe Tarpea fosse effettivamente stato precipitato anche Spurio Cassio Vecellino, console per la terza volta nel 486 a.C. e autore di una legge agraria approvata con una certa ostilità del senato. Nel 485 a.C. Spurio Cassio fu processato dai questori Cesone Fabio Vibulano e Lucio Fabio Potito (poi destinati a divenire consoli negli anni successivi) e condannato alla precipitazione dalla rupe Tarpea, con la pena accessoria della confisca dei suoi beni e la distruzione della sua casa. Tuttavia, secondo una tradizione a cui attinge Dionigi di Alicarnasso (*ant.* 8.79), accusato dal proprio padre di aspirare alla tirannide, Spurio Cassio sarebbe stato ucciso da quest'ultimo a seguito di un *iudicium domesticum*. Anche in questo caso non è rilevante se davvero Spurio Cassio fosse stato precipitato dalla rupe Tarpea, ma ancora una volta ciò che viene in rilievo è il fatto che, a partire da un determinato momento, la sua vicenda fosse percepita come una rottura del rapporto di *fides*, in questo caso tra il magistrato, l'assemblea senatoria e l'ordine patrizio più in generale.

Discusso è anche se dalla rupe fosse stato eiettato, nel 384 a.C., il console patrizio Marco Manlio Capitolino. Questi, accusato dai patrizi stessi di aspirare all'instaurazione di una tirannide, fu ucciso con il consenso tacito dei plebei. La tradizione è tuttavia discorda, perché solo una parte delle nostre fonti ci dice che egli fu processato (addirittura due volte, riuscendo assolto la prima volta) come *perduellis* e quindi precipitato dalla rupe Tarpea: infatti secondo la tradizione cui accedeva Cassio Dione (frg. 25.2 Boiss.) Capitolino sarebbe stato assalito e ucciso da Furio Camillo. Vi è insomma, ancora una volta, incertezza sull'effettivo uso della precipitazione come strumento di esecuzione della *poena capitis*.

¹⁸ Plut. *Cor.* 18.3-5. Cfr. Cantarella, *I supplizi capitali* cit., pp. 249-250.

4. Al di là della loro effettiva storicità, infatti, gli *exempla* sin qui passati brevemente in rassegna, al pari delle elaborazioni della prima annalistica intorno al mito di Tarpea, paiono più che altro costituire il retroterra sul quale, a partire da un determinato momento storico collocabile in piena età medio-repubblicana, si sarebbero legittimate esecuzioni cruenti, di soggetti macchiatisi di crimini ai quali fosse sottesa la rottura del rapporto di *fides*.

In concreto, invece, se rivolgiamo lo sguardo ai frammenti della *Lex XII tabularum*, in essi appare evidente come la pratica delle *deiectiones e saxo* fosse, nella alta repubblica, con certezza confinata a due condotte rilevanti sul piano della repressione criminale, ovvero la falsa testimonianza e il furto flagrante (*furtum manifestum*) compiuto dallo schiavo¹⁹. In questo secondo caso, addirittura, lo schiavo è sottoposto alla pena accessoria della fustigazione, prima di essere precipitato, laddove invece, se la flagranza di furto avesse riguardato una persona libera, questi sarebbe stato fustigato e dunque aggiudicato al derubato, in una condizione che non è chiaro se fosse di schiavitù o di *adiudicatio*, sino al risarcimento del danno cagionato dal furto. La precipitazione dello schiavo ladro si può dunque spiegare, forse, come la sua condizione giuridica²⁰, che gli avrebbe impedito di offrire al derubato un *pacisci*, ossia una composizione amichevole.

Ancora più marcatamente connessa alla rottura della *fides publica* appare la *deiectio* cagionata dalla falsa testimonianza. Gell. 20.1.53 è esplicito nel ricordare l'origine di questa forma di esecuzione nel testo della *Lex XII tabularum*:

An putas, Favorine, si non illa etiam ex duodecim tabulis de testimoniis falsis poena abolevisset et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos, quam videmus? Acerbitas plerumque ulciscendi maleficia bene atque caute vivendi disciplinast.

A ragione, Bernardo Santalucia ha osservato che la precipitazione dei colpevoli di falsa testimonianza dalla rupe Tarpea fosse connessa alla peculiare importanza di questo crimine, «lesiv(o) del supremo interesse dei cittadini all'inviolabilità della giustizia»; ed è astrattamente possibile che la disciplina delle *XII Tabulae*, che sembra repressiva della falsa testimonianza in sé, forse anche «nelle dichiarazioni volontariamente emessa contro la verità dal cittadino chiamato a fungere da testimone in un negozio privato»²¹, inasprisse

¹⁹ *XII Tab.* 8.4 (Gell. 11.18.8): *verberibus affici et e saxo praecipitari*; Gai. *inst.* 3.189 parla però, genericamente, di *animadversio*. Per una rassegna bibliografica sul tema vd. B. Santalucia, *Diritto e processo penale in Roma antica*, Milano, Giuffrè, 1998², p. 62 nt. 51, e ora soprattutto M. Miglietta, *Le norme di diritto criminale*, in M.F. Cursi, *XII Tabulae. Testo e commento*, Napoli, E.S.I., 2018, p. 503.

²⁰ Così anche Miglietta, *Le norme di diritto criminale*, cit., p. 503.

²¹ In tal senso ora Miglietta, *Le norme di diritto criminale*, cit., p. 514 e ntt. 265 e 266, ove bibliografia.

la punizione prevista dai *mores* prima della legislazione decemvirale, che sanzionava invece la falsa testimonianza «almeno ove avesse cagionato la condanna di colui contro il quale era stata prestata»²².

D'altra parte, come si è avuto modo di osservare in altra sede, la pena di morte connessa al *falsum testimonium dicere* era vincolata al fatto che il testimone operasse sotto giuramento prestato agli dèi. Si è dunque, evidentemente, di fronte al carattere sacro tipico della sanzione primitiva. La prestazione di un *falsum testimonium* comportava insomma, in altre parole, un'infrazione della *fides*, che costituiva uno dei perni su cui poggiava l'ordinamento della *civitas*, maggiormente in epoca arcaica. Nella coscienza sociale del tempo, dunque, simili evenienze dovevano essere percepite come particolarmente pericolose per la vita stessa della comunità e quindi, per questo, degne di una sanzione esemplare²³, comminata cioè con «funzione general preventiva»²⁴.

Riepilogando, la legislazione decemvirale – che, come è noto, provvede per ampia parte a stabilizzare in forma di testo scritto delle pratiche giuridiche consolidate nel corso dei primi secoli dell'esperienza giuridica romana in forma di *mores* – connotava le pratiche di *deiectio* nel quadro di rotture della *fides*, e quindi astrattamente riconducibili alla nozione di tradimento. Siamo però ancora ben lungi dalla previsione della *deiectio* per le fattispecie di tradimento, che originariamente l'ordinamento romano avrebbe connotato nelle forme di *perduellio* («crimine diretto contro gli dèi protettori della *civitas* e contro la compagine sociale»)²⁵ e di *proditio* («tradimento col nemico»), a cui non erano estranei profili del diritto di guerra)²⁶, essendo le prime usualmente sanzionate con la fustigazione a morte e le seconde con la decapitazione: *proditores* sono per esempio definiti i figli di Bruto che avrebbero cercato di ripristinare il *regnum* con forze estranee a Roma e che non sarebbero stati condannati alla precipitazione.

Le prime forme di *deiectio e saxo* connesse alla *proditio* in ambito bellico sono infatti rintracciabili non prima della seconda guerra punica, in un clima di significativa alterazione dell'ordine politico e sociale e talvolta dell'ordinamento giuridico stesso, in ragione della minacciosa presenza di Annibale in Italia. Livio registra l'esecuzione di 370 disertori nell'anno 214 a.C.²⁷ e poi, nel 212 a.C., la precipitazione degli ostaggi di Turi e di Taranto che aveva-

²² Così Santalucia, *Diritto e processo penale* cit., p. 57, con bibl. alla nt. 40.

²³ Cfr. P. Buongiorno, *Appunti sul ruolo del senato nella repressione del falso a Roma nella prima età imperiale*, in S. Segenni (a cura di), *False notizie, 'fake news' e storia romana*, Milano, Le Monnier Università, 2019, p. 38.

²⁴ Così Miglietta, *Le norme di diritto criminale*, cit., p. 514.

²⁵ Definizione in Santalucia, *Diritto e processo penale* cit., p. 14.

²⁶ Santalucia, *Diritto e processo penale* cit., p. 19.

²⁷ Liv. 24.20.6.

no tentato di fuggire da Roma²⁸. In entrambi i casi i precipitanti sono prima battuti con le verghe (*virgis caesi*), una forma di *verberatio* più lieve, che precede l'esecuzione della *poena capitis* in forme diverse dalla fustigazione a morte²⁹. Nel caso degli ostaggi il tutto avviene con l'approvazione del popolo (*approbante populo*), che evidentemente doveva assistere a queste esecuzioni. Il che esprime appieno la funzione esemplare di queste esecuzioni, non a caso denunciate da alcune comunità magnogreche per la loro *atrocitas*, come lo stesso Livio ricorda (25.8.1).

E dunque, se originariamente, e senz'altro dopo la legislazione decemvirale, le *deiectiones e saxo* avevano risposto all'esigenza di sanzionare, nella loro esemplarità, alcune ipotesi qualificate di rottura sia della *fides privata* (come nel caso del *furtum manifestum* perpetrato dallo schiavo), sia – latamente – della *fides publica* (come appunto il *falsum testimonium dicere*), gli eventi bellici della guerra annibalica avrebbero determinato l'esigenza di estendere a nuove fattispecie, connesse alla grave rottura della *fides publica* attraverso il tradimento bellico, questa pratica di esecuzione della pena capitale³⁰.

È probabilmente in questo quadro, dunque, che annalisti come Fabio Pittore e Cincio Alimento, testimoni oculari delle vicende della guerra annibalica, anche al fine di ridefinire i contorni ideologici di forme di esecuzione affermatesi in via di prassi, avrebbero recuperato e dato profondità al mito di Tarpea, tratteggiandone con mano sicura il suo ruolo di traditrice di Roma in un contesto bellico; e d'altro canto il disdegno per l'avidità di Tarpea si inserisce nel solco delle limitazioni del lusso femminile (e fra queste il divieto di possedere più di mezza oncia d'oro) introdotte dalla *lex Oppia* nel 215 a.C.³¹.

5. Nondimeno, il montante evolversi di forme sempre più pronunciate di rottura della *fides publica* all'interno del corpo civico, nell'ambito di un conflitto politico sempre più acceso, avrebbe nel corso del tempo determinato l'introduzione, nelle tradizioni relative ad altre figure di rilievo della storia di Roma, della loro morte (talora solo tentata, talaltra realizzata) attraverso la precipitazione dalla rupe Tarpea. Ed è in questo senso che gli scollamenti e le varianti nella tradizione, tanto del mito di Tarpea stessa, quanto di Coriolano,

²⁸ Liv. 25.7.13.

²⁹ Con riferimento alla *verberatio* che precede la *securi percussio* vd. Santalucia, *Diritto e processo penale* cit., p. 20.

³⁰ Sul trattamento riservato invece dal senato alle comunità dei *Campani* e degli stessi *Tarentini*, anche attraverso esecuzioni sommarie (operate per i *Campani*, secondo una parte della tradizione, da Fulvio Flacco presso *Capua* a mezzo di *securi percussio*) vd. ora A. Gallo, "La punizione dei vinti". *Dibattiti e decreti senatori su Campani e Tarentini dopo la riconquista (211-208 a.C.)*, «Klio. Beiträge zur alten Geschichte», 100.3, pp. 785-824.

³¹ Devo questi suggerimenti ad Annarosa Gallo, che ringrazio, la quale ha al momento in corso un'indagine, di prossima pubblicazione, sulla vicenda degli ostaggi tarentini precipitati nel 212 a.C.

Spurio Cassio e Manlio Capitolino assumono dunque senso compiuto: si tratta cioè delle tracce di un progressivo rimodellarsi della tradizione di pari passo al progressivo estendersi delle fattispecie sanzionate con la *deiectio e saxo*.

La tradizione è concorde nel registrare che Sesto Lucilio, tribuno della plebe dell'86 a.C. e partigiano di Silla, fu scagliato dalla rupe per ordine di Gaio Mario, in una vicenda connessa alle repressioni contro la parte ottimate ma che resta purtroppo dai contorni poco chiari³²; ma, proprio in ragione di queste incertezze è difficile trarre argomenti nel senso che «l'unico tratto che sembra accomunare i casi in cui il tradimento è punito con la precipitazione (fosse) il suo costante collegamento con il difficile rapporto fra patrizi e plebei»³³. È senza dubbio ragionevole che la rottura della *fides* comportasse la rottura dei patti di cui era garante il *Dius Fidius*, e quindi costituisse una grave violazione nei confronti del dio; tale schema trascendeva però il patto fra l'ordine patrizio e quello plebeo (soltanto uno dei molti patti di cui la divinità era garante) e non vi sono dunque elementi per ricondurre la pratica della *deiectio e saxo* esclusivamente nei termini di una sanzione per la lesione degli interessi plebei³⁴.

Anche la vicenda dello schiavo di Sulpicio Rufo – tribuno che nell'88 a.C. aveva fortemente osteggiato Silla – precipitato *de saxo* per aver tradito il suo padrone durante le proscrizioni, non sembra potersi ricondurre³⁵ alla violazione degli interessi plebei sostanziata nell'uccisione di un tribuno in carica. Il dettato delle fonti pare abbastanza chiaro. Valerio Massimo (6.5.7) qualifica la condotta dello schiavo nei termini di una *proditio (a servo proditum)*, e così anche Plutarco (*Syll.* 10.1: *προδοθεις ὑπὸ θεράποντος*); ancora più chiaramente nella *Periocha* 77 di Livio si registrano le motivazioni dell'esecuzione del delatore: *ob scelus prodicti domini de saxo deiectus est*. Non si fa invece riferimento alla *perduellio*, e questo esclude che si possa pensare a una esecuzione dello schiavo (nel frattempo manomesso³⁶) attraverso un *iudicium de perduellione* promosso dai tribuni della plebe³⁷. Pare anzi piuttosto probabile che la con-

³² Vell. 2.24.2; Plut. *Marc.* 45.3; Liv. *per.* 80.

³³ Cantarella, *I supplizi capitali* cit., p. 263.

³⁴ Come invece mi sembra che faccia Cantarella, *I supplizi capitali* cit., pp. 263-264.

³⁵ Come invece reputa Cantarella, *I supplizi capitali* cit., pp. 263 e 376 nt. 25, sulla scia di J.M. David, *Du Comitium à la roche Tarpéienne. Sur certains rituels d'exécution capitale sous la République, les règnes d'Auguste et de Tibère*, in *Du châtement dans la cité. Suppliques corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9-11 novembre 1982)*, Rome, École Française de Rome, 1984, p. 137.

³⁶ Merita infatti di essere registrato come tutte queste fonti siano concordi nel registrare come lo schiavo fosse stato manomesso come premio per il suo *iudicium* e quindi l'esecuzione fosse quella di un uomo libero; il che sposta l'attenzione dell'esegeta verso i termini della rottura della *fides* nei confronti del *dominus* per il conseguimento di una libertà ottenuta delittuosamente (*cum illo scelere parto pilleo*, secondo il dettato di Valerio Massimo).

³⁷ E d'altra parte non ci sono neppure elementi per sostenere una competenza esclusiva, anche solo per l'età repubblicana, dei tribuni della plebe all'esecuzione delle precipitazioni dalla rupe Tarpea,

danna del liberto fosse stata emanata da Silla esercitando la *coercitio*, atteso peraltro che l'intera vicenda del tradimento di Sulpicio sembrerebbe essersi svolta fuori da Roma e quindi ben lungi dal primo miglio da essa³⁸. Sicché la sfera semantica della *proditio* assume qui i contorni di tradimento “tout court” (anche di chi tradisse la *fides* del proprio *dominus* o patrono, ancorché proscritto³⁹). E questo, come si avrà modo di vedere appena più innanzi, apre le porte agli scenari nuovi della lesa maestà e fa del *proditor* un soggetto da considerare alla stregua di un nemico.

6. A completamento dell'analisi degli aspetti religiosi delle *deiectiones e saxo*, è possibile che abbia ragione Eva Cantarella quando afferma che la morte alla quale sarebbe andata incontro Tarpea, seppellita dal peso degli scudi sabini, sia equivalente sul piano simbolico alle *deiectiones*: in entrambi i casi si tratterebbe di una consegna agli dèi, e prettamente a quelli inferi, attraverso una spinta verso il basso, a cui sarebbero riconducibili anche altre pratiche – variamente attestate nelle fonti – di viviseppoltura e di *deiectio* in acqua⁴⁰. Non è in ogni caso pacifico che le precipitazioni assumessero forma di ordalia: per quanto Festo, nella glossa <*Sepultum m*>*orte meroque*, riferisca di un Lucio Terenzio Tuscivicano⁴¹ uscito vivo dalla precipitazione *de saxo Tarpeio* e al quale sarebbe stata resa salva la vita⁴², la estrema lacunosità anche di questa glossa impedisce di leggere con certezza, in questa vicenda, una «ordalia come giudizio divino successivo all'irrogazione di una 'penalità sous condition'»⁴³.

La dimensione religiosa delle *deiectiones e saxo* sarebbe stata, insomma, antica; ma il diffondersi di questa pratica oltre i confini tracciati dalla legislazione decemvirale solo a partire dalla fine di III secolo a.C. avrebbe fatto sì che questa sfera rimanesse tutto sommato delimitata, anche in ragione delle resistenze di almeno parte della tradizione (si pensi alla narrazione annalistica

come invece riteneva Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899, pp. 931-933.

³⁸ Liv. *per. 77*: *P. Sulpicius cum in quadam uilla lateret, indicio serui sui retractus et occisus est.*

³⁹ In questo senso anche A. Thein, *Sulla and the Tarpeian rock*, «Ancient Society», 45, 2015, pp. 171-186.

⁴⁰ Cantarella, *I supplizi capitali* cit., pp. 252-258, 265 (in cui si valorizzano anche Sen. *Rhet. contr.* 1.3 e Quint. *inst.* 7.8.3).

⁴¹ Forse imparentato con il Publio Terenzio Tuscivicano, legato senatorio in *Illyria* nel 167 a.C. (su cui T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic*, vol. I, New York, American Philological Association, 1951, p. 435), il che ci permetterebbe di ipotizzare una vaga collocazione cronologica a questo episodio fra fine III e prima metà di II secolo a.C.

⁴² Fest. 458 L.

⁴³ Così, R. Fiori, *Ordalie e diritto romano*, «IVRA», 65, 2017, pp. 31 e 32 nt. 116, con bibliografia.

di Pisone Frugi per la vicenda di Tarpea) rispetto alla rielaborazione dei miti e delle storie che avrebbero ruotato intorno a questo processo.

7. Agli inizi di I secolo a.C., in ogni caso, sebbene l'intera materia della falsa testimonianza fosse ormai stata imbrigliata in nuove forme di sanzionamento⁴⁴, le precipitazioni *e saxo* dovevano risultare ormai intese come pratica comune per le circostanze in cui, dalla rottura della *fides*, fosse stata messa in pericolo la vita di un cittadino romano. Il contesto evenemenziale era palesemente quello dei disordini connessi alle ultime fasi del *bellum sociale*, in cui nell'anno 90 a.C. era stata approvata la enigmatica *lex Varia*, in ogni caso rivolta contro quanti avessero condotto, *ope et consilio*, i *socii* a prendere le armi contro Roma⁴⁵. È possibile che fra le sanzioni previste dalla *lex Varia*, provvedimento che peraltro elaborava la nozione di *proditio*, ci fosse la *deiectio ex Tarpeio saxo*. Sorprende come il quarto libro della *Rhetorica ad Herennium*, pressoché coeva all'emanazione della legge, registri tanto un esercizio di scuola contro un *proditor patriae* nel contesto della guerra sociale (4.12), quanto la (già richiamata) prima testimonianza della qualificazione, come *Tarpeium*, del *saxum* da cui avvenivano le *deiectiones* (4.43). E all'89 a.C. si datano peraltro tre conii di *denarii* argentei battuti da Lucio Titurio Sabino, che al dritto recano Tito Tazio e al rovescio il seppellimento di Tarpea da parte di due soldati che le lanciano contro i loro scudi (*RRC 344/2 a-c*), come a voler ravvivare la storia del tradimento e della sua sanzione⁴⁶.

⁴⁴ Buongiorno, *Appunti sul ruolo del senato nella repressione del falso* cit., pp. 42-45.

⁴⁵ Il tema, dopo il contributo di R. Seager, *Lex Varia de maiestate*, «*Historia*» 16, 1967, pp. 37-43, è ancora tutto da studiare, soprattutto in riferimento al rapporto tra *proditio* e *maiestas*: insufficienti gli apporti, più o meno recenti, della cosiddetta “scuola barese”, dalla lettura ellittica di C. d'Aloja, *Sensi e attribuzioni del concetto di maiestas*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2011, pp. 101-102 nt. 228, a quella, più recente e confusa, di L. Traversa, *Lex Varia e proditio*, «*Quaderni di storia*», 91, 2020, pp. 95-104: entrambi i contributi si segnalano per una scarsa propensione all'esegesi testuale.

⁴⁶ In tal senso vd. anche M. Humm, *De l'usage de l'histoire romaine par Sylla : inventions ou réélaborations ?*, in M.T. Schettino, G. Zecchini (a cura di), *L'età di Silla. Atti del convegno (Istituto italiano per la storia antica Roma, 23-24 marzo 2017)*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2018, p. 106, che pensa – per questo come ad altri conii di età pre-sillana – a «scènes mythiques empruntées au passé légendaire de Rome et présentées comme des situations historiques réelles». Per un esame di dettaglio su questo conio vd. invece Welch, *Tarpeia* cit., pp. 76-102, con discussione della letteratura precedente (part. pp. 100-102), che mette bene in luce come le sue principali finalità politiche fossero quelle dell'ascendenza e dell'identità etnica e una risposta “politica” alla guerra sociale; se vi fosse però anche un nesso con gli eventi dell'88 a.C. e l'espansione di Mitridate del Ponto in Oriente è acuta proposta di J. Neel, *Titurius Sabinus, Mithridates, Sulla, and Vergil. Tarpeia in the Context of 88 BCE*, «*Memoirs of the American Academy in Rome*», 65, 2020, pp. 1-42, che si fonda sull'interpretazione della stella e della mezzaluna riprodotte al vertice dell'immagine impressa al conio di rovescio di *RRC 344/2*, che però è ancora lontana dal dirsi provata.

Ma al di là di questa cornice ideologica, la già richiamata vicenda del servo di Sulpicio Rufo⁴⁷, sembra costituire l'anello mancante fra tali circostanze e forme sempre più scoperte di tradimento che si avvicinano alla sfera della lesa maestà. Se una ulteriore contestazione poteva essere mossa al servo di Sulpicio Rufo (ed è comunque bene ribadire che di tale contestazione non vi è traccia alcuna nelle nostre fonti) era quella di aver compiuto la propria *proditio* nei confronti di un magistrato in carica, ledendo così la *maiestas* del popolo romano. Questa è possibile almeno che fosse la prospettiva di Silla che, come è noto, con la *lex Cornelia de maiestate* dell'81 a.C. avrebbe sanzionato, prevenendo l'irrogazione della *poena capitis*, anche le offese compiute nei confronti dei magistrati in quanto rappresentanti del popolo⁴⁸.

8. A partire dall'epoca post-sillana, quindi, alla nozione di *proditio* sembrano potersi riferire condotte che inducevano a considerare alla stregua di un nemico chi le ponesse in essere. Si tratta di un processo lento, destinato a transitare attraverso le numerose dichiarazioni di *hostis publicus* della tarda repubblica⁴⁹, raggiungendo infine compiuta sistemazione in età augustea, con l'emanazione della *lex Iulia maiestatis*. Emanata fra il 26 e il 18 a.C., la *lex Iulia* avrebbe sanzionato specificamente, con un regime aggravato di pene, chi si fosse trovato a compiere una forma di *perduellio* aggravata, agendo cioè animato da intenti ostili contro la *res publica* o il principe⁵⁰.

Nel regime della *lex Iulia*, insomma, il *perduellis* che opera *hostili animo* assume i contorni del *proditor*. E per tale soggetto la pena prevista dalla *lex Iulia maiestatis* doveva essere quella della *deiectio* dalla rupe Tarpea. Decisiva al riguardo è la lettura di un brano del *De ira*, un'opera composta intorno al 43 d.C. da Lucio Anneo Seneca (1.16.5):

⁴⁷ Vd. § precedente.

⁴⁸ Sulla *lex Cornelia* vd. almeno Santalucia, *Diritto e processo penale* cit., pp. 143-144, con bibliografia.

⁴⁹ Sul tema vd. adesso M. Varvaro, *Senatus consultum ultimum' und Erklärung zum Staatsfeind zwischen Recht, Rhetorik und Politik im spätrepublikanischen Rom*, in P. Buongiorno (a cura di), *Senatus consultum ultimum e stato di eccezione. Fenomeni in prospettiva*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2020, pp. 85-108, con ampia discussione della bibliografia.

⁵⁰ Come si percepisce bene dalla lettura, per esempio, di Ulp. 8 *disp.*, D. 48.4.11: «*Is, qui in reatu decedit, integri status decedit: extinguitur enim crimen mortalitate. nisi forte quis maiestatis reus fuit: nam hoc crimine nisi a successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur. plane non quisque legis Iuliae maiestatis reus est, in eadem condicione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus: ceterum si quis ex alia causa legis Iuliae maiestatis reus sit, morte crimine liberatur*». Sul punto sia consentito il rinvio a uno studio di prossima pubblicazione dello scrivente.

Itaque et, si perversa induenda magistratui vestis et convocanda classico contio est, procedam in tribunal non furens nec infestus sed vultu legis et illa sollemnia verba leni magis gravique quam rabida voce concipiam et <lege> agi iubebo non iratus sed severus; et cum cervicem noxio imperabo praecidi et cum parricidas insuam culleo et cum mittam in supplicium militare et cum Tarpeio proditorem hostemue publicum inponam, sine ira eo vultu animoque ero quo serpentes et animalia venenata percutio.

Come osserva Seneca, se la pena (che oggi definiremmo “edittale”: si noti il <lege> agi iubebo) per una generica condanna alla *poena capitis* era la decapitazione – mentre quella per i parricidi prevedeva l’antico rito della *poena cullei*, ossia l’otre con le bestie incluse – la pena fissata (evidentemente dalla *lex Iulia maiestatis*) per il *proditor* e per l’*hostis publicus* era espressamente la precipitazione dal *Tarpeium*.

Nondimeno, ritornando al processo dei sodali di Libone Druso da cui abbiamo preso le mosse, la differente tipologia di esecuzione della *poena capitis* (Pituanio condannato alla deiezione, Marcio alla *securi percussio* rituale), sembra potersi spiegare nei termini di quella distinzione fra il mero *reus* di *maiestas* e il *proditor hostisve publicus* che la lettura in coordinato di Ulp. 8 *disp.*, D. 48.4.11 e di Sen. *de ira* 1.16.5 suggerisce. Sicché la posizione processuale di Pituanio sarebbe stata più grave di quella di Marcio. E questo ci riconduce alla possibilità di rintracciare in questa distinzione, se non interna alla *lex Iulia maiestatis*, senz’altro declinata dai *senatus consulta* interpretativi della stessa, uno degli elementi di un “diritto penale del nemico” *ante litteram*.

La spettacolarizzazione del castigo, soprattutto se pertinente all’esecuzione della pena capitale, recava infatti con sé una indubbia efficacia deterrente: una funzione di esemplarità che a maggior ragione si giustificava nel crescente quadro di sanzionamento del reato politico, reso ormai sempre più necessario dalla costruzione di un potere imperiale concorrente con quello repubblicano “tout court”. E dunque l’articolata rielaborazione del mito di Tarpea promossa da Livio e poi da poeti e dossografi variamente legati alla corte augustea e poi a quella giulio-claudia contribuì a legittimare il rinvigorito ricorso alla precipitazione come castigo del nemico politico connaturato da animo ostile.

In questo quadro pare potersi leggere anche la monetazione del triumviro monetale P. Petronio Turpiliano intorno al 19 a.C., costituita da *denarii* argentei che al conio di rovescio recano la rappresentazione di Tarpea schiacciata dagli scudi sabini (*RIC I² Augustus* 299); si tratta di una coniazione destinata a rimanere isolata, e che forse può essere collegata alla formale disciplina del castigo per precipitazione nei *kapita* della *lex Iulia maiestatis*, che come si è detto sarebbe coeva o immediatamente precedente.

Nel corso del principato giulio-claudio il ricorso alle precipitazioni fu frequente: sotto Tiberio, dopo Pituanio, furono precipitati molti soggetti accusa-

ti di *maiestas* e, fra questi, alcuni sodali del prefetto al pretorio Elio Seiano⁵¹. Quindi, molte delle vittime di Caligola⁵² e poi, sotto Claudio, nel 43 d.C., ancora almeno un colpevole di *maiestas*⁵³. È possibile che anche il suicidio di Nerone, dopo che il senato lo aveva dichiarato *hostis publicus*, avvenisse per sottrarsi all'orribile morte per precipitazione.

Di seguito le tracce si fanno più labili, e in un momento imprecisato dell'epoca imperiale, il ricorso alle *deiectiones e saxo* fu definitivamente vietato⁵⁴. Ne dava ormai pacificamente atto, nel corso del III secolo d.C. e peraltro in un contesto palinogeneticamente riconducibile all'esame delle *poenae del crimen maiestatis*, il giurista Erennio Modestino: *Non potest quis sic damnari, ut de saxo praecipitetur* (Mod. 12 *pand.*, D. 48.19.25.1).

Un frammento che, nella sua lapidarietà, segna la fine di una pratica atroce la cui incidenza effettiva, senz'altro ben documentata fra l'età augustea e la giulio-claudia, fu forse minore di quanto le fonti ci indurrebbero a credere. Delle esecuzioni celebrate presso il *saxum Tarpeium* sopravvisse la memoria (come mostra ancora la descrizione delle pratiche in *Schol. ad Lucan. BC. 2.125*), ma del luogo si persero, nel tempo, persino le tracce spaziali, anche in ragione delle incontrollate erosioni e dei numerosi interventi che interessarono la topografia del *Capitolium* nei secoli.

Sebbene il declamatore Arellio Fusco il Vecchio, in età augustea, ne avesse descritto in modo plastico le brutalità⁵⁵, soltanto in anni recenti gli archeologi hanno potuto identificare il *saxum*, con buon margine di verosimiglianza, con l'altura su cui si erge oggi la chiesa di San Giuseppe dei Falegnami, rintracciando in questo spazio, fra l'*Arx* su cui oggi insiste Santa Maria in Aracoeli e il lato nord del *Comitium*, un «sistema funzionale organico» del quale avrebbero fatto parte anche il *Carcer*, il *Tullianum*, le *Scalae Gemoniae* e le *Lautumiae*⁵⁶.

⁵¹ In ordine cronologico: Dio 57.22.5; 58.15.2; Tac. *ann.* 6.19.1 (dietro la singolare accusa di *incestum*, forse però connessa a quella di lesa maestà).

⁵² Dio 59.18.3.

⁵³ Dio 60.18.4.

⁵⁴ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 933 lo pone a dopo l'età di Claudio. In ogni caso è evidente del resto che, a partire dall'epoca antonina, il numero di congiure si ridusse drasticamente e i pochi atti di lesa maestà più gravi e minacciosi erano repressi nel sangue con l'immediatezza della spada.

⁵⁵ Apud Sen. *Rhet. contr.* 1.3.3: *stat moles abscisa in profundum, frequentibus exasperata saxis quae aut elidant corpus aut de integro gravius impellant; inborrent scopulis enascentibus latera*. Su questo testo vd. ora B. Huelsenbeck, *Figures in the Shadows. The Speech of Two Augustan-Age Declaimers, Arellius Fuscus and Papirius Fabianus*, Berlin-Boston, W. De Gruyter Verlag, 2018, pp. 207-210.

⁵⁶ T.P. Wiseman, s.v. *Saxum Tarpeium*, in E.M. Steinby (ed by), *Lexicon Topographicum Urbis Romae*, vol. IV, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1999, pp. 237-238. La definizione fra caporali è di F. Coarelli, *Il foro romano*, vol. II. *Periodo repubblicano e augusteo*, Roma, Edizioni Quasar, 1985, p. 87. Ad un complesso di luoghi collegati pensa, a margine di una discussione delle sole fonti di tradizione manoscritta in materia, anche T.J. Cadoux, *The Roman carcer and its adjuncts*, «Greece & Rome», 55.2, 2008, pp. 202-221.

Tutti spazi che, nel volgere del principato, e soprattutto quello giulio-claudio (un tempo in fin dei conti molto breve, se comparato con l'intera storia di Roma), divennero però tristemente noti, anche per i posteri, come luoghi per il castigo e la soppressione del nemico politico⁵⁷.

⁵⁷ Per l'esecuzione lungo le *scalae Gemoniae*, da cui venivano gettati i cadaveri dei giustiziati, vd. fonti e bibliografia in F. Coarelli, *s.v. Scalae Gemoniae*, in E.M. Steinby (ed by), *Lexicon Topographicum Urbis Romae*, vol. IV, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1999, p. 241.

Ettore Dezza

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

1. *La Summa penalistica di Bonifacio Antelmi*

Scarse anche se talora preziose sono le notizie al momento disponibili sulla figura del giudice mantovano Bonifacio Antelmi, al quale viene oggi unanimemente attribuita – sulla scorta di alcune brillanti pagine di Domenico Maffei¹ – la paternità di una rilevantissima *Summa* dedicata alla giustizia penale. Tramandata da una serie non numerosa ma significativa di manoscritti², la *Summa* risulta variamente titolata (*Opus super maleficiis*, *Tractatus super maleficiis*, *Tractatus de maleficiis*, *Tractatus maleficiorum*) nelle numerose edizioni a stampa susseguitesi dal 1499 al 1604³, e viene dalle stesse erroneamente attribuita a Bonifacio Vitalini (o Vitellini/Vitellini)⁴.

¹ D. Maffei, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento. Iacopo di Belviso in Provenza?*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1979, p. 2; Idem, *Profilo di Bonifacio Ammannati giurista e cardinale*, in *Genèse et débuts du Grand Schisme d'Occident* (Avignon, 25-28 septembre 1978), Paris, C.N.R.S., 1980 [Colloques Internationaux du Centre Nationale de la Recherche Scientifique, 586], pp. 239-251, in particolare pp. 240-241, 245-246. Nella ristampa anastatica del contributo, in Idem, *Studi di storia delle università e della letteratura giuridica*, Goldbach, Keip Verlag, 1995 [Bibliotheca Eruditorum, 1], pp. 145*-157*, si vedano gli *Addenda* alle pp. 533*-534* (d'ora in poi: *Addenda* 1995). Cfr. inoltre P. Maffei, voce *Antelmi (pseudo-Vitalini)*, *Bonifacio*, in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti (diretto da), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, 2 voll., Bologna, il Mulino, 2013, I, p. 78.

² Quattro sono i manoscritti segnalati in Maffei, *Profilo di Bonifacio Ammannati* cit., p. 240, nota 12: Bologna, Collegio di Spagna, *cod. 124*; Firenze, Biblioteca Medicea Laurenziana, *cod. Biscioni 4*; Laon, Bibliothèque Municipale, *Ancienne Abbaye Saint-Martin, cod. 396*; Krefsmünster, Stiftsbibliothek, *cod. 230*. A questi manoscritti possiamo ora aggiungere un quinto rilevante testimone presente nel codice *Reg. lat. 1126* della Biblioteca Apostolica Vaticana.

³ Nel periodo intercorso tra l'incunabolo milanese del 1499 (Bonifacius De Vitalinis, *Opus super maleficiis*, Milano, Scinzenzeler, 1499) e l'ultima edizione nota a chi scrive (Bonifacius Vitalini, *De maleficiis*, Francoforte, Spiess, 1604), l'opera dello pseudo-Vitalini viene riedita in una ventina di occasioni in tutti i più importanti centri editoriali europei dell'epoca (Milano, Venezia, Caen, Lione, Francoforte). Nella presente occasione si utilizza la bella e accurata edizione realizzata a Venezia nel 1518 dal tipografo mantovano Filippo Pinzi: Bonifacius De Vitalinis, *Super maleficiis*, Venezia, Pinzi, 1518.

⁴ Maffei, *Profilo di Bonifacio Ammannati* cit., pp. 240 e 245, nota 12.

I termini biografici *a quo* e *ad quem* al momento disponibili sulla figura dell'autore sembrano essere quelli del 1277 e del 1316. Nel 1277 un *Bonifacius de Antelmis* è registrato come teste in uno strumento conservato presso l'archivio del monastero di Sant'Andrea di Mantova⁵, e negli anni successivi lo stesso nome ricompare nuovamente nella documentazione mantovana⁶. L'attestazione meritevole di maggiore approfondimento è probabilmente quella risalente al 1279, che vede un *Bonifacinus de Antelmis* sedere nel Consiglio Maggiore del Comune di Mantova in rappresentanza del quartiere di San Martino⁷. Per quanto riguarda poi il termine *ad quem*, nel 1316 il giurista risulta ancora in attività come giudice del podestà di Volterra Bandino (o, secondo altre fonti, Landino) di Pietro⁸.

All'interno di questi estremi cronologici, già Domenico Maffei aveva raccolto una serie di rilevanti testimonianze archivistiche racchiuse tra il 1299 e il 1306, che vedono Antelmi sempre attivo in area toscano-umbra come giudice collaterale del podestà di Siena nel secondo semestre del 1299, come podestà designato di Massa Marittima per il primo semestre del 1300, come *defensor* del Comune di Perugia nel 1304, e infine come Maggior Sindaco del Comune di Siena nel 1306⁹.

Appartenente a una famiglia di mercanti e uomini di legge che già dalla seconda metà del XII secolo occupa una posizione di un certo rilievo nel contesto municipale mantovano¹⁰, Bonifacio Antelmi è dunque, come testé accennato,

⁵ U. Nicolini (a cura di), *L'archivio del monastero di S. Andrea di Mantova*, Mantova, Tipografia Industriale Mantovana, 1959, p. 249, doc. 226 (15 settembre 1277). Cfr. Maffei, *Profilo di Bonifacio Ammannati* cit., p. 240 e n. 13.

⁶ Nicolini (a cura di), *L'archivio del monastero di S. Andrea di Mantova* cit., p. 254, doc. 231 (6 e 9 marzo 1280). Cfr. Maffei, *Profilo di Bonifacio Ammannati* cit., p. 240 e n. 13.

⁷ R. Navarrini, (a cura di), *Liber privilegiorum Comunis Mantue*, Mantova, Gianluigi Arcari Editore, 1988, pp. 191-196, doc. 50: il 23 settembre 1279 a Mantova «in palacio veteri comunis» vengono giurati i capitoli della pace stipulata il 18 settembre tra Verona e Mantova da una parte e Brescia dall'altra; sono presenti anche i consiglieri del Comune di Mantova, divisi per quartiere, e per il quartiere di San Martino giurano, tra gli altri, *Bonifacinus de Antelmis* e *Petrebonus de Antelmis* (p. 194). Un particolare approfondimento meriterà, a suo tempo, la figura del testé menzionato Pietrobono Antelmi che, oltre a essere con ogni probabilità uno strettissimo congiunto di Bonifacio, è ripetutamente segnalato dalla documentazione mantovana della seconda metà del Duecento come *iudex*, *iurisperitus* e *causidicus*, e altresì come ambasciatore del Comune.

⁸ A.F. Giachi, *Saggio di ricerche sopra lo stato antico e moderno di Volterra dalla sua prima origine fino ai nostri tempi*, Parte II, Siena, Bindi, 1796, p. 152, ove si riporta in nota parte di una lettera del Comune di Siena a quello di Volterra del 23 giugno 1316 relativa a un sequestro di mercanzie per mancato pagamento di gabelle: la questione è sottoposta al Consiglio Generale di Volterra dal «Dominus Bonifacius de Antelmis de Mantua iudex D. Bandini Contis de Civit. Castelli Potest. Vult.». L'elenco dei podestà di Volterra fornito da L.A. Cecina, *Notizie istoriche della città di Volterra*, Pisa, Giovannelli, 1758, pp. 257-269, in particolare p. 263, annovera Landino del conte Pietro, di Città di Castello, come podestà di Volterra nel primo semestre del 1316.

⁹ Maffei, *Profilo di Bonifacio Ammannati* cit., pp. 240-241 e n. 14; Id., *Addenda 1995* cit., pp. 533*-534*.

¹⁰ Cfr. P. Torelli, *Un comune cittadino in territorio ad economia agricola*, vol. II, Mantova,

l'autore di una *Summa* o *Summula*¹¹ in materia penalistica che costituisce, secondo l'autorevole giudizio di Domenico Maffei, «uno dei primissimi e più pregevoli trattati penalistici del Medioevo»¹². La paternità dell'opera è confermata da alcuni espliciti riferimenti presenti in alcuni tra i manoscritti giunti fino a noi¹³, mentre la data di composizione può essere fissata con una certa sicurezza al 1301¹⁴.

Non appare poi azzardato affermare che la *Summa* antelmina condivide con il *tractatus* di Alberto Gandino e con la pressoché coeva *Compendiosa* di Tancredi da Corneto¹⁵ – tutte opere, giova sottolinearlo, nate nel medesimo contesto geografico-politico e suggestiva espressione della medesima temperie culturale – una sorta di primato come più risalente e completa esposizione dei nuovi e per molti versi rivoluzionari assetti assunti dalla giustizia penale laica e municipale tra gli ultimi decenni del Duecento e i primissimi anni del Trecento.

Fino a tempi recenti assai poco frequentata dalla storiografia¹⁶, la *Summa* opportunamente restituita da Maffei all'Antelmi rappresenta dunque un testo di straordinario interesse come tramite per la conoscenza di un periodo cruciale nello sviluppo, in Italia e in Europa, del modello penale bassomedievale, ed è senz'altro degna di essere presa in considerazione con il medesimo scrupolo tradizionalmente riservato all'*opus* gandiniano¹⁷.

Accademia Virgiliana, 1952, p. 249, num. 27. Cfr. inoltre O. Guyotjeannin, *Problèmes de la dévolution du nom et du surnom dans les élites d'Italie centro-septentrionale (fin XII^e-XIII^e siècle)*, in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Moyen-Age*, tome 107, n. 2, 1995, pp. 557-594, in particolare p. 593 (per un'attestazione della famiglia Antelmi risalente al 1190).

¹¹ *Summa* o talora *Summula* è in effetti il termine più volte utilizzato dall'autore nel corso dell'opera. Mette conto notare come il manoscritto dell'opera di Antelmi conservato presso il Collegio di Spagna di Bologna le attribuisca il titolo di *Summa virgiliana*, con esplicito riferimento alle origini mantovane dell'autore. Cfr., sul punto, D. Maffei, E. Cortese, A. García y Gracia, C. Piana, G. Rossi, *I codici del Collegio di Spagna di Bologna*, Milano, Giuffrè, 1992 [Orbis academicus. Saggi e documenti di storia delle Università, 5], pp. 405-406.

¹² Maffei, *Profilo di Bonifacio Ammannati* cit., p. 241.

¹³ Segnaliamo in via d'esempio come al f. 55v del citato testimone della *Summa* inserito nel codice *Reg. lat. 1126* della Biblioteca Apostolica Vaticana si legga senza difficoltà la seguente frase: «Sed consulo ego Bonifacius de Antelmis de Mantua, iudex, compilerator huius Summe...».

¹⁴ La data del 1301 ricorre ripetutamente – segnatamente nella tradizione manoscritta – nei numerosi modelli ed esempi di atti giudiziari inseriti da Antelmi nel corpo della sua trattazione.

¹⁵ Cfr. P. Maffei, voce *Tancredi da Corneto*, in Biocchi *et al.*, *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani* cit., II, p. 1931.

¹⁶ Ci limitiamo in questa sede a segnalare i riferimenti all'opera dell'Antelmi presenti in M. Conetti, *Responsabilità e pena: un tema etico nella scienza del diritto civile (secoli XIII-XIV)*, Milano, Giuffrè, 2011, *ad indicem*, in particolare pp. 69-71, 83-86, 130-135, 153-154, e in M.P. Geri, *Dal textus all'ordine sanzionatorio. La classificazione dei crimini tra tecnica giuridica e logica di edificazione istituzionale*, Pisa, Edizioni ETS, 2011, *ad indicem*, in particolare pp. 33-38.

¹⁷ Ci sia consentito osservare, *en passant*, come alla costante attenzione riservata al trattato di Alberto Gandino dalla storiografia contemporanea (talora a scapito di altre coeve testimonianze) non sia forse estranea la presenza di una importante edizione critica – corredata da approfondite ricerche – quale quella curata a suo tempo da H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der*

2. «*Formavit Deus Omnipotens hominem de limo terre*»

Le osservazioni introduttive testé svolte ci consentono ora di affrontare con maggior agio lo specifico oggetto del presente contributo, che intende esaminare come venga pur sinteticamente trattato nel Proemio della *Summa* antelmiana il tema dell'origine della legge penale. Se infatti la gran parte del Proemio è consacrata all'esposizione di una sorta di filosofia del ben giudicare in materia penale¹⁸, il primo denso paragrafo dello stesso merita, a sommosso avviso di chi scrive, una particolare considerazione in quanto in esso vengono manifestate le convinzioni dell'autore in ordine alla genesi e alle finalità del diritto di punire.

In via preliminare ci pare dunque opportuno riportare per intero tale *incipit*, che nell'edizione a stampa del 1518, utilizzata nella presente occasione, si presenta del seguente tenore:

Formavit Deus omnipotens hominem de limo terre, qui ceteris dignior est planetis et elementis. Planetas et stellas fecit ex igne, flatus et ventus ex aere, et volucres et pisces ex aqua. Homines et terram meantes, ex terra. Fecitque hominem ad imaginem et similitudinem suam, et ipse se immiscuit multis delictis et iniquitatibus: propter quod, hominum malitia subrescente, divino quodam motu leges et iura fuerunt adinventata ut humana coherceretur audacia, et ut inter malos homines quiete vivere possent boni. Et ideo ius proditur, ut malorum appetitus noxius sub iuris regula limitetur, et homines discant honeste vivere, alterum non ledere, ius suum unicuique tribuere. Et ut nullus presumat sua auctoritate et audacia vindictam facere, quia iuris rigor est ideo in medio constitutus, ne quis auctoritate propria ultionem deproscat¹⁹.

In ordine a questo frammento, due sono i profili – del resto strettamente connessi – che meritano di essere affrontati nella presente occasione. Il primo, prevalentemente ma non esclusivamente filologico, ci permetterà di comprendere come Antelmi abbia “costruito” il passo in oggetto partendo da due fonti bensì di diversa natura, ma accomunate dalla medesima ispirazione teologica. Il secondo profilo, di carattere più prettamente contenutistico, ci consentirà di pervenire ad alcune pur parziali conclusioni sulle idee circa la giustizia penale che furono maturate e applicate da Antelmi nel corso della sua attività di giudice (e segnatamente di giudice in materia criminale), e che andarono a costituire l'ossatura concettuale e nel contempo ideologica della sua opera.

Scholastik, I, *Die Praxis*, Berlin, Guttentag, 1907, II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de Maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, Berlin-Leipzig, Walter De Gruyter & Co., 1926.

¹⁸ Filosofia del ben giudicare che si concreta, nelle pagine dell'Antelmi, in una sorta di breviario fortemente connotato dal punto di vista etico. Sul punto, ci sia consentito di rinviare a E. Dezza, *Un decalogo per il buon giudice. Il Proemio alla Summa de maleficiis di Bonifacio Antelmi (1301)*, in corso di stampa negli Atti del Convegno *L'arte di giudicare. Percorsi ed esperienze tra letteratura, arti e diritto*, Verona, 15-16 dicembre 2017 [Dialoghi di “Ius in fabula”, 3].

¹⁹ [Antelmi], *Super maleficiis*, ed. 1518, f. 2ra.

3. Da Innocenzo III a Gregorio IX

Dal punto di vista filologico, il primo testo che è stato fonte di ispirazione per Antelmi è rappresentato da uno scritto teologico composto verso il 1194 da Lotario di Segni prima di salire al soglio pontificio con il nome di Innocenzo III nel 1198²⁰. Ci riferiamo al *De contemptu mundi*, conosciuto anche sotto il titolo di *De miseria humanae conditionis*, opera di primo piano (e di grande diffusione, almeno fino al XVI secolo) del filone letterario che, con accenti sconsolati e disincantati, divulga il tema ascetico del disprezzo del mondo²¹, ricollegandolo a un fondamentale pessimismo circa la condizione umana che può essere fatto risalire al pensiero di Agostino²².

Il dato che in questa sede merita di essere segnalato è che la lettura di alcuni passi dell'opera innocenziana ha suggerito a Bonifacio Antelmi la prima parte dell'*incipit* trascritto in precedenza. Ci riferiamo in particolare alla descrizione della Creazione, desunta pressoché *ad literam* dal secondo capitolo, *De vilitate materiae ipsius hominis*, del primo libro del *De contemptu mundi*²³. Ci riferiamo altresì alla citazione dei *delicta* e delle *iniquitates* che segnano il genere umano, nella quale risuona un passo immediatamente successivo dell'opera innocenziana, inserito nel terzo capitolo, *De vitio conceptionis*, dello stesso primo libro²⁴. Siamo di fronte a corrispondenze formali destinate peraltro a trasferirsi – si badi bene – anche sul piano della sostanza. È infatti fin da ora opportuno segnalare come la visione pessimistica della natura umana che traspare dalle pagine innocenziane venga convintamente condivisa da Antelmi, e costituisca anzi uno dei temi di fondo destinati a riaffiorare durante tutto il corso dell'intera *Summa*.

Sul punto torneremo tra breve. Prima è però opportuno segnalare un secondo testo messo a frutto da Antelmi nell'*incipit* del Proemio. Tale testo è

²⁰ Nella presente occasione l'opera di Lotario di Segni è stata consultata nella prima tra le edizioni critiche moderne: Innocentius III, *De contemptu mundi sive de miseria humanae conditionis libri tres*, a cura di Johann Heinrich Achterfeldt, Bonn, Weber, 1855.

²¹ Cfr. R. D'Antiga, *Il disprezzo del mondo. Lotario di Segni*, Parma, Pratiche Editrice, 1994.

²² Sul punto rinviamo a quanto osservato in Conetti, *Responsabilità e pena* cit., pp. 69-71.

²³ Innocentius III, *De contemptu mundi*, ed. Achterfeldt, cit., I, 2, *De vilitate materiae ipsius hominis*, p. 15: «Formavit igitur dominus deus hominem de limo terrae, quae caeteris elementis est vilior, ut patet Gen. 2. Planetas et stellas fecit ex igne, flatus et ventos fecit ex aere, pisces et volucres fecit ex aqua, homines et iumenta fecit de terra». Come abbiamo visto, l'*incipit* del Proemio antelmino recita: «Formavit Deus omnipotens hominem de limo terre, qui ceteris dignior est planetis et elementis. Planetas et stellas fecit ex igne, flatus et ventus ex aere, et volucres et pisces ex aqua. Homines et terram meantes, ex terra».

²⁴ Ivi, I, 3, *De vitio conceptionis*, p. 17: «Ecce enim in iniquitatibus conceptus sum, et in peccatis concepit me mater mea. Non in una tantum iniquitate, non in uno tantum delicto, sed in multis iniquitatibus et in multis delictis. In delictis videlicet et iniquitatibus propriis in delictis et iniquitatibus alienis». Il concetto espresso da Lotario di Segni viene sintetizzato da Antelmi nel modo seguente: «Fecitque hominem ad imaginem et similitudinem suam, et ipse se immiscuit multis delictis et iniquitatibus».

rappresentato dalla bolla *Rex pacificus* con la quale, come noto, Gregorio IX promulga nel 1234 il *Liber Extra*. Dalla *Rex pacificus* il giudice mantovano riprende in particolare il passo nel quale Gregorio IX ricollega l'origine del diritto alla necessità di comprimere gli appetiti malvagi (*noxius appetitus*) e di insegnare al genere umano a *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*²⁵.

Sottolineiamo come anche nel frammento gregoriano si manifesti, seppure in modo più attutito, una valutazione sostanzialmente pessimistica della natura umana, che comporta la necessità di porre un freno al *noxius appetitus* e a tutte le altre spinte degenerative innescate dalla *effrenata cupiditas* stigmatizzata nell'esordio della *Rex pacificus*²⁶. A tale valutazione si aggiunge poi l'attribuzione al diritto anche di una esplicita funzione pedagogica, che consente a Gregorio IX di citare la ben nota triade ulpiana (D 1.1.10), destinata a esercitare una larga influenza sul pensiero giuridico di ogni epoca.

4. «*Hominum malitia subcrescente, divino quodam motu leges et iura fuerunt adinventae*»

Esaurite le notazioni di carattere filologico, ritorniamo brevemente all'*incipit* del Proemio della *Summa* antelmina e alle concezioni ivi espresse in ordine alle origini e alle funzioni della legge penale.

Antelmi parte dall'affermazione che i delitti sono la manifestazione dell'iniquità degli uomini, e tale iniquità viene innescata dalla degenerazione dovuta alla natura stessa del genere umano. L'uomo nasce infatti – giova ribadirlo – *de limo terre*, che Lotario di Segni aveva sottolineato nel suo *De contemptu mundi* essere il più vile degli elementi («*quae caeteris elementis est vilior*») ²⁷. Ne consegue, nella volontà umana, una naturale propensione alla

²⁵ «Ideoque lex proditur, ut appetitus noxius sub iuris regula limitetur, per quam genus humanum, ut honeste vivat, alterum non laedat, ius suum unicuique tribuat, informatur» (E. Friedberg (ed.), *Corpus iuris canonici*, Pars secunda, *Decretalium Collectiones*, Leipzig, Tauchnitz, 1879, p. 3). Il passo della *Summa* antelmina tratto mediante parafrasi dalla *Rex pacificus* è il seguente: «Et ideo ius proditur, ut malorum appetitus noxius sub iuris regula limitetur, et homines discant honeste vivere, alterum non ledere, ius suum unicuique tribuere». La corrispondenza in parola è già stata segnalata a suo tempo in Conetti, *Responsabilità e pena* cit., p. 70, nota 83.

²⁶ «Rex pacificus pia miseratione disposuit sibi subditos fore pudicos, pacificos et honestos. Sed *effrenata cupiditas* [corsivo nostro], sui prodiga, pacis aemula, mater litium, materia iurgiorum, tot quotidie nova litigia generat, ut, nisi iustitia conatus eius sua virtute reprimeret, et quaestiones ipsius implicitas explicaret, ius humani foederis litigatorum abusus exstingeret, et dato libello repudii concordia extra mundi terminos exsularet» (ed. Friedberg, cit., p. 3). Si noti come il tema della *effrenata cupiditas* del genere umano ritorni con notevole frequenza nel *De contemptu mundi* di Lotario di Segni, che vi dedica l'intero secondo libro dell'opera.

²⁷ Merita di essere rilevato il fatto che il termine innocenziano *vilior* tanto nella tradizione manoscritta quanto nelle edizioni a stampa del Proemio antelmino diventa *dignior*, con quello che pare a chi scrive un evidente fraintendimento dei copisti. Cfr. *supra*, nota 23.

iniquitas (che nel *De contemptu mundi* viene ricollegata al peccato originale)²⁸, la quale a sua volta fa sì che la *hominum malitia* sia destinata a crescere progressivamente («*hominum malitia subcrescente*»).

Ora, prosegue Antelmi, è proprio la necessità di frenare anche tramite l'esercizio della forza la marea montante di questa *malitia* umana che porta alla nascita o meglio alla 'invenzione' delle *leges* e degli *iura* («*leges et iura fuerunt adinventata*»). E il dato da sottolineare è che questa 'invenzione' sia avvenuta grazie a un provvidenziale intervento divino, introdotto da un esplicito riferimento («*divino quodam motu*») sul quale il giurista non si sofferma ulteriormente.

Lo stabilimento di *leges et iura* (si noti in questo caso il ricorso alla classicaendiadi romanistica) ottiene poi un duplice effetto. Da un lato, infatti, esso è atto a frenare e a circoscrivere la malvagia *audacia* che segna indelebilmente il genere umano e lo spinge verso azioni inique («*ut humana coherceretur audacia*»), dall'altro, rispondendo anche a una esigenza di ordine, consente di *quiete vivere* ai *boni* che pure non mancano ma che si trovano immersi in un mondo popolato da *mali homines* («*ut inter malos homines quiete vivere possent boni*»).

Ma non basta. Mettendo a frutto la *Rex pacificus* del 1234, Antelmi sottolinea come la funzione del diritto²⁹ non si esaurisca nel comprimere *sub iuris regula* il *noxius appetitus* del malvagi ma si rivolga anche a sviluppare, su più piani, un benefico effetto pedagogico. E tale benefico effetto (apprendere cioè a *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) viene descritto per il tramite della penna di Gregorio IX e parafrasando, come già segnalato in precedenza, le celebri parole di Ulpiano, che del resto appartengono al comune bagaglio della cultura tanto civilistica quanto canonistica dell'epoca considerata.

Un ultimo punto merita infine di essere sottolineato. Nella parte conclusiva dell'*incipit* proemiale descritto in queste note Antelmi tocca l'ulteriore tema della vendetta privata, che viene questa volta sviluppato in modo autonomo rispetto alle fonti di ispirazione considerate in precedenza.

Al giurista preme in particolare di mettere risalto il fatto che nella lotta contro la malvagia volontà dell'uomo, irresistibilmente attratto dalle *iniquitates*, non siano ammissibili né alcuna forma di giustizia privata né la presunzione di farsi giustizia da sé. Il compito di attuare la giustizia, infatti, spetta esclusivamente al diritto e, implicitamente, a tutte le strutture giurisdizionali pubbliche chiamate ad attuarlo e dunque, in buona sostanza, ai giudici. A

²⁸ Cfr. *supra*, nota 24. Cfr., sul tema del peccato originale, Conetti, *Responsabilità e pena* cit., p. 70.

²⁹ Da notare il fatto che Antelmi utilizza in questa occasione il termine *ius* laddove la *Rex pacificus* impiega invece la parola *lex*. Cfr. *supra*, nota 25.

nessuno, scrive esplicitamente il giurista, è concessa l'*auctoritas* (e a maggior ragione l'*audacia*) di *facere vindictam*. Il *rigor iuris* (che sottintende il ricorso a forme anche violente di repressione) è stato introdotto proprio per questo, e cioè perché nessuno «auctoritate propria ultionem deponat»³⁰.

Quest'ultima affermazione conclude l'*incipit* del Proemio, che dall'affermazione testé segnalata della centralità dello *ius* e dall'implicito riferimento ai magistrati prende poi spunto per passare a trattare in modo approfondito il successivo tema – che peraltro esula dalle presenti pagine – relativo, come abbiamo accennato in esordio, alla figura e all'etica del *bonus iudex*³¹.

5. *Un concerto a più voci*

All'esito delle presenti brevi note, e per riassumere quanto rilevato nelle pagine precedenti, proviamo a elencare *summo digito* gli aspetti salienti che contraddistinguono la posizione assunta da Bonifacio Antelmi nei confronti del sistema penale all'interno del quale egli si trova a operare in decenni cruciali, come ben noto, per la formazione di strutture punitive destinate a perpetuarsi per secoli in Italia e in Europa.

A) Il punto di partenza è dato da una concezione pessimistica della natura umana, simboleggiata dalla vile materia con la quale è stato creato l'uomo. Tale natura comporta un processo degenerativo che induce l'uomo all'iniquità e al delitto.

B) Da questa situazione è derivata la necessità di porre una barriera alla malvagità umana, e questa barriera è stata realizzata grazie a una ispirazione divina e provvidenziale che ha condotto alla "invenzione" del diritto e delle leggi (e, implicitamente, delle strutture di giustizia atte alla loro concreta attuazione).

C) Il diritto e le leggi oltre a questa funzione repressiva di rigorosa barriera contro l'audacia e la malvagità umane, svolgono altresì una funzione pedagogica in ordine agli aspetti fondamentali del vivere civile.

D) In questo quadro non vi è posto per alcuna forma di giustizia privata, poiché non spetta al singolo di farsi giustizia da sé, sostituendosi a *iura* e *leges* che trovano il proprio fondamento nell'ispirazione divina.

³⁰ Segnaliamo come sia possibile scorgere, nel passo in oggetto, la ripresa pressoché letterale di alcune espressioni tratte da C 1.3.10.1: «Atque ita provinciae moderator sacerdotum et catholicae ecclesiae ministrorum, loci quoque ipsius et divini cultus iniuriam capitali in convictos sive confessos reos sententia noverit vindicandum nec expectet, ut episcopus iniuriae propriae ultionem deponat, cui sanctitas ignoscendi gloriam dereliquit: sitque cunctis laudabile factas atroces sacerdotibus aut ministris iniurias veluti publicum crimen persequi ac de talibus reis ultionem mereri».

³¹ Cfr. *supra*, nota 18 e testo corrispondente.

Da quanto testé riassunto risulta con una certa evidenza quanto del resto già accennato nel corso delle presenti note, e cioè che l'impostazione data da Bonifacio Antelmi al problema delle origini della legge penale risente fortemente di una cultura dalle solide fondamenta teologiche. Più in particolare, Antelmi assume la teologia morale di matrice agostiniana, conosciuta per il tramite del *De contemptu mundi* di Lotario da Segni (e presente anche nella bolla *Rex pacificus* di Gregorio IX), come «premessa definitoria e ordinante»³² e nel contempo come chiave interpretativa e attuativa del sistema stesso della giustizia, e segnatamente della giustizia penale.

In questo, Antelmi sembra distinguersi da altri coevi autori, a cominciare dai già citati Alberto Gandino e Tancredi da Corneto, che pure utilizzano a piene mani le fonti canonistiche³³. Tale differenziazione va intesa nel senso che nella *Summa* antelmina l'impostazione teologica appare decisamente prevalente e caratterizzante, e conduce il giurista ad affermare una propria specifica visione, ricca di notazioni originali e personali, in ordine alla quotidiana realtà dell'amministrazione della giustizia penale.

La breve indagine condotta in queste poche pagine ci consente un'ultima osservazione. Come accennato in precedenza, gli approdi della rivoluzione inquisitoria svoltasi nel corso del Duecento ci sono descritti in modo non univoco non da un solo testo ma da una pluralità di testimonianze dottrinali per lo più scaturite da esperienze sul campo. Siamo di fronte, in altre parole, a un concerto a più voci, ben attestato da quanto scrive Bonifacio Antelmi, nel Proemio della sua *Summa*, in ordine alle origini della legge penale. All'interno di tale concerto, spetterà dunque al moderno osservatore di scorgere le diverse sensibilità e le differenti posizioni con le quali a cavallo tra XIII e XIV secolo furono affrontati i tempi nuovi – nuovi ma non necessariamente migliori – della giustizia penale.

³² Conetti, *Responsabilità e pena* cit., p. 71.

³³ Cfr., per quanto riguarda Gandino, M. Vallerani, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, «Rechtsgeschichte», 14, 2009, pp. 40-61.

Michel Porret

Il male del castigo: conservare ma limitare la pena di morte nell'età dei Lumi*

E se la pena di morte indistintamente serve a' tiranni per farsi temere, questa pena non può essere quella [che] è più propria delle più moderate società¹.

Il diritto di punire è legato al contratto sociale degno della democrazia. Architetto dell'abolizione politica ma tardiva della pena di morte in Francia (1981), Robert Badinter, che sin dagli anni '70 ha combattuto apertamente contro di essa come avvocato penalista, nota in *Contro la pena di morte* che è meno un atto di giustizia che una vendicativa «pulsione di morte»². Dopo una mozione europea, l'abolizione universale della pena di morte è ora all'agenda del governo.

Purtroppo, è difficile pensare la cultura penale moderna al di fuori del campo della pena capitale che è diventata ingiustificabile nella società liberale e democratica. Invece di prevenire il crimine, dà un esempio di crudeltà lad-dove vuole correggere, legalizza la sofferenza morale e fisica come la tortura, postula che l'individuo sia incorreggibile. Spesso socialmente discriminatoria, la pena capitale distrugge la cooperazione tra cittadini uguali³.

Quel castigo supremo è sempre legato al sentimento sociale di insicurezza che oggi assicura la sua legittimità sociale negli Stati Uniti, dove la cultura del

* Questo saggio in forma non definitiva è la versione ampiamente rivista di: M. Porret, *Maintenir mais modérer, la mort comme peine au temps des Lumières*, in F. Chauvaud (direction), *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, PUR, 2012, pp. 27-40. Ringrazio Luigi Lacché per la revisione della mia traduzione.

¹ G. Pelli, *Contro la pena di morte* [composto sul finire del 1760], a cura di Philippe Audegean, Padova, CLEUP, p. 111.

² R. Badinter, *Contro la pena di morte*, Milano, Spirali, 2007 («Prefazione»). Vedere anche il suo libro storico-militante sulle tracce di Beccaria: Id., *L'Abolizione*, Milano, Spirali, 2009. Per il caso francese, il libro narrativo di J.Y. Le Naour, *Histoire de l'abolition de la peine de mort. Deux cents ans de combat*, Paris, Perrin, 2001, «Préface de Robert Badinter».

³ B. Guillaume, *Penser la peine*, Paris, Puf, 2003, pp. 125-129.

linchiaggio e della violenza statale motiva durevolmente la pena capitale, nonostante un recente andamento abolizionista tra gli Stati federali⁴. Occasione di errore giudiziario, non preventiva e non dissuasiva, presumibilmente adattata alla gravità del reato di sangue, la pena di morte è attualmente il flagello dei regimi totalitari, degli stati non secolarizzati o autoritari come l'Arabia Saudita, la Cina o l'Iran. Una «giustizia che uccide», secondo Badinter lettore entusiasta di Beccaria e che contravviene ai principi riparatori del liberalismo penale degni del contratto sociale e della società democratica⁵.

Tuttavia, fin dall'Antichità, oltre all'esilio, alla multa e alla detenzione correttiva, la morte come castigo è intimamente legata al diritto di punire monopolizzato dallo Stato⁶. Esso si è rafforzato con l'agostinismo e il tomismo, che alle soglie del Medioevo, hanno tolto il tabù cristiano del «*Non occides!*» contro il nemico irrecoverabile della città di Dio⁷. Diritto regio, secolarizzato davanti ai tribunali penali delle monarchie o repubbliche moderne, la morte penale entrò progressivamente in crisi durante l'Illuminismo. Lo scetticismo moderato fu allora il preludio giuridico, religioso, filosofico e morale dell'ondata abolizionista del XIX secolo a cui Victor Hugo prestò la sua voce generosa, soprattutto nel romanzo naturalista *Le dernier jour d'un condamné* (1829)⁸. Iniziata negli stati liberali e democratici, l'ondata abolizionista ha trasformato l'Europa contemporanea in un Continente per la prima volta libero dalla pena di morte.

Già nel 1576, Jean Bodin definiva i segni della sovranità moderna in uno stato secolarizzato. Giudicare la vita o la morte di un individuo come «ultima risorsa» («*dernier ressort*») è stato e sarà sempre «uno dei principali diritti di sovranità»⁹. Nell'Europa continentale, la nascita dello stato assolutista, di cui Bodin è il grande dottrinario, si basa in particolare sul monopolio che lo Stato

⁴ J.D. Bessler, *Cruel and Unusual. The American Death Penalty and the Founder's Eight Amendment*, Boston, Northeastern University Press, 2012, pp. 222-264; L.P. Masur, *Rites of Execution. Capital Punishment and the Transformation of American Culture, 1776-1865*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 93-116.

⁵ Vedere l'importante « Premessa » di Badinter a Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* (traduzione di Maurice Chevalier, Genève, Droz, 1965), Paris, GF Flammarion, 1991, pp. 9-47 (« Présence de Beccaria »). Il libro R. Badinter, *L'esecuzione*, Milano, Spirali, 2008, enuncia le riflessioni abolizioniste dell'avvocato penalista.

⁶ E. Canterella, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni della pena di morte nell'antichità classica*, Milano, Rizzoli, 1991; M. Foucault, *Résumé des cours, 1970-1982*, Paris, Julliard, 1989 (« La société punitive », pp. 29-51).

⁷ C. Gauvard, *Condamner à mort au Moyen Âge. Pratique de la peine capitale en France XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Puf, 2018, pp. 107-185.

⁸ J. Picon, I. Violante (sous la direction), *Victor Hugo contre la peine de mort*, «Avant-propos» de Robert Badinter, Paris, textuel, 2001.

⁹ G. Mairet (sous la direction), *Les Six Livres de la République* [1583], Paris, Livre de poche, 1993, p. 167.

esercita sul diritto di punire e la «morte penale»¹⁰. Procuratore fiscale, procuratore del re, procuratore generale: la rinnovata magistratura del pubblico ministero come agente repressivo dello Stato illustra questa trasformazione giuridico-politica del Rinascimento.

Nella monarchia, nel principato e nella repubblica, il pubblico ministero incarna la nuova modernità del diritto penale da cui dipende la nostra cultura giuridica: divieto della vendetta privata, obbligo statale di perseguire il crimine, fine della giustizia compensativa e comunitaria del Medioevo a favore di una giustizia repressiva dello Stato centralizzato, cioè la genesi di una pena che passa dal risarcimento monetario del torto alla sua riparazione supplicatoria ed espiatoria attraverso il corpo del soggetto punito.

Sovranità e morte come castigo

All'alba dei tempi moderni, la trasformazione del sistema penale da parte dello Stato coincide con la trasformazione inquisitoriale legata al diritto canonico (XIII-XVI secolo)¹¹. Istituita per incriminare gli eretici, la procedura inquisitoria fu adottata da tutte le giurisdizioni secolari dell'Europa continentale, sia negli stati cattolici che in quelli riformati. Le tre proprietà della procedura inquisitoria ne assicuravano il successo: documenti scritti, cioè ingresso in una proto-legalità; autorità del giudice istruttore, cioè autonomia dell'indagine penale rispetto alle parti; sistema probatorio naturalistico di interrogazione e perizia, cioè presa di distanza dal sistema probatorio provvidenzialista dell'ordalia medievale¹².

Con il monopolio penale dello Stato e della rivoluzione inquisitoriale che modernizzano i sistemi giudiziari secolari dell'Europa continentale, la morte come punizione divenne l'emblema politico e giuridico dell'"alta giustizia". Campione della giustizia bendata, il boia è l'ultimo ingranaggio della catena penale e retributiva¹³. Pubblicamente, in un corpo a corpo giudiziario, infligge la morte espiatoria sul patibolo per dimostrare che è stata fatta giustizia¹⁴.

¹⁰ J.P. Alline, M. Soula (sous la direction), *La mort pénale. Les enjeux historiques et contemporains de la peine de mort*, Rennes, PUR, 2015, pp. 9-27.

¹¹ G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 65-86.

¹² R. Jacob, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, Puf, 2014, pp. 17-200.

¹³ A. Prosperi, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008; M. Sbriccoli, *La benda della Giustizia: iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in M. Sbriccoli, P. Costa, M. Fioravanti et al., «Ordo iuris»: storia e forme dell'esperienza giuridica, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 41-95.

¹⁴ P. Bastien, *Une histoire de la peine de mort. Bourreaux et supplices 1500-1800*, Paris, Seuil, 2001; R.J. Evans, *Rituals of Retribution. Capital Punishment in Germany 1600-1897*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1996; P. Friedland, *Seeing Justice Done. The Age of Spectacular Capital Punishment in France*, New York-Oxford, Oxford University Press, 2012.

Emblemi del «penale egemonico», le forche e il patibolo illustravano la sovranità assoluta che lo Stato, incarnato nel sovrano, esercitava nella giurisdizione del territorio unificato con la legge scritta¹⁵. Inflitta in nome della sovranità assoluta del re, del principe (Milano) o del magistrato repubblicano (Ginevra, Amsterdam) per proibire la vendetta privata, la morte come punizione fu allora caratterizzata da quella che verrà chiamata «cultura del patibolo», cioè la personificazione della sanzione penale nel corpo dei condannati colpiti d'infamia i cui cadaveri finiscono sul marmo dei chirurghi come «corpi ignobili»¹⁶. Un castigo estremo che può anche essere postumo sui cadaveri dei suicidi trascinati come bestie nelle strade sul graticcio d'infamia¹⁷.

Pena contro un'infinità di delitti atroci (furto, omicidio, reati immorali, «lèse majesté»), supplizio annunciato dal suono della tromba e incarnato nel corpo dell'*Homo criminalis*, espiazione retributiva (male del castigo *versus* male d'infrazione), difesa generale ed esemplarità del supplizio come mezzo di minaccia sociale: tale è la natura composita dello spettacolo del dolore *coram populo*.

Lo scopo del patibolo era quello di affermare che il criminale giudicato e condannato espiasse sulla forca di stato come un ladro pentito davanti al popolo convinto della sua colpa e ipoteticamente adesivo al monopolio statale del diritto di punire, la cui severità rendeva la vendetta inutile e pericolosa. Durante l'Antico regime, sia in forma manoscritta che stampata, le sentenze penali legalizzavano l'economia punitiva della pena capitale come manifestazione dell'alta giustizia statale e come pedagogia del terrore.

Quindi, dal XVI secolo al crepuscolo dell'Illuminismo, la morte pubblica come castigo statale ha caratterizzato uniformemente il diritto di punire in tutta l'Europa continentale, sia cattolica che riformata, imperiale, assolutista, principesca o repubblicana. Ordinato alla porta (Ginevra) o sulla piazza principale della città (Amsterdam, Berlino, Milano, Parigi), l'arsenale della morte penale non è tuttavia uniforme in termini tecnici. Il corpo a corpo del supplizio istituiva ovviamente analogie morali e simboliche con l'atrocità del reato da reprimere (ad esempio: acqua viva o fuoco purificatore per i sodomiti o le streghe, squartamento del regicida che colpiva il corpo del sovrano, impiccagione infame del ladro). Da Parigi a Ginevra via Amsterdam, Berlino, Madrid o Milano, la morte come castigo veniva inflitta pubblicamente in cinque modalità principali. Queste vengono dispiestate su una scala penale di gravità

¹⁵ M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205.

¹⁶ G. Chamayou, *Les corps vils. Expérimenter sur les êtres humains aux XVIII^e et XIX^e siècles*, Paris, La Découverte, 2008, pp. 21-95.

¹⁷ L. Vandekerckhove, *La punition mise à nu. Pénalisation et criminalisation du suicide dans l'Europe médiévale et d'Ancien Régime*, Louvain-la-Neuve, Bruylant Acadamia, pp. 37-58.

decescente per riflettere, oltre la natura e le circostanze dei reati, la morale religiosa e sociale e infine la dottrina della sovranità statale.

La scala penale

In primo luogo, al vertice della scala punitiva, la «pena più rigorosa», cioè lo squartamento o il castigo di «essere trascinato da quattro cavalli» riservato – nel diritto penale dell'assolutismo – al criminale regicida (Clément, Ravailac, Damiens), cioè il reato di *laesae maiestatis* nel primo grado¹⁸. Anche se nel 1975 Michel Foucault afferma che lo squartamento è l'emblema del diritto moderno di punire («il bagliore del tormento») ponendo quello inflitto a Robert Damiens (1757) nella prima pagina di *Surveiller et punir*, questa punizione è diventata anacronistica nel momento stesso della sua ultima applicazione pubblica dopo l'aggressione con il coltello a Luigi XV.

Considerata da Foucault come la norma punitiva del castigo penale, la sua durata, che il filosofo trasforma in una tattica punitiva, deriva dall'inesperienza del boia Sanson, che ha dovuto esumare e esaminare documenti antichi nella cancelleria reale per operare scrupolosamente lo squartamento, che sarà un fallimento sanguinoso a causa di una serie di problemi tecnici, tra cui l'inesperienza dei cavalli¹⁹.

Secondo stadio della scala punitiva: «fuoco vivo» per l'eretico, la strega e lo stregone, l'avvelenatore, il sodomita. Tuttavia, dalla fine dei processi di *maleficium* negli ultimi due decenni del XVII secolo (Francia: *Editto del Re*, luglio 1682), il castigo del fuoco scompare lentamente dalla pratica penale. A volte il cadavere di una persona condannata a morte sulla ruota per sodomia o avvelenamento viene gettato nelle fiamme. La combustione postuma è un ricordo dell'atrocità del crimine. A Toulouse, nel 1762, ingiustamente accusato del parricidio di suo figlio che si è suicidato, gli arti del calvinista Jean Calas vengono spezzati sulla ruota prima che il suo corpo sia gettato sul fuoco²⁰.

Il terzo grado della scala punitiva consisteva nella tortura di «essere spezzati vivi» e poi esposti in agonia sulla ruota allestita nel luogo di punizione, fine al sospiro finale. Conosciuto dagli Antichi, ma dimenticato nel Medioevo, il castigo della ruota fu ripreso dalla legge dell'Impero dopo la *Carolina* del 1532, che legittimava ancora la spada. Adottata in Francia nel 1543, la morte

¹⁸ Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, cit.

¹⁹ M. Porret, *A la une de «Surveiller et punir»: l'anachronisme du supplice de Damiens*, in M. Cicchini, M. Porret (sous la direction), *Les sphères du pénal avec Michel Foucault: histoire et sociologie du droit de punir*, Lausanne, Antipodes, 2007 pp. 111-124.

²⁰ M. Porret, *L'aventure affreuse de Calas: crime ou suicide? Antoine Louis mène l'enquête médico-légale*, in J.M. Berlière (sous la direction), *Les grandes affaires criminelles, Du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Perrin, 2020, pp. 59-78.

sulla ruota non era ordinata contro le donne per ragioni di pudore. Si rivolgeva essenzialmente «aux voleurs de grands chemins». Oltre le infrazioni contro la proprietà e le persone, questi ladri commettevano reati notturni o diurni contro la sicurezza delle strade statali. La ruota castigava anche certi assassini condannati per un crimine atroce, cioè omicidio con imboscata o l'avvelenamento. Durante l'Illuminismo, dopo lunghi processi, il bandito parigino Cartouche ed il contrabbandiere dell'Isère Mandrin furono pubblicamente fracassati vivi sulla ruota rispettivamente nel 1721 e nel 1755.

Il quarto livello della scala punitiva era la morte per strangolamento o la «tortura della forca». Noto dal tempo dei Romani (*Furca*, *Strangulatio*), sotto l'*Ancien Régime* questo castigo era riservato ai plebei negli Stati assolutisti mentre sin dal 1720 nella Repubblica di Ginevra viene inflitto a tutti i criminali condannati a morte. Basata su un vero e proprio scontro corpo a corpo tra il boia e il condannato che veniva sollevato in cima a una scala prima di essere lasciato andare nel vuoto per rompergli il collo, l'impiccagione era abituale durante l'Illuminismo per la maggior parte dei criminali di entrambi i sessi condannati a morte. Divenne la forma universale di morte come castigo. Essa si allontanava così gradualmente dalla tortura, una soppressione che la Rivoluzione compirà nel *Code pénal* del 1791.

Il quinto grado della scala punitiva: la morte per decollazione (decapitazione) con la spada e qualche volta completata con l'ascia. Questo castigo era considerato dai penalisti dell'età classica come il «meno rigoroso». A Ginevra, questo castigo scomparve verso la fine del Seicento. Negli Stati monarchici, la decollazione era un privilegio riservato all'aristocrazia per risparmiare loro l'infamia della corda e il contatto fisico con il boia, mentre nei Paesi Bassi repubblicani, in particolare ad Amsterdam, dove il «privilegio della nobiltà» non esisteva, le donne, i borsaioli e gli assassini potevano essere decapitati.

Tuttavia, la storia della decapitazione non si limita all'epoca moderna. Tra il luglio 1789 e il settembre 1791, l'Assemblea Costituente francese stabilì, contro il tradizionale arbitrio, la legalità dei reati e delle pene (*Code pénal*, 1791) abolendo i tormenti dell'Antico Regime, che furono sostituiti dalla semplice privazione della vita, alla quale si aggiunse la pena carceraria. Mantenuta in nome della sovranità assoluta dello Stato rigenerato, la morte come castigo è quella della decollazione per democratizzare il privilegio nobiliare, cioè elevare il plebeo al rango aristocratico. La decapitazione fu sempre inflitta pubblicamente fino al 1939, in modo considerato «indolore», quasi chirurgico, per mezzo della macchina (ghigliottina) modernizzata e fabbricata nel 1792 in nome dell'Illuminismo dai medici filantropi Ignace-Joseph Guillotin e Antoine Louis, e utilizzata a partire dallo stesso anno²¹.

²¹ D. Arasse, *La ghigliottina e l'immaginario del terrore*, Milano, Xenia, 1988; E. Taïeb, *La*

Questo catalogo delle pene capitali illustra la specificità del diritto di punire prima della Rivoluzione: la pedagogia del castigo si basa sulla brutalizzazione espiatoria e corporale dell'*homo criminalis*. Il corpo violato dalla giustizia statale è la misura graduata della severità penale che antepone la punizione e l'eliminazione all'emenda. Il terrore patibolare dovrebbe prevenire il reato. Invariabilmente, le sentenze ripetono la stessa formula: la «pena di morte» naturale «darà paura, terrore ed esempio a tutti gli altri di non cadere in tali [crimini]». Al tempo dell'Illuminismo, questo era il contesto delle pratiche penali che inquadrava il dibattito sulla legittimità o illegittimità della pena capitale, che era applicata in tutta l'Europa continentale, ma in modo decrescente, parzialmente sostituita dai lavori forzati, in particolare nella giurisdizione della Repubblica di Berna.

Gli specialisti del diritto di punire hanno mostrato che dal Rinascimento (monopolio statale del diritto di punire, divieto di vendetta privata) la storia della penalità occidentale è stata una storia di continuo ammorbidimento, di graduale rilassamento, di progressiva moderazione. Sviluppato e indicato prima del 1939 da Norbert Elias per misurare la specificità socio-culturale dell'epoca moderna, il processo di civilizzazione limita progressivamente la violenza interpersonale, rende meno brutali le relazioni sociali, discredita la "vendetta" per contribuire alla costruzione del monopolio statale sulla violenza della guerra e della giustizia. Il processo di civilizzazione distingue anche il diritto di punire. Secondo alcuni storici, il continuo declino dei reati di sangue a favore del crimine appropriativo, contribuì all'allentamento della severità penale, che fu relativamente evidente nel XVIII secolo, in particolare per quanto riguarda la morte come castigo.

Pratica e dottrina

Nonostante la mancanza di una sintesi quantitativa sulla pena capitale nell'Illuminismo europeo, si possono fare alcune considerazioni. Prima di tutto, tre stati europei hanno abolito temporaneamente la pena capitale. Dispotismo illuminato fa rima con moderazione, ma anche abolizionismo. In Russia, sotto il regno di Elisabetta Petrovna, la pena capitale fu sospesa tra il 1741 e il 1762, poi ripristinata da Caterina II. Anche nell'Austria cattolica fu temporaneamente abolita tra il 1781 e il 1787. Nel 1786, nel Granducato di Toscana, laboratorio politico e cameralista dell'Illuminismo, l'abolizione della pena capitale viene aggiunta nella *Leopoldina* all'abrogazione della tortura, della marchiatura a fuoco e della fustigazione²². Per ragioni politiche,

guillotine au secret. Les exécutions publiques en France, Paris, Belin, 2001.

²² L. Tedoli, *La spada e la bilancia. La giustizia penale nell'Europa moderna (secc. XVI-XVIII)*,

gli esperimenti lombardi e austriaci furono brevi. Nell'Impero napoleonico, in Toscana sotto Pietro Leopoldo, la pena capitale fu gradualmente ristabilita dal 1790 (crimini contro lo Stato) e dal 1795 (crimini contro la religione; omicidio, infanticidio, avvelenamento). Lo stesso liberalismo moderato va in rovina in Austria, dove l'imperatore Francesco II ristabilì gradualmente dal 1796 la morte come castigo.

In Francia, prima della Rivoluzione che mantenne la pena capitale, la monarchia di diritto divino non era abolizionista. Oltre alle galere e al bando perpetuo, la morte puniva 115 crimini diversi. La sua applicazione era lasciata all'arbitrio del giudice, che spesso la mitigava con le galere²³.

In Francia la pena di morte segue un declino costante nella maggior parte delle giurisdizioni, in particolare in quelle dei parlamenti di Bretagna, Borgogna, Parigi e nella regione della Provenza. Nel gigantesco territorio del parlamento di Parigi – 40% di quello francese, cioè tra 9 e 10 milioni di abitanti verso la fine del Settecento – i magistrati hanno emesso 45 sentenze a morte sugli 800 imputati condannati annualmente. Se generalizziamo a partire da queste cifre, possiamo stimare che tra il 1750 e il 1789, in Francia, furono giustiziate tra 150 e 160 persone ogni anno, cioè un condannato a morte ogni 60 ore.

Le sentenze emesse dai magistrati del Parlamento di Rennes confermano il lento declino dell'uso della morte come punizione²⁴. Tra il 1720 e il 1739, le condanne a morte rappresentavano il 20% delle sentenze emesse. Sono diminuite costantemente fino alla fine del secolo, dove giungono a meno del 5-6% delle sentenze eseguite. Insomma, come mostrano anche i casi di Neuchâtel, di Ginevra (13 esecuzioni tra il 1755 e il 1790) e dei Paesi Bassi, la situazione generale durante l'Illuminismo fu quella di un declino progressivo della pena capitale seppure con il suo mantenimento per i delitti qualificati da «circostanze atroci»: avvelenamento, crimini di sangue in famiglia (parricidio), stupro di bambini, furto altamente qualificato (notte, furto domestico, uso di armi). Ciò che difficilmente cambia nel contesto del «mantenere ma moderare» è sempre l'ideologia o motivazione penale dell'intimidazione sociale, dell'esemplarità individuale e della prevenzione generale dei reati.

Dagli anni 1760-1770, in questo contesto di conservazione ma di moderazione della morte come castigo, l'Europa dei Lumi conosce un vivace dibattito filosofico sul diritto di punire e la legittimità della pena capitale. Da

Roma, Carocci, 2008, p. 155.

²³ A. Zysberg, *Les galériens. Vies et destins de 60 000 forçats sur les galères de France 1680-1748*, Paris, Seuil, 1987, pp. 10-39.

²⁴ M.Y. Crépin, *La peine de mort au parlement de Bretagne au XVIII^e siècle*, in *Les Parlements de province : Pouvoirs, justice et société du XV^e au XVII^e siècle*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 1996, pp. 341-353.

Montesquieu ai Costituenti del 1789-1791 (in particolare il giurista e membro dell'Assemblea Costituente Adrien Duport di cui il discorso beccariano del 31 maggio 1791 denunciò l'inutilità e il pericolo della pena di morte²⁵), passando per Voltaire, Cesare Beccaria, Joseph Michel Antoine Servan e Gabriel Seigneux de Correvon in Svizzera, la riforma – come sintetizza l'abolizionista Jacques-Pierre Brissot morto sulla ghigliottina del Terrore²⁶ –, determina le condizioni sociali e giuridiche per modernizzare, legalizzare e moderare le pratiche penali nel quadro assolutista o repubblicano.

Secolarizzazione del contenzioso penale affinché la sfera religiosa non invada più la sfera giudiziaria legittimando infiniti supplizi, codificazione dei reati e delle pene per frenare l'arbitrio dei magistrati e garantire la certezza del diritto, abolizione della tortura giudiziaria affinché la verità giudiziaria non dipenda più dalla resistenza fisica di un imputato, individualizzazione della pena proporzionata alla natura del crimine affinché un ladro non sia più punito come un assassino, fine dell'infamia che porta alla recidiva, abolizione delle punizioni corporali e della tortura contrarie alla dignità umana, diritto di difesa (ecc.): rimproverando qualsiasi regime politico non moderato e arbitrario perché senza legalità il riformismo penale propone diverse rotture con la dottrina e gli usi della penalità tradizionale. Questi sono spesso modernizzati, liberalizzati e moderati in anticipo o contemporaneamente al riformismo più radicale.

Dopo il 1760, tra giusnaturalismo e umanesimo, nell'orizzonte di attesa del liberalismo penale, l'illuminismo giuridico amalgama dottrina e pratica che molto spesso generano, rendono possibile o anticipano il riformismo del diritto di punire²⁷. Inserito in quell'orizzonte illuministico, ostile a ogni diritto penale non secolarizzato che distrugge il corpo dell'*homo criminalis*, ritenendo che la punizione sia meno una sanzione morale che politica, abolizionista della tortura come prova e soprattutto della pena capitale per i crimini comuni, a favore delle opere pubbliche per emendare e riabilitare, antepo- nendo la prevenzione alla repressione del crimine qualificato come reato sociale, e sostenendo la legalità contro l'arbitrio, Cesare Beccaria non inventa la modernità del diritto di punire. Ispirandosi al liberalismo moderato di Montesquieu, al sensualismo lockiano e al contrattualismo di Rousseau, tuttavia

²⁵ F. Furet, R. Halévy (a cura di), *Orateurs de la Révolution française*, I. *Les Constituants*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1989, pp. 1291-1295, note sostanziali sul discorso abolizionista di Adrien Duport (31 maggio 1791).

²⁶ G. Cavallaro, *J.P. Brissot criminalista al tramonto dell'ancien régime*, Ferrara, Editrice Universitaria, 1981, pp. 15-180.

²⁷ M.R. Di Simone, *Le riforme del settecento*, in A. Dani, M. Di Simone, G. Diurni, M. Fioravanti, M. Semeraro, *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione* (Lezioni raccolte da M.R. Di Simone), Torino, G. Giappichelli, 2010, pp. 53-73.

indicò risolutivamente ciò che la sua epoca si aspettava per rinnovare lo Stato di giustizia e edificare la civiltà giusta dei Lumi²⁸.

Nella *Die Metaphysik der Sitten* (*La Metafisica della morale*, 1796-97), ironizzando sull'umanità insincera e sui sofismi di Beccaria che non sa interpretare il diritto, Kant approva le pratiche retributive nella penalità del suo tempo come cauzioni egualitarie degli obblighi giuridici tra soggetto e sovrano legittimo. Secondo il filosofo tedesco, la «legge penale è un imperativo categorico». Di conseguenza, per l'uguaglianza di tutti davanti alla giustizia umana, il «diritto di punire è il diritto del sovrano di infliggere sofferenze alla persona che gli è soggetta a causa del suo crimine». In nome dello Stato, vero «*ius talonis* [...] alla sbarra della corte» il castigo penoso culminerà nella morte naturale in qualità di punizione pubblica di chi ha ucciso, in proporzione alla sua «*intima malignità*», ma anche del ribelle politico: «Se il criminale ha commesso un omicidio, deve morire. Non c'è misura comune tra una vita, per quanto dolorosa possa essere, e la morte, e di conseguenza nessuna uguaglianza di crimine e di riparazione, se non con l'esecuzione legale del colpevole»²⁹.

La soppressione della vita come condanna statale è ambigua nel riformismo illuministico. Si potrebbe evocare il consenso dottrinale del suo mantenimento istituzionale, temperato dalla sua moderazione pratica. Mantenere ma moderare la morte come pena per intimidire gli individui irredimibili: dall'alba al tramonto dell'Illuminismo, tale è l'idea formulata, in modo più o meno esplicito, dai dottrinari del diritto penale, dai filosofi e anche da certi letterati che appoggiano la causa riformista del diritto di punire.

Giuristi e magistrati

François Lange alla fine del XVII secolo, Antoine Bruneau nel 1716, Guy du Rousseau de la Combe negli anni 1740, Daniel Jousse dal 1753 al 1777, Pierre-François Muyart de Vouglans dal 1757 al 1780, François Serpillon nel 1767: i grandi dottrinari francesi – avvocati, giudici, magistrati³⁰ – che commentano la dottrina e la pratica secondo l'*Ordonnance criminelle* de Saint-Germain-en-Laye (26 août 1670³¹), ammettono tutti la legittimità della pena

²⁸ M. Porret, *Beccaria. Il diritto di punire*, Bologna, il Mulino, 2013.

²⁹ I. Kant, *Du droit de la punition et de la grâce*, in A. Renaut (sous la direction), *Métaphysique des Mœurs* (II), « Doctrine du droit », II, 49, note E (331), Paris, Flammarion, 1994, pp. 151-160.

³⁰ P. Arabeyre, J.L. Halpérin, J. Krynen (sous la direction), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris, Puf, 2007. Sul liberalismo dei magistrati regi in Francia, vedere l'indagine equilibrata di J.A. Carey, *Judicial Reform in France before the Revolution of 1789*, Cambridge (MSS), London, Harvard University Press, 1981.

³¹ Y. Jeanclos, *La législation pénale de la France du XVI^e au XIX^e siècle*, Paris, Puf (Que sais-je ?), pp. 22-43.

capitale che rimane il segno assoluto della sovranità del re ma anche – idealmente – la barriera dissuasiva contro i reati dei malvagi.

Nel 1780, il più conservatore dei dottrinari francesi, avvocato del Parlamento di Parigi, apologeta e oppositore dei filosofi, Pierre-François Muyart de Vouglans condannò la vulgata penale del suo tempo, rifiutando la moderazione di Montesquieu, il contratto sociale di Rousseau e il lassismo beccariano³². In un tomismo rinnovato, egli considera che l'«ultima punizione» (pena capitale, morte naturale), sempre regolata dalla legge del sovrano, è sempre legittima per «sterminare i malvagi», per frenare la recidiva, per servire da esempio dissuadendo «gli altri dal fare il male», per rinforzare la disciplina pubblica e soprattutto per purgare il corpo sociale e impedire il contagio del male sociale che discende dal peccato originale³³.

Convalidando la filosofia retributiva della punizione espiatoria, Muyart de Vouglans ritiene che la morte penale dipende arbitrariamente dalla «prudenza» dei giudici (p. 52a, 54b) per sanzionare il crimine perfettamente provato. Questo castigo è definitivamente inevitabile quando l'«esperienza» dimostra che le punizioni corporali meno severe sono inefficaci per «arrestare il progresso del crimine» (p. 55a). Eliminazione edificante degli «incorreggibili» (a partire dal XIX secolo, sono chiamati «asociali») e deterrenza dei «crimini atroci» («pericolosità» secondo i penalisti positivisti): questa posizione, ampiamente in linea con quella della magistratura in materia di sicurezza, è talvolta radicalizzata da quello che si potrebbe chiamare un «neo-provvidenzialismo» giudiziario, che stupisce al tempo dell'Illuminismo.

Nel 1771, Daniel Jousse, allievo dell'eminente civilista giusnaturalista Robert-Joseph Pothier, ma anche inquisitore di giustizia presso lo Châtelet d'Orléans, pubblicò i quattro volumi in-4° di una delle più complete sintesi del diritto penale classico: *Traité de la justice criminelle de France* [...], una copia della quale si trovava nella biblioteca di Robespierre³⁴. Ostile al permissivismo beccariano, ma comunque impregnato di liberalismo penale, Jousse legittima la pena capitale come mezzo di intimidazione sociale in termini simili a quelli usati da Muyart de Vouglans. La legittimità del castigo ultimo non è limitata dal terribile caso di errore giudiziario. Infatti, se un individuo viene giustiziato per errore, egli «subisce tuttavia legittimamente la pena di morte meritata

³² M. Porret, *Les "Lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence": Muyart de Vouglans versus Montesquieu*. Seguito da : P.F. Muyart de Vouglans, *Lettre sur le système de l'auteur de L'Esprit des Lois touchant la modération des peines*, «Revue Montesquieu», 1, 1997 (1998), pp. 65-95.

³³ P. Muyart de Vouglans, *Les Lois criminelles dans leur ordre naturel*, Paris, 1780, pp. 52 (b), 53 (b)-54 (a). Esiste una versione abbreviata italiana: *Le leggi criminali nel loro ordine naturale*, 4 vol., Milano, Tipografia Bugginelli, 1813.

³⁴ D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, 4 vol. Paris, Debure Père, 1771. Si veda C. Leveux-Teixeira (sous la direction), *Daniel Jousse: un juriste au temps des Lumières, 1704-1781*, Limoges, PUL, 2007.

altrove in quanto colpevole di altri crimini per i quali la giustizia divina li porta per un'altra via alla punizione che meritano», e questo per «umiliare» i giudici e convincerli della «debolezza dello spirito umano»³⁵.

Se al tempo dell'*Encyclopédie* Diderot e d'Alembert, i dottrinari rimanevano unanimemente legati alla monarchia di diritto divino e alla legittimità intimidatrice ed eliminativa della morte come castigo, certi filosofi – talvolta accusati in quanto lassisti, atei, troppo umani o perfino repubblicani – non erano innovativi riguardo a quella pena. All'ombra del *Léviathan* protettore di tutti, al quale Hobbes affida la spada per intimidire gli uomini che violano il contratto sociale, la discussione sulla morte come punizione critica raramente la sua legittimità politica giuridica, come dimostrano Montesquieu e Rousseau.

Secondo Montesquieu, il cui liberalismo penale s'esprime per la prima volta in alcune delle *Lettres persanes* (1721), «merita un cittadino la morte, allorchè ha violata a segno la sicurezza, che ha tolta la vita, o ha tentato di toglierla. Si fatta pena di morte è come il rimedio della società inferma»³⁶. Sostenendo ovunque la moderazione e la secolarizzazione del diritto di punire per controbilanciare la sovranità assoluta del monarca, Montesquieu aderisce tuttavia alla tradizione platonica della punizione in qualità di terapia sociale.

Per Rousseau nel *Contratto sociale* (1762, II, v), il «diritto alla vita e alla morte» è inseparabile dal potere assoluto del sovrano, che è limitato solo dalla legge formulata secondo la volontà generale. Il «trattato sociale» mira alla conservazione delle «parti contraenti», legittima così l'eliminazione definitiva del suo violatore. Infatti, «ogni malfattore che attacca la legge sociale diventa con i suoi crimini un ribelle e un traditore della patria, cessa di esserne membro violando le sue leggi, e le fa persino la guerra». Come conseguenza di questo stato di guerra nello stato sociale, la «conservazione dello Stato» è «incompatibile» con quella dell'imputato, che deve perire una volta condannato. Il processo dimostrerà che il colpevole «non è più un membro dello Stato». Ne sarà tagliato fuori con l'«esilio come violatore del patto, o con la morte come nemico pubblico». La legge della guerra che legittima l'uccisione dei vinti si applica perfettamente al nemico sociale. Anche se la smisurata severità penale indica la «debolezza del governo», mentre ogni individuo colpevole di un crimine può essere reso «buono per qualcosa», la pena di morte rimane il diritto naturale di ogni società che voglia sopprimere il nemico che minaccia i suoi principi, cioè quello che «non può essere tenuto senza pericolo». Come scudo del patto sociale contro la violenza legata allo stato di natura, come profilassi

³⁵ D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, « Préface », « De l'origine et de la nécessité des peines et des formes judiciaires », cit., pp. XXXIX-XL.

³⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, XII, iv, v. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Venezia, Per Francesco Andreola, 1821, volume secondo, XII, iv, p. 15.

secolarizzata del nemico incurabile, come limite fatale tra lo stato sociale pacificato e lo stato di natura bellicoso, la morte come castigo per Rousseau è una sanzione politica che protegge la popolazione nella città delle leggi.

Nella seconda metà del XVIII secolo, si potrebbero moltiplicare gli esempi che illustrano il consenso a favore della morte come pena su cui Voltaire talvolta esita, a parte i casi del patriarca protestante Calas o dell'irriverente Chevalier de la Barre, entrambi ferocemente giustiziati nel clima di fanatismo generale³⁷. Tra gli intellettuali più noti dopo il 1750 per il loro illuminismo giuridico, Cesare Beccaria, Condorcet, Jeremy Bentham e Giuseppe Compagnoni (che sognò nel 1797 di includere nel suo progetto di «costituzione democratica» il diritto imprescrittibile alla vita garantito dallo Stato ad ogni persona perseguibile³⁸) rifiutarono parzialmente o completamente la pena capitale, che alcuni magistrati illuminati speravano di moderare o abolire, seguendo negli anni 1760-1770 gli esempi del procuratore generale ginevrino Jean-Robert Tronchin o l'avvocato nel parlamento di Besançon Philipon de la Madeleine nel suo famoso *Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitales* (15 dicembre, 1770)³⁹.

Sottolineando che la pena di morte non è e non sarà mai un diritto, l'abolizionismo definitivo di Cesare Beccaria è rivolto principalmente ai crimini comuni più che a quelli che minaccerebbero o rovescerebbero lo Stato. Jeremy Bentham, che ha ideato il *Panopticon* (1791), un'utopia architettonica per la riforma materiale e morale delle istituzioni penali e degli incarcerati⁴⁰, fa eco al liberalismo di Beccaria quando rifiuta la legittimità della pena di morte.

Bentham: il male del castigo

Tra il 1790 e il 1800, dopo Montesquieu, Cesare Beccaria e William Blackstone, alla luce del diritto comune ma in favore della legalità, Bentham ripensa la tradizione classica del diritto di punire. Nella *Théorie des peines et des récompenses* (1818), pubblicata in francese dal pastore liberale ginevrino Etienne Dumont, Bentham scrive: «La pena capitale si divide in due specie, la morte semplice e quella afflittiva: chiamo semplice quella che

³⁷ M. Porret, *Voltaire justicier*, «Cahiers Voltaire», 8, 2009, pp. 7-28.

³⁸ G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia principi di giuspubblico universale*, Venezia, 1797 (Anno primo della Libertà Italiana), VI, «Esame di un dubbio importante sul diritto di vita e di morte», pp. 99-122 (Firenze, Centro Editoriale Toscano, 1987, introduzione di Salvo Mastellone).

³⁹ M. Porret, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au temps des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Droz, 1995, indice generale, «Jean-Robert Tronchin», p. 554; R. Humbert, *Institutions et gens de finances en Franche-Comté, 1674-1790*, «Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté», 1996, p. 408.

⁴⁰ J. Bentham, *Le Panoptique*, Paris, Belfond, 1977.

non è accompagnata da nessuna pena oltre a quella necessaria per realizzarla; afflittiva, quella che è accompagnata da altre pene»⁴¹.

Con questa tipologia binaria, senza filantropismo, Bentham contrappone la pena capitale alla morte come punizione («morte legale») inflitta senza la volontà di produrre sofferenza. Favorevole alla «completa abolizione» della pena capitale e all'istituzione della «reclusione perpetua e laboriosa» come una punizione universale di cui l'esemplarità, l'efficacia e l'utilità oltrepassano la morte legale, Bentham incarna la sensibilità illuminista e beccariana di moderazione e di prudenza nel diritto di punire.

Il padre dell'utilitarismo evoca le «qualità penali che mancano alla pena di morte». La morte come punizione è assimilabile al crimine di omicidio; può quindi essere «popolare»; è efficace nel distruggere il «potere di nuocere»; è esemplare solo nel fatto che produce una passeggera «impressione più viva di tutte le altre punizioni». Il rovescio della medaglia: la morte come punizione non è «convertibile».

Il castigo capitale produce una perdita sociale nel «numero di uomini» che costituisce l'unica ricchezza nazionale come Smith ha dimostrato. La pena capitale è socialmente ineguale nella sua «operazione preventiva»: intimidisce solo gli individui raffinati e non i «ladri» e i «briganti professionisti» che la considerano come un sinistro professionale, allo stesso modo in cui i marinai o i soldati temono il naufragio o il colpo di cannone. L'«infamia del loro stato», nota Bentham, «li rende insensibili all'infamia della tortura».

Non «*rémissible*», la pena di morte permette l'errore giudiziario irreparabile. Il supplizio, tormento del liberalismo penale, è lo strumento per il dispotismo e la tirannia politica. Distrugge le prove testimoniali del reo che risiedono nella «memoria dei criminali». Idealmente, grazie all'Illuminismo del secolo, la forza non è più «popolare», e «lo diventa meno di giorno in giorno, man mano che le menti si illuminano e i costumi si addolciscono».

Ci sono pochi argomenti morali, ma un utilitarismo giuridico ben forgiato, moderno, senza metafisica, che dimostra che Bentham è un abolizionista nel momento stesso in cui i legislatori dell'Assemblea Costituente legalizzano la pena capitale nel codice penale del 1791 staccandola dal regime del supplizio e perpetuando la sua modalità di esecuzione pubblica, in totale continuità con l'Antico Regime nell'idea del suo legame con la sovranità statale.

Se, aggiunto ai pochi discorsi abolizionisti dopo Beccaria, il testo di Bentham è abolizionista, esso possiede anche un altro interesse. In effetti, indica la crisi del regime del supplizio che Michel Foucault ha sottovalutato nel 1975 in *Surveiller et punir* ignorando l'anacronismo dello squartamento

⁴¹ *Théorie des peines et des récompenses*. Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais par Et. Dumont, Paris, Londres, Bossange et Masson, 1818, 2 vol., I, II, xiii, « Des peine capitales », pp. 269-282.

del regicidio Damiens, abominevole punizione pubblica che rivolta l'opinione pubblica dell'illuminismo⁴². Bentham evoca la lenta erosione penale dei «supplizi afflittivi». Secondo lui, la storia del diritto di punire implica un graduale ammorbidimento che va dalla scomparsa della crocifissione a quella dello squartamento o della ruota:

Per esaurire l'argomento, sarebbe necessario passare in rivista i registri criminali di tutte le nazioni; ma quale scoperta utile all'umanità potremmo sperare da una tale ricerca, capace di compensare il suo disgusto? Rinunciamo a questo studio e a queste descrizioni, tanto più volentieri in quanto tutte le pene afflittive sono scomparse dai codici più recenti d'Europa, e poiché, dove non sono state formalmente abolite, non vengono più eseguite. Godiamo di questo felice effetto del progresso dell'illuminismo: ci sono poche occasioni in cui la filosofia può offrire ai governi felicitazioni più giuste e onorevoli⁴³.

Intuitivamente, mostrando che l'utilità migliora la pratica del diritto di punire, che essa aderisce empiricamente alla morale, che riecheggia una nuova sensibilità degli uomini, Bentham afferma ciò che gli archivi della pratica penale dimostrano ovunque. Dopo il 1750, il tempo dell'Illuminismo è quello della crisi nell'economia del tormento, del crepuscolo della pena capitale e dell'emergere di una emotività sociale ostile al "dolore come castigo". In questo modo Bentham formula l'essenza del liberalismo penale che fa entrare in crisi il diritto di punire tradizionale.

La durata del supplizio che violenta il corpo del soggetto punito deve ripugnare al pubblico assiepato davanti alla forca più che moralizzarlo. Da allora in poi, la «pietà segue, il cuore si rivolta, il grido dell'umanità ferita si fa sentire. [...] Queste esecuzioni sanguinose e le storie spaventose che si diffondono su di esse sono il vero principio di questa sorda empatia che si forma contro le leggi e il loro ministro [...]»⁴⁴. Nel momento della riforma penale, per ragioni di sensibilità sociale e di utilità penale, Bentham scredita l'economia del supplizio a causa del suo anacronismo e della sua natura tirannica. Egli rivendica il liberalismo dell'Illuminismo che Voltaire dopo Beccaria ha riassunto nella celebre formula: «Un impiccato è inutile».

Con la sua sensibilità utilitaristica, Bentham squalifica la «punizione afflittiva» [quel] «cerchio in cui è rinchiuso il *male della punizione*»⁴⁵. Tra la punizione della frusta e il marchio del ferro rovente, il castigo corporale degrada la condizione umana perché le «mutilazioni» non riparabili contraddicono l'«economia» del lavoro fisico come principio sostanziale della vita sociale:

⁴² M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 2014, prime pagine.

⁴³ *Théorie des peines et des récompenses*, cit., p. 271.

⁴⁴ Ivi, pp. 274, 275.

⁴⁵ Ivi, p. 120.

A parte la sofferenza organica, le punizioni che colpiscono l'esterno della persona producono i loro effetti svantaggiosi: fisicamente, l'individuo può diventare un oggetto di disgusto; moralmente, può diventare un oggetto di disprezzo: in due parole, il risultato può essere la perdita della bellezza o della reputazione⁴⁶.

Durante l'Illuminismo, la filosofia del rispetto umano ha generato un'antropologia ostile alla sofferenza dell'essere umano. Questa tradizione di compassione altruista si radica nel *Treatise of Human Nature* (1739-1740) di David Hume. Secondo il filosofo scozzese, la compassione, che condanna la sventura, la miseria e la sofferenza morale o fisica, articola una «filosofia naturale della vita quotidiana» che deve essere contenuta dalla dignità. Il risultato è la compassione per l'individuo degradato dalla malattia ma anche dalla punizione smisurata. Quest'etica della compassione culmina in *The Theory of Moral Sentiments* (1759) di Adam Smith che legge Rousseau.

Secondo Bentham, l'emozione altruista scredita la pena capitale perché tutte le torture degradano la persona che le subisce attraverso la sofferenza. Durante l'Illuminismo, coloro che ne furono testimoni indignati, trovarono intollerabile i supplizi inscenati dai tribunali. In *Les Nuits de Paris*, libertino e letterato, Rétif de la Bretonne illustra la sensibilità della compassione illuministica ostile moralmente al castigo corporale e letale:

Rincasò dalla rue Saint-Antoine e dalla Grève. Tre assassini erano stati battuti il giorno prima: non credevo che avrei avuto questo orribile spettacolo, che non avevo mai osato contemplare. Ma mentre attraversavo, ho intravisto un uomo sfortunato, pallido, mezzo morto, sofferente per i dolori della domanda fatta venti ore prima, che scendeva dall'Hôtel de Ville, sostenuto dal boia e dal confessore. [...] Ho visto uno spettacolo orribile, anche se la tortura era attenuata. Lo sfortunato aveva rivelato i suoi complici. È stato strangolato prima del pestaggio. Un laccio emostatico posto sotto l'impalcatura ha stretto una corda passata sul collo del paziente, che è stato soffocato. Per molto tempo il confessore e il boia tastarono il suo cuore, per sentire se l'arteria batteva ancora, e gli orribili colpi non vennero dati finché non batteva più... Me ne andai con i capelli rizzati dall'orrore⁴⁷.

«Mantenere ma moderare»: dagli anni 1750, il calo del ricorso alla pena capitale legato alla critica morale e giuridica dimostra che nel secolo dei Lumi la vita umana, anche quella dell'*homo criminalis*, assume un nuovo valore sociale. Secondo Montesquieu nel 1748, il regime politico determina la natura del diritto di punire: la moderazione della sovranità è la vera forza della spada nel campo penale⁴⁸. Liberali utilitaristi e compassionevoli, i fondamenti della moderazione penale rinforzati da una legge conforme alla morale altruista

⁴⁶ Ivi, p. 121.

⁴⁷ N. Rétif de la Bretonne, *Les Nuits de Paris* (1788), a cura di Jean Varloot e Michel Delon, Paris, 1987, « Dixième nuit : le rompu », pp. 56-57 (il nostro corsivo).

⁴⁸ D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli, 2016, cap. VII.

dell'Illuminismo, immagineranno la prigione come una pena correttiva e un modo di reintegrazione sociale.

Nel 1760, Jean-Robert Tronchin, illuminato procuratore generale della Repubblica di Ginevra, grande lettore di Montesquieu, piuttosto sfavorevole alla pena di morte, all'infamia e ai castighi corporali che degradano gli individui senza correggerli, incarnava quel liberalismo penale. La pena capitale non è adatta ai regimi politici moderati come la repubblica. Se essa è «necessaria forse in una monarchia, in una città immensa, presso una nazione vivace e suscettibile di forti impressioni», è «eccessiva in una città molto limitata, dove gli individui privati, continuamente sotto gli occhi dei magistrati, possono essere facilmente controllati»⁴⁹. Per Tronchin, sempre sulla soglia dell'equità, occorre mantenere teoricamente la pena capitale nel diritto di punire, ma senza applicarla. Tra Montesquieu, Tronchin, Beccaria e Bentham, la storia culturale dell'illuminismo penale si può scrivere intrecciando le pratiche e le idee del diritto di punire, tra archivio giudiziario, leggi e libri stampati.

⁴⁹ Archivio dello Stato di Ginevra [AEG], P.C. [processo criminale] 10832, «Excès scandaleux» [eccessi oltraggiosi], Conclusions du procureur général [atto d'accusa del procuratore generale].

Floriana Colao

Percorsi della pena castigo tra attualismo penale, umanesimo penale, giustizia fascista

Un romanzo, come per esempio *Delitto e castigo*, val più di una biblioteca di trattati antropologici.

(Ugo Spirito)

1. 'Scuole', filosofia e riforme penali

In una conferenza palermitana del 1916 Giuseppe Maggiore – magistrato, vicino a Giovanni Gentile – sosteneva che l'«attualismo», tra «classicismo e positivismo penale», avrebbe fatto «dir di sè alla storia che *arbitro si assise in mezzo a lor*»¹; i *Principii di diritto penale* indicavano nella «pena-castigo, retribuzione ed espiazione, il fulcro del diritto penale»². Nel 1925 Ugo Spirito pubblicava *Storia del diritto penale italiano*, segnata da «Scuole che si succedono»³; ne proponeva una «terza», tesa a non «astrarre il diritto dalla vita». Spirito rimandava al magistero di Gentile – in particolare all'idea di «Stato sostanza etica»⁴ – «il criminalista che voglia pervenire ad una cognizione sem-

¹ G. Maggiore, *L'unità delle scuole di diritto penale*, Palermo, Fiorenza, 1918, p. 1. G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, Sansoni, 3ª ed., 1937, p. 93 citò G. Maggiore, *Il diritto nel suo processo ideale*, Palermo, Fiorenza, 1916, su cui F. D'Urso, *L'emersione del 'giuridico' nella filosofia di Giuseppe Maggiore: da L'unità del mondo a Il diritto e il suo processo ideale*, «Annali dell'Università degli studi Sant'Orsola», 2013-2015, pp. 99 ss. Su «uno dei più sconcertanti ma anche più vivi e interessanti giuristi degli ultimi cinquant'anni» cfr. G. Bettioli, *Sul pensiero penalistico di Giuseppe Maggiore*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1968, pp. 361 ss.

² G. Maggiore, *Principi di diritto penale. Parte generale*, I, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1939, p. 558.

³ De la *Storia* colse il rilievo M. Sbriccoli, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 1014.

⁴ Gentile, *I fondamenti* cit. p. 129, su cui G. Punzo, *I fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile*, in P. Di Giovanni (a cura di), *Giovanni Gentile. La filosofia italiana tra idealismo e anti-idealismo*, Milano, FrancoAngeli, 2003, pp. 367 ss. Su Croce e Gentile nel pensiero giuridico cfr. almeno D. Floriduz, *Ugo Spirito, interlocutore e critico di Benedetto Croce*, in A. Russo, P. Gregoretti, (a cura di), *Ugo Spirito filosofo Filosofo, giurista, economista e la recezione dell'attualismo a Trieste*, Trieste, EUT, 2000, pp. 159 ss.; A. Pinazzi, *Attualismo e problema giuridico. La filosofia del diritto*

pre più profonda dei problemi»; prospettava la pena come instaurazione di un «livello superiore», nell'umanità del colpevole e nel «mondo»⁵. Pur celebrando il «trionfo dell'indirizzo tecnico giuridico» Arturo Del Giudice riconosceva l'importanza dell'«idealismo attuale», ed indicava le convergenze con l'«umanesimo nel diritto penale»⁶. Questo indirizzo dal 1906 era «impersonato» da Vincenzo Lanza, che accusava le «Scuole maggiori» di trascurare la «psiche individuale e collettiva» della «reazione penale», intesa come «vendetta spiritualizzata», sottratta allo Stato di diritto ed affidata allo «Stato educatore»⁷. Nel 1925 il penalista siciliano fondava una «Rivista persona», la «Scuola penale umanista», «nuova» nel considerare il delitto «violazione dei sentimenti morali», prima che dei precetti giuridici; la «sanzione» era chiamata ad operare sulla «nostra coscienza»⁸.

L'attualismo e l'umanesimo penale erano accomunati dal modellare la pena sulla nozione morale e religiosa del *castum agere*⁹, del rendere il colpevole *castus*¹⁰; il castigo era inteso come «spinta al bene, sofferenza attiva», strumento di una giustizia «riparatrice»¹¹, oggi declinata, nel contesto della crisi del diritto penale, nei termini della «riparativa»¹². Nella prima metà del Novecento la presenza culturale ancorata ad un penale 'filosofico' complica l'immagine di una penalistica attardata sull'eredità dei «*Two Caesars*»¹³ e

alla scuola di Giovanni Gentile, Prefazione di M. Mustlè, Roma, Aracne, 2015; M. Lalatta Costerbosa, *Diritto e filosofia del diritto in Croce e Gentile*, in *Croce e Gentile. La cultura italiana e l'Europa*, Roma, Enciclopedia italiana Treccani, 2016, pp. 317 ss.; M. Donini, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile, Legacy & misfortune tra diritto, etica e politica*, «Rivista italiana di scienze giuridiche», 2018, pp. 123 ss.

⁵ U. Spirito, *Storia del diritto penale da Casare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze, Sansoni, 3ª ed., 1974, pp. 117, 220, su cui cfr. A.A. Calvi, *Ugo Spirito criminalista (Riflessioni sulla terza edizione della Storia del diritto penale italiano)*, «Quaderni fiorentini», 1974-1975, pp. 801 ss.; in generale Russo, Gregoretti (a cura di), *Ugo Spirito. Filosofo, giurista, economista e la recezione dell'attualismo a Trieste* cit.; L. Zavatta, *La pena tra espiazione e redimere nella filosofia giuridica di Ugo Spirito*, Prefazione di G. Capozzi, Napoli, Esi, 2005.

⁶ A. Del Giudice, *Un umanista nel diritto penale. Memoria letta all'accademia Pontaniana nella tornata del 2 Marzo 1930*, Napoli, 1930, pp. 11 ss.

⁷ V. Lanza, *L'Umanesimo nel diritto penale: analisi psicologica della reazione penale*, Palermo, A. Reber 1906; Id., *Umanesimo e diritto penale. Saggio sulla nuova scuola penale italiana*, 2ª ed. Catania, Muglia, 1929.

⁸ V. Lanza, *La nuova scuola penale. L'umanesimo*, «La Scuola penale umanista. Rassegna trimestrale di dottrina e giurisprudenza penale», 1925, p. 5.

⁹ B. Santalucia, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, Cedam, 2009, p. 9.

¹⁰ U. Curi, *Il colore dell'Inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, p. 105.

¹¹ Del Giudice, *Un umanista* cit., p. 10.

¹² Sul tema oggi, anche per riferimenti alla *restorative justice* cfr. almeno L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e pensiero, 2015; G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015; G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa: formanti, parole, metodi*, Torino, Giappichelli, 2017.

¹³ P. Garfinkel, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, Cambridge University press,

poi ‘allineata’ alla *Prolusione* di Arturo Rocco, che, nella critica di Maggiore, incarnava «un certo tipo di scienziato: quello avente come ideale la giurisprudenza pura»¹⁴. Vincenzo Manzini – per Spirito l’«antifilosofo»¹⁵ – stigmatizzava l’«infezione filosofica», lasciando alla «filosofia del diritto», altro dalla «scienza penale», un inutile discettare sull’«idea del diritto», sull’«universale astratto»¹⁶. In modo non sprezzante Giacomo Delitala affidava alla «Rivista di filosofia neo-scolastica» una densa riflessione critica sull’idealismo, sia nella versione di Croce – la riduzione del diritto all’attività economica – che in quella di Gentile, riduzione all’attività etica. Il penalista riconosceva a Spirito l’aver posto il nesso tra delitto ed «uomo»; affidava «ai filosofi» la «risposta» al «problema filosofico» della pena, distinto dalle «ricerche giuridiche, necessariamente tecniche e astratte»¹⁷.

Il «conflitto tra le cosiddette scuole» investiva la codificazione; Arturo Rocco e Manzini – che ne sarebbero stati artefici – nel 1920 proponevano l’unione tra «diritto criminale preventivo» e «pena difensiva dell’esistenza della società organizzata, cioè dello Stato»¹⁸. Il “Progetto” di Enrico Ferri presentava invece «una varietà maggiore di sanzioni», «più moderne e umane», tali per essere «estrane a qualsiasi pretesa di infliggere un castigo proporzionato ad una colpa morale»¹⁹. Si imponeva l’idea di Rocco e Manzini; «La scuola penale unitaria» celebrava la «mirabile sintesi» – «funzione intimidatrice ed emendatrice»²⁰ – opera dell’«illustre giurista, che regge il dicastero della Giustizia»²¹. La codificazione sembrava porre fine alle domande “filosofiche” sul punire, dal momento che – per Alfredo De Marsico – aveva realizzato «la confluenza disciplinata di diritto e filosofia»²². Maggiore riteneva invece quest’ultima «valore necessario» per ulteriori «riforme penali, specchio luminoso dell’etica della nazione»²³. Alfredo Rocco aveva una sua “filosofia”, il

2017, p. 5.

¹⁴ G. Maggiore, *Arturo Rocco e il metodo tecnico giuridico*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, Giuffrè, 1952, I, p. 3.

¹⁵ Spirito, *Storia* cit., p. 185.

¹⁶ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, Bocca, 1908, p. 4.

¹⁷ G. Delitala, *Per la storia del diritto penale*, «Rivista di filosofia neo scolastica», 1926, pp. 55-56.

¹⁸ Ar. Rocco, V. Manzini, *Il problema e il metodo della scienza penale*, «Rivista di diritto e procedura penale», 1920, p. 353.

¹⁹ *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (1921). Relazione del presidente Enrico Ferri...*, in E. Ferri, *Principii di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 615.

²⁰ Cfr. già D. Grandi, *Relazione del ministro guardasigilli sulla riforma penale e penitenziaria fascista*, «Foro italiano», 1941, p. 60.

²¹ G. Sabatini, *Il programma della scuola penale unitaria*, «La scuola penale unitaria. Rivista critica internazionale di dottrina, giurisprudenza e legislazione», 1927, p. 2.

²² A. De Marsico, *Eduardo Massari*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, Napoli, Jovene, 1937, p. XIV.

²³ G. Maggiore, *Correnti filosofiche e riforme penali*, in *ivi*, p. 2.

«castigo» come «carattere fondamentale della pena»; «emenda» e «risocializzazione» erano pensate entro l'«afflittività»²⁴.

2. “Note penalistiche” di Croce e Gentile, Maggiore, Ferri “idealista”

La riflessione di Croce sul senso del punire prendeva le mosse dalla critica del positivismo, «il diritto non è la legge, che dorme nel codice, ma la legge a cui si pone mano». Il «rapporto tra diritto e morale», «distinti ed uniti», appariva come «il capo dei naufraghi», più che lo jheringhiano «capo Horn (o capo delle tempeste)»²⁵. Da un lato Croce asseriva che era «del tutto vano dissertare [...] se il fine della pena sia la *deterritio* o l'*emendatio*»²⁶; dall'altro le attribuiva un «valore energetico sulle coscienze» dei colpevoli, presupposto e condizione per un «cangiamento volitivo»²⁷. Affermava inoltre che «non si è responsabili, si è fatti responsabili dalla società [...] se ti conformi, avrai premio: se ti ribelli avrai castigo»; aggiungeva che «ogni condanna è un perdono, cioè un invito e un aiuto alla redenzione»²⁸. Gentile affrontava questi temi dalla prospettiva pedagogica, per cui l'«alunno» riconosceva l'errore attraverso il castigo, inteso a colmare la «scissura tra spirito e legge». Il filosofo siciliano definiva «antieducativo trattare un corpo come un corpo, non trattarlo come spirito»; nel castigo indicava anche un limite, che il maestro non doveva superare, pena negare l'umanità dell'allievo. Tematizzava il «diritto al castigo», «male giustificato dal bene che realizza»; ammetteva il «perdono», per risparmiare al colpevole pentito «castighi inutili»²⁹.

Nelle pagine dedicate al pensiero di Bertrando Spaventa Gentile rifletteva su pena e delitto, con la prima non «imposta *ab extra* allo spirito», ma operante nella «*intimità critica*» del reo³⁰; questa «vera punizione» pareva in contraddizione con la «perpetuità della pena e della pena di morte»³¹, ammessa da Croce come «minaccia utilitaria»³². In prospettiva storica Gentile osservava che il positivismo aveva perso terreno nel campo della filosofia, ma non in

²⁴ *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) per l'applicazione del testo definitivo del Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, «Rivista di diritto penitenziario», 1931, p. 585.

²⁵ B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto all'economia*, Napoli, Ricciardi, 1926, p. 50.

²⁶ Id., *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Bari, Laterza, 1945, p. 348.

²⁷ Id., *Responsabilità*, in Id., *Etica e politica*, Milano, Adelphi, 1994, p. 147.

²⁸ Id., *Perdonare e dimenticare*, in ivi, p. 41.

²⁹ G. Gentile, *Sommario di pedagogia come scienza filosofica*, II, Firenze, 1985, pp. 53 ss. Su regole e castighi in campo educativo cfr. I. Marchetti, C. Mazzucato, *La pena in castigo*, Presentazione di G. Forti, Introduzione di L. Eusebi, Milano, Vita e pensiero, 2006, p. 183.

³⁰ G. Gentile, *Prefazione*, in B. Spaventa, *Principi di etica*, Napoli, tip. Luigi Pierro e figlio, 1904, p. XVIII.

³¹ G. Gentile, *Prefazione*, in B. Spaventa, *Scritti filosofici*, Napoli, Morano, 1901, p. CXI.

³² Croce, *Filosofia della pratica* cit., p. 348.

quello dei Lombroso, Ferri «e seguaci», criticati per negare «l'atto spirituale» nel delitto, per porre fuori dalla società il delinquente, irriducibile a «corpo malato», ove l'«anima non c'è più»³³. Nel Corso di filosofia del diritto, tenuto a Pisa nel 1916, affermava che «autorità è la stessa esistenza della libertà e la libertà fuori della legge è mera astrattezza»; rifiutava di considerare il diritto come «vuota forma». Tematizzava la funzione sociale della «pena giusta», sintesi di delitto e castigo, «intuita dai consociati come coronamento di un processo triadico completo»; «coazione e sanzione» erano ricomprese nello «Stato sostanza etica», non «*inter homines*», in «*interiore homine*»³⁴.

Su queste basi nel 1923 Maggiore si poneva alla ricerca di una «dogmatica nuova», 'politica'; bandiva «il presupposto filosofico e giuspubblicistico dello Stato contrattuale e democratico» per affermare il «fine educativo» della pena, «reintegrazione dell'ordine morale attraverso il senso di giustizia». Il castigo, calibrato sull'«individualità del reo», era vocato a «instaurare nel reo un livello spirituale superiore, rendendolo consapevole del suo errore, facendogli riconoscere la superiorità del diritto da lui violato»³⁵. In «*Stato forte e Stato etico*» Maggiore ancorava il diritto penale alla morale ed alla politica del regime; la recensione di Croce era severa, nel censurare certi «impiastriatori di fascismo e filosofia»³⁶. Un'ampia monografia dell'idealista Fausto Costa condannava la «dommatica» come la «peggiore di tutte le filosofie» e affidava i «principi del diritto penale» alla «indagine filosofica». Croce era indicato come il «filosofo che contribuì a snobbare le menti», Gentile e Maggiore come assertori del «reintegrare l'umanità del reo»; Costa chiedeva al «legislatore di applicare questi principi penali»³⁷.

Su «La scuola positiva» Maggiore asseriva che il concetto dell'atto puro e incondizionato faceva sorgere la «responsabilità legale» di tutti, anche dei «non imputabili»; la *Nota di redazione* plaudiva al «fine educativo» del castigo ed alla «responsabilità legale», sottolineando il «perfetto accordo con la filosofia dell'attualismo assoluto», con l'idea di «Stato organismo etico vivente ed eticamente operante, che ha il diritto dovere di difendersi»³⁸. Nella *Prolusione* romana del 1924 Ferri prendeva le difese dell'attualismo, investito dalla critiche della neoscolastica; replicava a padre Gemelli – che ricordava ai

³³ G. Gentile, *Storia della filosofia italiana*, II, *I positivisti*, a cura di E. Garin, Firenze, Sansoni, 1969, pp. 305 ss.

³⁴ Gentile, *I fondamenti* cit., pp. 94, 108 ss., 129.

³⁵ G. Maggiore, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, «Rivista di filosofia del diritto», 1923, p. 364.

³⁶ B. Croce, Maggiore G., *Stato forte e Stato etico*, «La critica», 1925, p. 374.

³⁷ F. Costa, *Prefazione*, in F. Costa, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, Facchi, 1924, pp. 363 ss., 377.

³⁸ G. Maggiore, *Attualismo e responsabilità legale*, *Nota di red.*, «La Scuola positiva», 1924, p. 365.

«cattolici» la «convinzione bimillenaria» dell'imputabilità – di aver a cuore i «problemi filosofici e religiosi relativi alle colpe umane». Prospettava una difesa sociale «efficace» ed «umana», nel legare la «responsabilità legale», intesa come «responsabilità universale», all'«atto spirituale del soggetto», come indicato da «Gentile e seguaci»³⁹. «La civiltà cattolica» scriveva di «fallite difese di Enrico Ferri», cui rimproverava il «parlare di Chiesa [...] senza conoscere i primi rudimenti del catechismo cristiano»⁴⁰. Con ironia Croce si compiaceva del nuovo interesse di Ferri per la filosofia, ma criticava il «carattere utilitaristico, bellicoso del diritto penale come difesa sociale», ancorato al «responsabili tutti, anche i matti»; la pretesa ferriana di «sedersi alla tavola» dell'attualismo pareva risolversi nella «vieta considerazione della pena come catarsi dell'individuo»⁴¹.

Dal canto suo Ferri «trasfigurava» la «riforma penale», presentata da Rocco al Senato, nel segno del passaggio dalla «pena castigo» alla «pena difesa»⁴²; nella *Prolusione* del 1927 non poteva non prendere atto della distanza tra il suo *Progetto* e quello di Rocco, poggiante sulla somma della «pena castigo per i moralmente responsabili» e la «misura di sicurezza (pena difesa) [...] per i non moralmente responsabili»⁴³. Una «eco idealista» pareva improntare la proposta di Ferri – ripresa dal dibattito sul *Regolamento* penitenziario del 1931 – in tema di «adattamento esecutivo della sanzione», per cui «la pena difesa e la pena educazione» dovevano sostituire «la pena castigo, che dalle leggi Manù è giunta fino ai giorni della Scuola positiva»⁴⁴.

3. «Note filosofiche» di penalisti umanisti

Le *Istituzioni* di Impallomeni – pubblicate postume a cura di Lanza – «ai giorni nostri» indicavano il castigo come «taglione spiritualizzato», non più «occhio per occhio», ma «male giuridico della pena», commisurato al «male giuridico del reato»⁴⁵. Le «note filosofiche» di Alimena, assertore di una «scuola critica», davano «ragione» sia alla «scienza» – il delitto non si sottraeva alla «legge universale della causalità» – che alla «coscienza», «ci sentiamo responsabili perchè siamo liberi»; la pena era intesa come coazione psicolo-

³⁹ E. Ferri, *Scuola criminale positiva e filosofia idealista*, «Scuola positiva», 1925, p. 503.

⁴⁰ F.M. Cappello, *Le fallite difese di Enrico Ferri*, «La civiltà cattolica», 1928, pp. 490 ss.

⁴¹ B. Croce, *Scuola criminale positiva e filosofia idealista*, «Critica», 1925, pp. 247-248.

⁴² *Il pensiero di Enrico Ferri sulla riforma penale annunciata dall'onorevole Alfredo Rocco*, «Scuola positiva», 1925, p. 389.

⁴³ Ferri, *Il progetto Rocco di codice penale italiano*, in Id., *Principii* cit., p. 816.

⁴⁴ Ivi, p. 366.

⁴⁵ G.B. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, Utet, 1911, p. 54.

gica per l'uomo in grado di comprendere il castigo⁴⁶. Perego richiamava i «valori filosofici» di Bergson nel prospettare la sentenza come «misura intermedia», tra «violenza, diretta a recare un male al delinquente», ed «intuitiva consonanza dolorosa orientata verso la pietà, nella comune e più profonda conoscenza del male»⁴⁷. Del *Progetto* Ferri Lanza apprezzava l'attenzione per l'esecuzione, rivendicando per l'umanesimo penale il primato nel chiedere allo «Stato educatore» di ovviare al «completo abbandono del reo dopo la condanna»⁴⁸. Il penalista siciliano asseriva che «la pena o viene attuata come educazione [...] o non ha ragione d'essere»⁴⁹; per protestare contro lo stigma di «*pietisti*»⁵⁰ Lanza e Giuseppino Ferruccio Falchi – libero docente di diritto e procedura penale a Padova – legavano l'educazione dei rei alla coercizione⁵¹. Gli umanisti non potevano non confrontarsi con il 'poco umano' ripristino della pena di morte; Lanza si allineava ai tanti, che liquidavano la questione come «problema politico». Carnevale – dal 1891 teorico di una «terza scuola»⁵², critico del *Progetto* Ferri⁵³ – affermava invece che i «sentimenti di vendetta» non dovevano essere assecondati «a sangue freddo dallo Stato»⁵⁴. Falchi sosteneva che la pena capitale privava il condannato del «futuro di vita sociale»; all'argomento della «popolare domanda per i reati di maggior allarme sociale» rispondeva che «la giustizia» non doveva essere «affidata alle esigenze impressionistiche ed anonime delle moltitudini, facilmente alla mercè dei demagoghi»⁵⁵. A commento dell'eclittismo del codice Carnevale distingueva tra pena castigo, «difesa di forza», e misura di sicurezza, «difesa di cura»⁵⁶; all'indirizzo tecnico-giuridico rimproverava il negare l'eticità della pena, vocata a curare «il male del delitto», da «sopprimere per l'oggi e per il domani», in vista di una «più umana giustizia»⁵⁷.

⁴⁶ B. Alimena, *Note filosofiche di un criminalista*, Modena, Formiggini, 1911.

⁴⁷ L. Perego, *I nuovi valori filosofici e il diritto penale*, Milano, Società editrice libraria, 1918, p. 175.

⁴⁸ V. Lanza, *Il progetto Ferri e la concezione umanista della penalità*, «Bollettino di diritto penale», 1923, p. 5. Sul tema cfr. M.N. Miletta, *La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale*, «Diritto penale contemporaneo», 2017, pp. 33 ss.

⁴⁹ Lanza, *Umanesimo e diritto penale* cit., p. 8.

⁵⁰ Del Giudice, *Un umanista* cit., p. 21.

⁵¹ G.F. Falchi, *Sistema generale umanista nel diritto penale*, Catania, Zuccarello, 1928, pp. 74 ss.; Id., *Le Basi morali del diritto penale*, Padova, Zannoni, 1930; Id., *Filosofia del diritto penale*, Padova, Zannoni, 1936.

⁵² G. Impallomeni, *Una terza scuola di diritto penale*, Roma, Tip. Le Mantellate, 1891.

⁵³ E. Carnevale, *Perché mi sono dimesso da membro della Commissione di riforma delle leggi penali*, «Rivista penale», 1920, pp. 169-170.

⁵⁴ Fonti in G. Tessitore, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, FrancoAngeli, 2000, pp. 184, 199.

⁵⁵ G.F. Falchi, *Il diritto penale esecutivo*, Padova, Zannoni, 1935, pp. 121 ss.

⁵⁶ E. Carnevale, *Il sistema del diritto penale e la misura di sicurezza*, «Foro italiano», 1936, p. 228.

⁵⁷ E. Carnevale, *Il principio progressivo del diritto penale e i problemi odierni*, «Rivista di diritto penitenziario», 1938, p. 441.

4. Il «nuovo idealismo» di Ugo Spirito nella critica del Progetto Rocco

La *Storia del diritto penale italiano* di Spirito era anche un contributo alla riforma *in fieri*; nella seconda edizione l'autore non esitava a rimproverare al «nuovo codice», «filiiazione diretta dell'indirizzo tecnico giuridico», di aver isolato la giustizia «dai problemi cui si riferisce», dalla «vita»⁵⁸. Spirito richiamava il pensiero di Gentile, nel porre a «fondamento imprescindibile» della penalità i «nuovi concetti di libertà e responsabilità morale»; condivideva con Croce la riflessione sul «premio» e «castigo», criticando però la sintesi crociana di libertà e responsabilità, che pareva sfociare nell'«abborrito positivismo». Del pensiero di Carrara la *Storia* apprezzava la tensione a «correggere i colpevoli, incoraggiare i buoni, ammonire i mali inclinati»; al «razionalismo astratto ed antistorico» opponeva l'«unità etica», non fondata sul «principio estrinseco del contratto», ma su quello «intrinseco dell'amore». Il castigo era vocato a «risolvere nell'animo stesso del delinquente ogni possibile conflitto tra norma etica e norma giuridica», ad «instaurare nella coscienza del reo un livello spirituale superiore», nell'assunto che «punire significa redimere». Da qui la richiesta di una «nuova forma mentis» per il «giudice penale», che, «dall'alto del suo seggio solenne, scende fino al reo [...] dal momento del delitto fino ad un tempo indeterminato dopo l'estinzione della pena». Spirito affermava il «diritto» del colpevole ad essere «punito», cioè educato, fino ad essere «degnò della libertà»; tematizzava una «giustizia una per tutti», «diversa per ognuno»⁵⁹.

La *Storia* riconosceva a Ferri la «sistemazione più completa e coerente» dei «sostitutivi penali», intesi come sistema «essenzialmente educativo». Dei recenti interventi ferriani Spirito apprezzava l'«attenuarsi dell'idolatria del metodo sperimentale» ed il riconoscere la «supremazia intellettuale» di Gentile e del «nuovo idealismo»⁶⁰. Spirito cambiava idea davanti al Ferri estimatore del «dualismo castigo emenda», pena e misure di sicurezza, architrave del *Progetto Rocco*, che, per il filosofo, confondeva «anima e corpo»⁶¹. Da qui la critica dell'«abbaglio preso da Ferri nella formulazione della sua tesi paradossale»⁶² e del convergere di Lucchini e Ferri nelle lodi del doppio binario, del «conciliare l'inconciliabile»⁶³. «Nuovi studi di diritto, politica ed economia», fondati nel 1927 con Arnaldo Volpicelli, erano anche una tribuna per la cri-

⁵⁸ Spirito, *Storia* cit. pp. 200 ss., 207. Vantava ancora l'interesse di Mussolini per l'opera dell'allora giovanissimo collaboratore dell'*Enciclopedia italiana* U. Spirito, *Memorie di un incosciente*, Milano, Rusconi, 1977, p. 173.

⁵⁹ Spirito, *Storia* cit., pp. 143 ss.

⁶⁰ Ivi, p. 169.

⁶¹ Ivi, p. 259.

⁶² U. Spirito, *Enrico Ferri e l'idealismo*, «Nuovi studi di diritto economia e politica», 1929, p. 13.

⁶³ Id., *La riforma del diritto penale*, Roma, De Alberti, 1926, p. 26.

tica della «concezione tecnico-giuridica», matrice del *Progetto Rocco*⁶⁴. Ne *Il Nuovo diritto penale* Spirito proponeva un ‘controprogetto’, ispirato al «sistema penale idealistico», opposto all’«assurdo» di sommare pene e misure di sicurezza, mancanti entrambe di «eticità». Da fascista ‘*sui generis*’ intendeva portare un modello di «giustizia penale» umano, poggiante sull’educazione ed emenda, dal campo «strettamente tecnico» alla «vita politica del paese», nell’operazione che pareva riuscita alla letteratura, in particolare a *Delitto e castigo*⁶⁵.

All’indomani della codificazione il filosofo lasciava lo studio del diritto penale per quello del corporativismo⁶⁶, ma riservava un’attenta lettura a *La teoria generale del reato*, pubblicata nel 1933 da Francesco Carnelutti, che, in seguito, avrebbe scritto di castigo come «amore», altro dalla «giustizia retributiva», e di penitenziario come sanatorio delle anime, «*per crucem ad lucem*»⁶⁷. De *La teoria* Spirito condivideva il senso del castigo come garanzia dell’«osservanza dell’ordine etico», di contro alla «concezione che si richiama all’istituto primordiale del taglione»; osservava che Carnelutti definiva «giusta» la pena che non «contrasta con la giustizia». In prospettiva storica Spirito riconosceva che il «premio» aveva avuto una ‘popolarità’ assai «minore» della pena come «male, identica specie del reato»; nel 1933 riconosceva che la «soddisfazione del bisogno di vendetta» stava rendendo «un servizio più grande alla società che all’offeso»⁶⁸.

5. ‘Fortuna’ e critiche dell’attualismo penale. Alfredo Rocco e Maggiore

Nelle pagine di Alfredo Rocco era ricorrente l’ideario di Gentile sullo «Stato sostanza etica», «non soltanto datore di leggi [...] educatore e promotore spirituale»⁶⁹; il guardasigilli ancorava la «trasformazione dello Stato» alla

⁶⁴ Id., *Il progetto del nuovo codice penale*, «Nuovi studi di diritto economia e politica», 1927-1928, pp. 81 ss.; Id., *La concezione tecnico-giuridica del nuovo diritto penale*, ivi, 1929, pp. 31 ss.; Id., *Il progetto definitivo di un nuovo codice penale*, ivi, 1929, pp. 316 ss.; Id., *La determinazione tecnico-giuridica delle misure di sicurezza e nuova scienza del diritto penale*, ivi, 1931, p. 84.

⁶⁵ Id., *Il nuovo diritto penale*, Venezia, La nuova Italia editrice, 1929, pp. 10, 47, 67, 117.

⁶⁶ Sul distacco da Gentile con *La vita come ricerca* cfr. Spirito, *Memorie* cit., pp. 20 ss. Sull’allontanamento da Gentile sul terreno del regime totalitario, di cui Spirito era fautore cfr. A. Tarquini, *Spirito, Ugo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Enciclopedia italiana, 2018.

⁶⁷ F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933; Id., *La lotta del diritto contro il male*, «Foro italiano», 1944, p. 46; Id., *Il problema della pena*, Padova, Cedam, 1945; Id., *Lezioni sul processo penale*, Roma, Athenum, 1946; Id., *Pena e processo*, «Rivista di diritto processuale», 1952, p. 166. Su Carnelutti, che sostituiva con l’amore il concetto di retribuzione cfr. Bettiol, *Il pensiero penalistico di Giuseppe Maggiore*, cit., p. 369.

⁶⁸ U. Spirito, *La teoria generale del reato di Francesco Carnelutti*, «Nuovi studi di diritto economia e politica», 1933, pp. 62 ss.

⁶⁹ G. Gentile, *Che cosa è il fascismo. Discorsi e polemiche*, Firenze, Vallecchi, 1955, pp. 10, 34 ss.; Id., *Origine e dottrina del fascismo*, Roma, Libreria del Littorio, 1929. Gentile scrisse la parte

«rivoluzione nel campo spirituale», oltre che «giuridico». Più esplicitamente rendeva omaggio alla «ferrea coerenza ed indomabile energia di Giovanni Gentile», artefice delle «scuola educatrice per l'Italiano nuovo»; presentava la riforma penale come precipitato dei «principi fondamentali fissati dalla Rivoluzione spirituale, che creò il presente regime politico»⁷⁰. Anche la penalistica considerava il diritto penale come indicatore dell'identità 'costituzionale' dell'Italia fascista, tra Stato etico, autoritario, totalitario, con un tasso più o meno vistoso di «adesione morale» alle leggi del regime⁷¹. Nel 1927 il procuratore generale presso la Cassazione, Giovanni Appiani, affidava la «giustizia nel nuovo Stato», «correlativa alla mutata costituzione», al giudice, vocato non solo ad applicare, ma a «sentire e acconsentire» alle «leggi che lo Stato si dà»⁷². Arturo Rocco e Manzini si compiacevano con il guardasigilli per la «riforma fascista»; Rocco rispondeva riconoscendo i meriti della «scienza», la liberazione dagli speculari «fardelli», «esagerazioni liberali» e «fatalità del delitto»⁷³. Dal canto loro i 'pontefici del metodo' mettevano in guardia dalla scarsa comprensione dello 'spirito' della codificazione del regime, apprezzata più all'estero che in patria; lamentavano un «attaccamento nostalgico all'antica legislazione»⁷⁴. Romano Di Falco asseriva che l'«interpretazione della legge penale» esigeva la «conoscenza degli elementi politici ed etico sociali»⁷⁵; sui «Nuovi studi» il guardasigilli De Francisci raccomandava «ai giuristi» di evitare il «vuoto spirituale», nel rischio dello slittamento dal «dogmatismo» alla «dogmatica»⁷⁶.

D'altro canto il codice pareva privare di senso anche la ricerca dell'attualismo e dell'umanesimo penale; nel *Corso di Lezioni* del già attualista Edoardo Massari le «dottrine generali» erano ricomprese nella «legislazione dello Stato», con la messa al bando delle «astrazioni»⁷⁷. Giulio Battaglini asseriva

«idee fondamentali» della *Dottrina del fascismo*, firmata da Mussolini per l'*Enciclopedia italiana*; cfr. Tarquini, *Gentile e Mussolini*, in *Croce e Gentile* cit., pp. 413 ss.; sul giurista e sul filosofo nel regime cfr. Ead., *Alfredo Rocco e Giovanni Gentile. Riflessioni su Stato, nazione e politica di un regime totalitario*, in E. Gentile, F. Lanchester, A. Tarquini (a cura di), *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, Roma, Carocci, 2010, pp. 83 ss.

⁷⁰ A. Rocco, *Introduzione*, in Id., *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, La voce, 1927, pp. 7 ss.; *La legge sulla difesa dello Stato*, ivi, pp. 109 ss.; *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, VII, *Testo del nuovo codice penale con la relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco)*, Roma, Tip. Le Mantellate, 1930, pp. 7 ss.

⁷¹ Sui penalisti tecnici, non tenuti all'«adesione morale», ma che l'«hanno accompagnata lungo tutto il ventennio» cfr. Donini, *Pagine penalistiche dimenticate* cit., p. 143.

⁷² G. Appiani *La giustizia nel nuovo Stato. Discorso pronunciato per l'inaugurazione della Corte di Cassazione del Regno*, Roma, Biblioteca dell'Eloquenza, 1927.

⁷³ Ar. Rocco, V. Manzini, *Ai lettori*, «Rivista di diritto penale», 1929, pp. 3-6.

⁷⁴ Ar. Rocco, V. Manzini, *Ai lettori*, «Annali di diritto e procedura penale», 1932, p. 3.

⁷⁵ E. Romano-Di Falco, *L'elemento politico nell'interpretazione delle leggi penali*, «Rivista di diritto penale», 1929, p. 681.

⁷⁶ P. De Francisci, *Ai giuristi italiani*, «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 1932, p. 269.

⁷⁷ E. Massari, *Le dottrine generali del diritto penale*, Spoleto, Arti grafiche Panetto e Petrelli, 1928, p. 1.

che nello «stato di popolo» il «più vivo e intenso legame del diritto penale con l'etica» era stato realizzato dalla «restaurazione dei valori morali, attuata dal regime fascista»; l'orizzonte si restringeva all'«obbedienza dei precetti penali»⁷⁸. Costa non nascondeva un «aperto dissenso con l'idealismo attuale», dal momento che il *Progetto* Rocco esprimeva in via definitiva «la rinnovata coscienza giuridica della Nazione». Richiamando la «Scuola giuridica, Rocco e Manzini», il filosofo distingueva tra la pena come «repressione» sul piano oggettivo e «sofferenza» su quello soggettivo; vedeva nella «prevenzione» lo «scopo principale». All'attualismo penale Costa imputava inoltre «l'assenza di un vero criterio per giudicare del bene e del male»⁷⁹, argomento caro a *Cattolicesimo ed idealismo* del domenicano Mariano Cordovani⁸⁰.

Nel clima del Concordato l'allora attualista «ortodosso» Spirito scriveva di «convertiti al cattolicesimo»⁸¹; Maggiore maturava il distacco da Gentile con lo scritto *Stato etico e Stato cattolico*. All'indomani della messa all'Indice dell'*Opera omnia* di Croce e Gentile⁸², Cordovani scriveva un'accesa *Prefazione* alla monografia dell'avvocato Stefano Riccio alla «concezione penale attualistica». Per indicare «dottrine sane» ai «cattolici» il domenicano accusava l'idealismo di «tentato monopolio di un sistema filosofico»; coglieva nel pensiero di Gentile, accostato a quello di Rocco, la tensione per uno Stato 'totalitario', inteso a 'farsi Chiesa', ad autorappresentarsi come «progresso nel cristianesimo». Riccio metteva in guardia dall'«attualismo alla conquista del diritto penale», dalla pretesa del «pensiero unica realtà»; citando Maritain, tradotto da Montini, il futuro esponente della Democrazia cristiana criticava il «nichilismo, nullismo morale» dell'«assoluto monismo attualista». Positivismismo ed attualismo parevano accomunati dall'«annullare l'umana personalità», dallo scindere l'individuo – «parte di universo, distinta certamente ma parte» – dalla «persona». Riccio riconosceva ai Croce e Gentile il merito della «critica brillante e rigorosa della scuola positiva»; al tempo stesso sosteneva che vedere nel delitto solo un'«occasione per trattare l'uomo che ha delinquito», con una «pena prorogabile», non offriva «garanzie». Ammetteva che l'«indagine filosofica» aveva senso nel rispondere al «perchè si punisce»; ma sottolineava che la risposta attualista «conduceva ad assurdi e confusioni»,

⁷⁸ G. Battaglini, *La questione delle fonti specialmente in rapporto al diritto penale*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1930, p. 528.

⁷⁹ F. Costa, *Prefazione*, in Costa, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, cit., p. VII, 252 ss., 267, 283.

⁸⁰ M. Cordovani, *Cattolicesimo ed idealismo*, Milano, Vita e pensiero, 1928.

⁸¹ Apprezzato da Gentile, U. Spirito, *L'idealismo italiano e i suoi critici* (1930), Roma, Bulzoni, 1974, pp. 90 ss.

⁸² Fonti in G. Verucci, *Idealisti all'Indice. Croce, Gentile e la condanna del Santo uffizio*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 89, 166 ss.

nel pensare al castigo come «bene», non come «male», come «autoeducazione», anziché «espiazione»⁸³.

Nei *Principi* Maggiore scriveva che «castigare è in qualche modo sanguinare, così per l'individuo, come per lo Stato». Asseriva che gli «eccessi della pena castigo», «male» giusto perché inflitto nella «forma legale», potevano essere mitigati dalla «forza moderatrice della *carità*, del cristianesimo». Alla «scuola liberale», avversa alla pena di morte, rispondeva che la questione era «di politica criminale»; sosteneva che l'applicazione sarebbe stata poco frequente, «con l'ingentilirsi dei costumi e col diradarsi della criminalità più feroce»⁸⁴. In un esame delle «correnti filosofiche», in prospettiva storica motori delle «riforme penali», Maggiore osservava uno «stato di dissesto dell'idealismo»; alla scansione colpa, castigo, espiazione, emenda, aggiungeva la «carità verso il pentito [...] merito del nuovo legislatore fascista», costruttore di una pena morale, «il male per il male». Senza voler «menomare il domma della giustizia retributiva», l'ordinario di diritto penale a Palermo evocava un «diritto penale cristiano», non «scuola», ma «spirito»⁸⁵; pochi anni dopo la parola d'ordine «meno dogmatica, più politica» approderà al «diritto penale totalitario nello Stato totalitario»⁸⁶.

Nel 1947 Maggiore ricordava Gentile come «storiografo della filosofia [...] essenzialmente un teoreta», un «*vir iustus* nel vero senso del Cristianesimo», «che insegna che per vivere bene bisogna saper bene morire». Nel pensiero dell'«ultimo» Gentile Maggiore voleva cogliere un ripensamento dell'iniziale «rifiuto del Cristianesimo», una presa di distanza dall'«immanentismo assoluto», dal suo «sconsolante scetticismo». Quanto al «problema penale» sosteneva «non mi risulta che il Gentile si sia cimentato mai direttamente a un tale problema»; criticava però l'«idealismo assoluto» di certi «seguaci», per cui lo «spirito universale» era il solo «meritevole» di pena. Maggiore contestava il negare all'«uomo di giudicare e punire un altro uomo. Può solo educarlo ed emendarlo»; riconosceva alla lezione attualista il merito di un «progresso del diritto penale», il «processo di personalizzazione ed individuazione del delitto e della pena», «appropriando il castigo meglio che si può alla personalità del colpevole»⁸⁷.

⁸³ S. Riccio, *Attualismo e diritto penale*, con prefazione di M. Cordovani, Roma, Studium, 1936, pp. 19 ss., 111-112.

⁸⁴ Maggiore, *Principi* cit., pp. 558 ss.

⁸⁵ Maggiore, *Correnti filosofiche* cit., p. 51. Sugli scritti di Maggiore sul «diritto penale cristiano», «rinserrati in una visione politica di difficile qualificazione cristiana» cfr. Bettiol, *Sul pensiero penalistico di Giuseppe Maggiore*, cit., p. 369.

⁸⁶ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, «Rivista italiana di diritto penale», 1939, p. 145.

⁸⁷ G. Maggiore, *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*, «Giornale critico della filosofia italiana», 1947, pp. 189 ss.

6. «Giustizia, severità e umanità nella riforma penale e penitenziaria fascista»

Nel 1925 Rocco presentava come «scopo preminente» della «riforma penale» la «prevenzione generale», una «pena per tutti», «intimidazione, adattamento o eliminazione del reo»⁸⁸. Poggiava su questa ultima «funzione» della pena il ripristino di quella di morte per gli attentati politici, in nome di «fini, che trascendono la vita dell'individuo», fino ad imporgli, come al soldato in guerra, il «sacrificio supremo». Rocco avviava all'argomento per cui la fucilazione escludeva «emenda e rieducazione», negando loro la natura di «funzione essenziale della pena», che aveva un senso nell'evitare «vendette e rappresaglie» e «soddisfare l'opinione pubblica indignata»⁸⁹. Arturo Rocco sottraeva alla scienza penale il compito di discutere del «ripristino della pena di morte», affidato alla «coscienza giuridica del popolo italiano», interpretata dal «senno politico del governo e parlamento». Lo *ius necessitatis* era messo in scena come «necessità che si sente, più assai che non si dimostri»; la pena di morte, «purchè spoglia di sofferenze», era indicata come la «più umana delle pene eliminative»⁹⁰.

Mussolini dichiarava al Senato che il Tribunale speciale non avrebbe fatto «vendette, ma severa giustizia»⁹¹; nelle parole del guardasigilli anche la «sentenza» della «nuova» Corte di assise doveva essere «espressione dei sentimenti che il delitto suscita nell'animo del popolo». Rocco riteneva il «castigo adeguato al delitto» se corrispondeva al «sentimento popolare»⁹². «Fuori dal coro» l'avvocato Paolo Rossi definiva la pena di morte «contraria alla nostra tradizione e ai nostri sentimenti»; scriveva di sperare «nel paese come il nostro, facile alle emozioni e alla pietà»⁹³. Quanto ai penalisti, criticava sia i «logici del diritto» – per la «venerazione dei codici» e per aver sterilizzato una «scienza satura di umanità» – che i tentativi di «spiritualizzare la dogmatica»; irrideva alle «assurde speculazioni» degli «inventori del diritto ad essere puniti»⁹⁴. La recensione di Croce di *Scetticismo e dogmatica* osservava una

⁸⁸ *Sul disegno di legge «delega al governo della facoltà di emendare il codice penale»*, in A. Rocco, *Discorsi Parlamentari*, con un saggio di G. Vassalli, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 262 ss. In generale cfr. G. Neppi Modona, *La pena nel ventennio fascista*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Enciclopedia italiana, 2012, pp. 239 ss.

⁸⁹ Rocco, *La legge sulla difesa dello Stato* cit., pp. 108 ss.

⁹⁰ A. Rocco, *Sul ripristino della pena di morte*, in Id., *Opere giuridiche*, III, Roma, Società editrice Foro italiano, 1933, pp. 545-553.

⁹¹ Fonti in L.P. D'Alessandro, *Giustizia fascista, Storia del tribunale speciale per la difesa dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 68.

⁹² A. Rocco, *La nuova Corte d'Assise*, «Rivista penale», 1931, p. 601.

⁹³ P. Rossi, *La pena di morte e la sua critica*, Genova, Libreria Mario Bozzi, 1932, p. 11, 106. Sul penalista «fuori dal coro» G.P. Trifone, *Rossi, Paolo*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Enciclopedia italiana, 2017, pp. 991-994.

⁹⁴ P. Rossi, *Scetticismo e dogmatica nel diritto penale*, Messina, Principato, 1937, pp. 132 ss.

ingenua propensione per il «diritto naturale»; dell'opera pareva importante il «serio sentimento morale»⁹⁵.

Negli anni del consenso l'amnistia del decennale – intesa a celebrare la «creazione di una nuova fase di civiltà» – offriva a Silvio Longhi, che riprendeva le parole del duce, l'occasione per affermare che «oggi tutto il popolo italiano è convinto che il Regime fascista è un regime di forza, ma soprattutto un regime di giustizia»⁹⁶. In questo orizzonte la *Prefazione* di Mussolini agli *Scritti e discorsi politici* di Alfredo Rocco celebrava nel giurista napoletano l'artefice di un codice «severo e al tempo stesso umano», modello 'internazionale per i «futuri codici, alcuni dei quali sono già definiti»⁹⁷. Per Dino Grandi l'immagine fascista «giustizia, severità umanità» aveva per banco di prova soprattutto la «riforma penitenziaria»⁹⁸; ne era architrave il Rd. 18 Giugno 1931, n. 783, «opera mirabile di Giovanni Novelli»⁹⁹. Il direttore degli Istituti di rieducazione e pena sottolineava la novità dell'«esecuzione progressiva» in vista del «riadattamento sociale» del condannato, cui si offriva una «tutela giuridica»¹⁰⁰. Nella *voce* per l'*Enciclopedia italiana* Novelli sottolineava l'importanza della giurisdizionalizzazione in virtù del giudice di sorveglianza, cui era affidato il percorso di privazione della libertà personale del detenuto, dall'entrata nei diversi Stabilimenti alla «liberazione condizionale»¹⁰¹. La *Relazione* di Rocco al *Regolamento* insisteva sull'obbligo di lavoro ed istruzione, civile e religiosa, condizione per il «miglioramento dello spirito umano»; tra «gli eccessi di rigore, denunziati dal Beccaria», e la «larghezza» di chi pareva voler assicurare al condannato «condizioni di vita uguali e spesso migliori dei cittadini liberi», il guardasigilli assegnava alla pena carceraria l'«austera

⁹⁵ B. Croce, *Recensione a P. Rossi, Scetticismo e dogmatica*, «Critica», 1938, p. 365.

⁹⁶ S. Longhi, *L'amnistia del decennale*, «Rivista penale», 1932, p. 1007. Sul tema cfr. L. Lacchè, *Tra giustizia e repressione: i volti del regime fascista*, in L. Lacchè (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, Donzelli, 2015, pp. IX-XXXVIII.

⁹⁷ B. Mussolini, *Prefazione*, in A. Rocco, *Scritti e discorsi politici*, I, Roma, 1938, p. X.

⁹⁸ Grandi, *Relazione* cit., p. 6. Sulla codificazione del regime fuori d'Italia cfr. T.P. Marques, *La riforma penale italiana. Un modello internazionale*, «Studi sulla questione criminale», 2008, pp. 73 ss.; S. Skinner, *Fascist by Name, Fascist by Nature? The 1930 Italian Penal Code in Academic Commentary, 1928-1946*, in S. Skinner (ed. by), *Fascism and criminal law. History, theory, continuity*, Oxford and Portland, Hart, 2016, pp. 59-84; M. Pifferi, *Problemi costituzionali del diritto penale tra riformismo e ascesa del paradigma autoritario (1920-1940)*, «Quaderni fiorentini», 2020, p. 312.

⁹⁹ F. Siracusa, *Istituzioni di diritto penitenziario*, Milano, Hoepli, 1935, p. 5. Sul direttore degli Istituti di prevenzione e pena e della «Rivista di diritto penitenziario», presidente di sezione di Cassazione cfr. G. Tessitore, *Carcere e fascistizzazione. Analisi di un modello totalizzante*, Milano, FrancoAngeli, 2005, p. 106; auspicava l'istituzione della cattedra a Roma G. Novelli, *L'autonomia del diritto penitenziario*, Roma, Tip. Delle Mantellate, 1933.

¹⁰⁰ G. Novelli, *La modalità dell'esecuzione delle pene e la tutela giuridica del condannato*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*, cit., pp. 521 ss.

¹⁰¹ G. Novelli, *Penitenziari Sistemi*, in *Enciclopedia italiana*, Roma, 1935, pp. 700 ss.

serietà, che è connaturale al castigo»; ne indicava come architrave «la scuola, che deve riformare uno spirito caduto»¹⁰².

Si discuteva di pena-castigo e pena-emenda; Mariano D'Amelio presiedeva una Società internazionale di Criminologia – con Novelli vice – per una sinergia tra le due funzioni¹⁰³; nel Congresso internazionale di Berna Ugo Conti legava il carattere rieducativo del *Regolamento* italiano alla giurisdizionalizzazione¹⁰⁴. Bruno Franchi scriveva di carcere «pena delle società incivilite» grazie al «Cristianesimo»; metteva però in guardia dal «filocriminalismo», anche nel ricordo di un intervento di Longhi, che, fin dal 1908, andava sostenendo che «le carceri» non dovevano essere «luoghi di ameno soggiorno»¹⁰⁵. Novelli tematizzava «limiti all'umanizzazione», dal momento che, agli occhi del popolo, il delitto meritava la «tristezza della prigionia»¹⁰⁶; per i condannati meritevoli ammetteva però la «possibilità di modificare gli elementi del castigo», ferma restando l'«austerità che si addice ai luoghi di pena», condizione del «carattere rieducativo», «senza esagerazioni»¹⁰⁷. Taluni mettevano in guardia l'«educazionismo» dai rischi di un «regime liberale» nelle carceri, «senza l'uso di castighi che producano un'apprezzabile sofferenza»¹⁰⁸; la pena «modernamente intesa» pareva poggiare sulla «formula castigare *emendando ed emendare castigando*»¹⁰⁹.

In un'ottica comparata l'avvocato Enrico De Nicola apprezzava «le riforme del governo Mussolini» come «progressi ardimentosi», senza «predomini di scuole penali né rigidi schemi codificati». La giuridizionalizzazione pareva rimedio per «evitare la peggiore e più funesta delle ingiustizie, e cioè quella che si commette nell'attuare i provvedimenti di giustizia». Il futuro presidente della Repubblica lamentava che Germania e Russia rinunziassero al *nullum crimen sine lege* nell'intendere la rieducazione come «adattare il criminale all'ordine costituito»; apprezzava invece il principio di stretta legalità come perimetro, in Italia, in Europa e oltreoceano, dell'«evoluzione dalla pena-castigo alla pena-rieducazione»¹¹⁰. Falchi distingueva il «criterio retributivo

¹⁰² *Relazione* cit., p. 585. Sulla scuola strumento di «redenzione del reo» insisteva D. Grandi, *Bonifica umana. Il decennale delle leggi penali e della riforma penitenziaria*, Roma, Ministero di grazia e giustizia, 1941, I, p. 155.

¹⁰³ *Costituzione della Società internazionale di criminologia*, «Rivista di diritto penitenziario», 1937, p. 944.

¹⁰⁴ U. Conti, *Rapport sur la première question*, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire*, Berne, Bureau de la Commission Pénitentiaire international, 1936, pp. 1-9.

¹⁰⁵ B. Franchi, *Il cristianesimo e la pena carceraria*, «Rivista di diritto penitenziario», 1935, p. 12.

¹⁰⁶ Novelli, *Penitenziari* cit., p. 700.

¹⁰⁷ G. Novelli, *Limiti all'umanizzazione della pena*, «Rivista di diritto penitenziario», 1935, pp. 1206 ss.

¹⁰⁸ E. Catalano, *L'educazionismo penale e penitenziario*, ivi, 1931, p. 875.

¹⁰⁹ F. Saporito, *Aspetti particolari del lavoro carcerario*, ivi, 1935, p. 1325.

¹¹⁰ E. De Nicola, *I progressi penitenziari (leggendo e annotando)*, ivi, p. 133; T. Napolitano, *La politica sovietica del lavoro carcerario*, ivi, 1936, pp. 1329 ss.

castigativo» dall'«educativo», «più odierno»; asseriva che il «ritmo evolutivo dell'educazione» doveva incidere sul «divenire della psiche e la personalità del condannato», in vista del suo «riadattamento sociale». Per un sistema carcerario meno «disumano» chiedeva l'abolizione della segregazione cellulare continua, dell'obbligo di silenzio, e che anche gli ergastolani potessero usufruire della «liberazione condizionata», a che non si «spenesse nell'animo del reo ogni speranza di ritornare riabilitato»¹¹¹.

7. Un'«eredità», «ieri ed oggi»

L'«eredità dell'idealismo, nel bene e nel male», è parsa di «permanente attualità», per la «riflessione» sui «rapporti tra etica, politica e diritto, centrale per la cultura penalistica»¹¹². Una eco pareva risuonare nel dibattito sulla pena all'Assemblea costituente, tra le formule «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato» (La Pira e Basso), e «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (Leone e Bettiol). Aldo Moro indicava nell'umanizzazione delle carceri la condizione per la «rieducazione morale», altro dai «postulati della scuola positiva»; Ruini ricordava che il principio rieducativo era proprio «del diritto canonico e del cristianesimo», non della sola «scuola positiva»¹¹³. Nel terzo comma dell'art. 27 il principio umanitario precedeva la finalità rieducativa; Bettiol indicava il senso costituzionale della pena nel «sentimento di giustizia, che postula un castigo per i rei, senza di che verrebbe meno il fondamento etico della società civile»¹¹⁴. In questa prospettiva avrebbe ricordato il primato di Maggiore nell'aver posto nella «libertà dell'uomo colpevole» la «ragione della pena castigo»¹¹⁵.

Nel 1949 Vittorio Foa spiegava bene la realtà del carcere dalla prospettiva della «psicologia carceraria» del «recluso», costretto a subire il «progressivo svanire della volontà», la «rottura della propria dimensione personale»¹¹⁶; il *Regolamento* del 1931 ha avuto vita più lunga nell'Italia repubblicana che nel regime fascista. Del resto si è osservato che «alla lettura della l. 354/1975 il sistema appare rassicurante; tuttavia si tratta di affabulazioni»¹¹⁷; un 'presente senza tempo' è scandito dalle pratiche violente nelle istituzioni carcerarie.

¹¹¹ Falchi, *Il diritto penale esecutivo* cit., p. 293.

¹¹² Donini, *Pagine penalistiche dimenticate* cit., p. 123.

¹¹³ *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1979, VI, pp. 180 ss., 904 ss.

¹¹⁴ G. Bettiol, *Diritto penale*, Palermo, Priulla, 1950, p. 510.

¹¹⁵ Bettiol, *Sul pensiero penalistico di Giuseppe Maggiore* cit., p. 369.

¹¹⁶ V. Foa, *Psicologia carceraria*, «Il Ponte», 1949 p. 301.

¹¹⁷ T. Padovani, *La pena carceraria*, Pisa, Pisa University Press, 2014, p. 19.

rie¹¹⁸. Nella terza edizione de *La storia* Spirito scriveva di avvertire le «stesse esigenze» di critica dell'elettismo del codice Rocco; ribadiva la distanza tra il *rieducare* e l'*instaurare* una più alta coscienza nel condannato attraverso l'educazione, con l'emenda unica 'pena' pensabile. L'antica idea risaltava nelle considerazioni sul nuovo codice penale sovietico, a proposito del «principio del castigo», la «intimidazione [...] portata agli estremi con il mantenimento della pena di morte». Spirito concludeva che, «dopo cinquant'anni», «siamo ancora alla contrapposizione buoni e cattivi»¹¹⁹.

Oltre vent'anni or sono, riflettendo sulla «riforma» del codice Rocco, Vassalli coglieva nel «modello penale» di Spirito un «genuino afflato umanitario»¹²⁰; Calvi indicava la potenzialità dell'idea del filosofo sul «codice penale codice morale di un paese»¹²¹. Il «garantismo penale, oggi» pare aspettare «progetti migliorativi, e non di mera punizione geometrica. Causalità (*rerum cognoscere causas*) vs. imputazione (castigo)»¹²².

¹¹⁸ Sul passato cfr. M. Da Passano, *Il delitto di Regina coeli*, Milano, Il maestrale, 2012; sull'estate 2021 cfr. G. Neppi Modona, *Il carcere e la violenza, basta con la vendetta*, «Il riformista», 15 Luglio 2021; La Redazione, *Dalle parole ai fatti nelle carceri*, «Il foglio», 15 Luglio 2021.

¹¹⁹ Spirito, *Storia* cit., p. 7; *Seconda appendice*, ivi, p. 277.

¹²⁰ G. Vassalli, *Il modello penale di Ugo Spirito e la realtà odierna*, in Russo, Gregoretti (a cura di), *Ugo Spirito* cit., p. 407.

¹²¹ A.A. Calvi, *Ugo Spirito e la riforma penale italiana*, ivi, p. 74.

¹²² M. Donini, *Garantismo penale, oggi*, «Criminalia», 2019, p. 421.

Loredana Garlati

Punire per (ri)educare.

Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale

1. *Delitto e castigo*

«La parola “pena” è sinonimo di “castigo”»¹. Ma davvero «è il *buon castigo* la *finalità* del diritto criminale-penale?»².

Non è oggetto di questo saggio ripercorrere storicamente il tema del *ius puniendi* né il fondamento e la funzione della pena in una prospettiva di lungo periodo, questione tra le più dibattute in ambito giuridico e filosofico³. Basta

¹ Due esempi per tutti: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1982, p. 593 e M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1995, I, n. 29, p. 12. Su un possibile parallelismo tra *poiné* (nella duplice accezione di riparazione/contraccambio e sofferenza) e castigo (dal latino *castus*), intesi entrambi come strumenti di purificazione attraverso il dolore cfr. U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Milano, Bollati Boringhieri, 2019, pp. 103-109). Una posizione diversa fu assunta da Carnelutti, per il quale la pena «ha un significato particolare, che ne fa una sottospecie, ben distinta, del castigo» (F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma, Foro Italiano, 1951, p. 27). Non è mancata poi la distinzione tra pena e sanzione: se la prima non può che avere carattere afflittivo, la seconda «è sinonimo di conseguenza giuridica, ma una conseguenza può riguardare tanto l'adempimento quanto l'inadempimento di un obbligo giuridico» e può pertanto consistere sia in un premio che in un castigo. Al contrario, la pena è «un vero e proprio castigo!» ed è ciò che la differenzia dalla sanzione civile e amministrativa, le quali, al pari della pena, sono conseguenza di un atto illecito, ma l'una ha carattere patrimoniale, l'altra ha di mira la tutela degli interessi della pubblica amministrazione più che la posizione del trasgressore. «In sostanza non sono dei castighi, essendo infatti il castigo espressione di un'idea retributiva a carattere meramente morale» (G. Bettioli, *Il problema penale*, 2ª ed., Palermo, Priulla, 1948, p. 108). Sull'origine ed evoluzione filologica della parola pena, oltre al già citato Curi, si veda per il passato F. Puglia, *Manuale teorico-pratico di diritto penale*, 2ª ed., Tocco, Napoli, 1895, pp. 78-80.

² D. Pulitanò, *Responsabilità, osservanza, castigo*, «Sistema Penale», p. 3, <<https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/pulitano-responsabilita-osservanza-castigo>>, giugno 2021.

³ Sulla finalità della pena vi è «una bibliografia sterminata» (Romano, *Commentario* cit., n. 28, p. 12), impossibile da riassumere anche per sommi capi. Per una sintesi e bibliografia aggiornata cfr. da ultimo G. Stea, *Contributo alla descrizione del significato intrinseco della pena tra solidarietà comunitaria e dignità individuale*, «Archivio penale», 2, 2021, pp. 1-34. Per una ricostruzione nell'età di diritto comune G.A. Nobile Mattei, *Prospettive moderne per una teoria della pena. Declinazioni della giustizia e causae puniendi tra XVI e XVII secolo*, «Quaderni fiorentini», 48, 2019, pp. 183-220.

un cenno alle note teorie fondamentali, rappresentative di «una dialettica mai superata e continuamente riproponentesi»⁴, quali quella della retribuzione⁵, della prevenzione, generale⁶ e speciale⁷, e dell'emenda⁸, per provare a rico-

⁴ F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2001, p. 764.

⁵ La concezione retributiva intende la pena come corrispettivo per il male compiuto. Essa si riassume nella celebre affermazione *malum passionis quod infligitur ob malum actionibus* (H. Groot, *De iure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam, 1625, lib. II, cap. XX, § 1), applicata *quia peccatum est*: «nessuno è punito per aver voluto la punizione, ma per aver voluto un'azione meritevole di punizione» (E. Kant, *La metafisica dei costumi*. Parte prima *La dottrina del diritto*, 2ª ed., prima traduzione italiana con prefazione e note di G. Vidari, Torino, Paravia & C., 1923, p. 177). A Kant, sostenitore di una retribuzione morale in cui la pena costituisce un imperativo categorico, veniva contrapposto Heghel, favorevole a una retribuzione giuridica. Per Kant l'esigenza di punire era insita nell'uomo, espressione di un'esigenza di giustizia morale che risiede nella coscienza prima ancora di essere imposta dalle leggi (si veda, in via esemplificativa *ivi*, p. 177). Per Heghel, il quale «ha dato alla dottrina in parola una forma dialettica» (Antolisei, *Manuale cit.*, p. 600), il delitto è la lesione del diritto e per ristabilire il diritto, e quindi eliminare la lesione, occorre la pena. Il delitto è negazione del diritto; la pena è negazione del delitto e, pertanto, negando la negazione, si ripristina il diritto stesso, in una prospettiva creatrice assunta dalla negazione stessa (G.W.F. Heghel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, 13ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2021; tr. it. di G. Marini, §§ 99-101, pp. 88-92). Nella sterminata bibliografia mi sia consentito rinviare, da ultimo, a M. Donini, *Responsabilità e pena. Da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXIII, 4, 2020, in particolare pp. 1703-1707. Sulla questione della retribuzione morale si veda la polemica epistolare intercorsa tra Terenzio Mamiani e Pasquale Stanislao Mancini, riprodotta in T. Mamiani, P.S. Mancini, *Fondamenti della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire*, 4ª ed., Torino, G. Cassone, 1853.

⁶ È una teoria che in ambito nazionale ritroviamo espressa da Romagnosi con la celeberrima concezione della pena come *controspinta* alla *spinta criminosa*. Il fine della pena, secondo il giurista piacentino, non è quello di «tormentare o affliggere un essere sensibile; non di soddisfare un sentimento di vendetta; non il rivocare dall'ordine delle cose un delitto già commesso, ed espiarlo, bensì di *incutere timore* ad ogni facinoroso onde *in futuro* non offenda la Società» (G.D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, 7ª ed., Prato, Guasti, 1837, parte seconda, capo XXX, § 395, pp. 117-118). Sulla scia illuministica, la pena assume un fine utilitaristico, che è quello di distogliere i consociati dal crimine attraverso l'intimidazione, ossia la minaccia sanzionatoria (Cfr. P. Nuvolone, *Delitto e pena nel pensiero di Giandomenico Romagnosi*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», n.s., 4, ottobre-dicembre 1961, pp. 959-966 e «Studi parmensi», 10, 1961, pp. 175-183; S. Scandellari, *Difesa sociale e funzione della pena nella dottrina di Romagnosi*, «Archivio giuridico», 192, fasc. 1-2, 1977, pp. 113-159; L. Garlati, *La macchina del flagello. Romagnosi alla ricerca della pena perfetta*, «Italian Review of Legal History», 1, 2015, n. 07, pp. 1-23 <<https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/article/view/12522>>, gennaio 2022). La funzione preventiva della pena, contrapposta a quella retributiva, aveva trovato già un fervente alfiere in Cesare Beccaria, con accenti riproposti dallo stesso Romagnosi (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1984, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, diretta da L. Firpo e G. Francioni, I, § XII *Fine delle pene*, p. 55; § III *Conseguenze*, p. 35; § VII *Errori nella misura della pena*, p. 45). Sui punti di contatto e di distanza tra Romagnosi e Beccaria cfr. R. Ghiringhelli, *Introduzione a Genesi del diritto penale* (1791), Milano, Giuffrè, 1996, pp. 93-98; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 264-265; L. Garlati, *Utilità, esemplarità, certezza della pena. Il pensiero di Beccaria tra mito e realtà*, «Archivio Storico Lombardo», XIX, 2014, pp. 47-74.

⁷ In questo caso si punisce *ne peccetur*: agendo sul singolo, si agisce sulla società, dal momento che l'individuo è visto come parte di quella comunità da cui si è escluso con il delitto ma in cui si ambisce possa essere riaccolto. Per una ricostruzione di sintesi cfr. A. Frosali, voce *Pena*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1960, VII, pp. 816-825; P. Nuvolone, voce *Pena*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1982, XXXII, pp. 787-817. Si rinvia anche a E. Florian, *Trattato di diritto penale, parte generale*, 4ª ed., Milano, Vallardi, 1934, pp. 64-79.

⁸ La teoria della pura emenda aveva conosciuto una travaglia stagione avviata da K. Roeder,

struire il dibattito svoltosi nell'Assemblea Costituente in relazione al terzo comma dell'art. 27, dal momento che il problema degli scopi della pena ha assunto «una rilevanza (anche) costituzionale»⁹. Ci si propone di comprendere se, nell'elaborazione di quel capoverso, vi sia stata piena adesione a una di queste concezioni o se, al contrario, si sia voluto dar vita a una pena poli o multifunzionale che mantenesse la natura retributiva (sul presupposto che qualunque sia la funzione della pena essa reca in sé inevitabilmente il carattere dell'afflittività e della sofferenza) ma mirasse, al contempo, a un'umanizzazione capace di differenziarla dallo «splendore dei supplizi»¹⁰ dei secoli precedenti. In altre parole l'art. 27, 3° comma è stato voluto (e perché) quale contemperamento tra intimidazione, retribuzione, prevenzione e rieducazione in una prospettiva pluridimensionale in cui la pena è inflitta *quia peccatum est ne peccetur*?¹¹

Ci si soffermerà inoltre sul rapporto tra rieducazione ed emenda, per verificare se nel confronto sviluppatosi in seno alla Costituente i due concetti siano stati intesi come connessi, distinti o sovrapponibili¹². L'intento non è di am-

Sul fondamento e sullo scopo della pena in riguardo alla teoria dell'emenda (Critica delle opinioni di Carrara e di Ellero), «Rivista penale», II, 4, 1875, pp. 273-286. Essa fu fieramente combattuta da Carrara e, in generale, dalla scuola classica. Per Carrara era un «concetto simpatico» pensare che la società avesse il diritto di punire il colpevole per emendarlo. L'emenda, a detta del giurista lucchese, «denatura la pena [...] correndo dietro a seducenti illusioni» con l'idea di «intramettere la protezione dei buoni per la mania d'educare i malvagi. Lo spettacolo di un delinquente corretto è edificante, è utilissimo alla pubblica morale: ne convengo. Ma un delinquente corretto a prezzo dello alleggerimento della pena meritata è un eccitamento a delinquere; è uno scandalo politico» (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, 3ª ed., Lucca, Giusti, 1867, p. 343, nt. 8 e pp. 371-372). L'argomento si riproporrà come una costante nei suoi scritti: F. Carrara, *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena (prolusione al corso accademico dell'anno 1863-64)*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1870, I, pp. 189-217; F. Carrara, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica (prolusione al corso accademico 1861-62 rifiuta ed ampliata nel 1866)*, in Id., *Opuscoli cit.*, pp. 219-287; F. Carrara, *Difesa sociale e tutela giuridica. Empirismo e ragione. Prolusione al corso accademico di diritto penale dell'anno 1872-73 della R. Università di Pisa*, Lucca, Giusti, 1872.

⁹ G. Fiandaca, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione art.27-28 Rapporti civili*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1991, IV, p. 222.

¹⁰ È questo il titolo del secondo capitolo di M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 2019.

¹¹ L'idea di una concezione polivalente della pena è stata sostenuta da autori come Carnelutti, Vassalli, Nuvolone, De Marsico, Antolisei e Mantovani, ma vede recentemente un contraddittore in Dolcini, per il quale proprio il terzo comma dell'art. 27 imporrebbe di individuare il fine giustificativo della pena nella prevenzione generale e speciale «in un rapporto dialettico variamente modulato nei diversi stadi della dinamica punitiva (E. Dolcini, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive ovvero della lungimiranza del costituente*, «Rassegna penitenziaria e criminologica», 2, 3, 2005, p. 70. Cfr. dello stesso autore *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 61, 3, 2018, pp. 1667-1692). Delitala, pur vicino a una concezione retributiva ispirata al messaggio cristiano (su cui *infra* sosteneva che «il *quia peccatum* e il *ne peccetur* non rappresentano due esigenze opposte inconciliabili, ma l'una l'essenza e l'altra il fine della sanzione punitiva» (G. Delitala, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, Giuffrè, 1976, 2, p. 598).

¹² L'equivalenza tra emenda e rieducazione fu affermata nel secondo Convegno di diritto penale

bire a risposte di verità, ma solo di immergersi nel clima culturale e giuridico in cui si svolsero le infuocate sedute che interessarono l'art. 27¹³, proiettando l'analisi alla produzione dottrinale sviluppatasi fino agli anni Sessanta, alle soglie della nascita della Corte Costituzionale, per verificare se e come quei primi decenni rappresentarono o meno un tentativo di contenimento della forza innovatrice del dettato costituzionale¹⁴.

2. *Le parole sono importanti*

Nella I^a Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, che aveva iniziato i propri lavori il 26 luglio sotto la presidenza Tupini, le prime sedute furono soprattutto dedicate a questioni di carattere semantico. Quella del 19 settembre 1946 fu interamente consumata a dibattere sulla correttezza o meno dell'impiego della parola *reo* presente nell'allora art. 5, il quale sanciva che «le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo». Rimase sullo sfondo la prima parte del capoverso, destinato a divenire foriero di animati confronti nel prosieguo dei lavori. Da un lato La Pira e Moro difendevano il termine “reo”¹⁵ contro le posizioni di Lelio Basso (nella veste di relatore insieme a Giorgio La Pira), il quale preferiva il lemma “colpevole”, e di Concetto

di Bressanone, dove Zuccalà asseriva che era da escludere che «tra queste due formule lessicali vi sia, sul piano del sistema penale, una differenza di contenuto [...] si tratta di espressioni che contraddistinguono non due nozioni diverse, bensì una medesima realtà, qual è la redenzione morale del reo, la sua riconduzione nella norma del vivere sociale» (G. Zuccalà, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, Cedam, 1964, pp. 65-66).

¹³ Alcuni cenni si ritrovano in C. Danusso, *Ergastolo e Costituzione: il dibattito del 1956*, «Historia et ius», 14, 2018, paper 3, pp. 1-5; M. Terzi, *La comminatoria editale di una pena perpetua al vaglio del principio costituzionale del teleologismo rieducativo: una ricostruzione diacronica nella prospettiva costituzionalistica*, «Forum dei Quaderni costituzionali», 2017, pp. 2-8.

¹⁴ Si veda per una sintesi riassuntiva Fiandaca, *Il 3° comma cit.*, in particolare pp. 222-242. Sono anni in cui la concezione della funzione della pena non poteva dirsi perfettamente unitaria (A. Pagliaro, *Pluridimensionalità della pena*, in *Sul problema della rieducazione cit.*, p. 327) essendovi ancora chi poneva in secondo piano l'aspetto rieducativo rispetto a quello retributivo, e chi invece esaltava la funzione preventiva.

¹⁵ Moro motivava la preferenza per l'uso del termine *reo* ritenendolo l'unico tecnicamente corretto, impiegato tanto nei codici quanto nel linguaggio giuridico in generale, a differenza di “condannato”, relegato alla sola sfera processuale per indicare colui al quale era stata irrogata una pena. Se era pur vero che anche la parola “colpevole” appariva nel caso di specie adeguata, non si poteva negare che «la terminologia giuridica fa differenza tra “colpevole” e “reo”. Colpevole s'intende colui che è riconosciuto come tale e che ha partecipato personalmente al reato [...]. In questo caso la parola è giusta dal punto di vista tecnico giuridico», ma se si guarda «il complesso della persona, sia sotto il profilo sostantivo che processuale, si dice sempre “reo”» (Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 9, resoconto sommario della seduta di giovedì 19 settembre 1946, pp. 73-74. Sono stati consultati i testi originali reperibili sul sito della Camera dei Deputati all'indirizzo: <<https://legislatureprecedenti.camera.it>>, gennaio 2022).

Marchesi, che sosteneva l'espressione "condannato"¹⁶. Fu quest'ultimo, approvato all'unanimità, a entrare definitivamente nella modulazione espressiva del capoverso.

Quelle che sembravano schermaglie, espressione di un'erudita disquisizione semiologica, costituivano in realtà confronti dietro i quali si celavano delicate questioni. L'enunciazione del principio di presunzione di non colpevolezza dei commi precedenti riverberava infatti riflessi non indifferenti nella formulazione del terzo allinea: per questo motivo l'espressione colpevole sollevava perplessità, volendo evitare una sorta di cortocircuito all'interno dell'articolo¹⁷.

Lo stesso potrebbe dirsi circa la trattativa sull'ultima parte del comma: quando la discussione cadde sulla proposizione «non possono istituirsi pene crudeli», l'adeguatezza dell'aggettivo "crudeli" accostato al sostantivo "pene" sollevò una serie di obiezioni. Da una parte Togliatti dichiarava la propria predilezione per la locuzione "pene corporali", contraddetto dal qualunque Ottavio Mastrojanni e dallo stesso Basso, pronti a sostenere che se l'intento era quello di sopprimere tutte le pene crudeli allora la proposta di Togliatti risultava troppo limitativa. Dall'altra vi era chi, come il socialista Lombardi, in uno degli ultimi interventi ai lavori prima della sua scomparsa, tacciava la formula di ingenuità, essendo ogni pena, dalla segregazione alla morte, intrinsecamente crudele. Per questa ragione proponeva la soppressione dell'intera frase, superflua e ridondante, sostenuto in ciò da Umberto Merlin¹⁸.

L'asse dei partiti di sinistra, costituita da Lombardi-Merlin-Cevelotto-Togliatti, riuscì nell'impresa di far approvare, a stretta maggioranza, la cancellazione dell'inciso, che, tuttavia, ritornò sotto mentite spoglie, grazie al progetto presentato dall'onorevole Gennaro Patricolo del Gruppo misto nella seconda sezione della seconda sottocommissione, occupata a delineare l'organizzazione costituzionale dello Stato sotto la guida di Umberto Terracini. L'art. 26 del progetto, secondo il quale «le pene e la loro esecuzione non possono essere lesive della dignità della personalità umana»¹⁹, fu al centro della seduta del 12

¹⁶ Sfoggiando la propria formazione classico-giuridica, Marchesi si destreggiava nella ricostruzione storica della parola *reus*, dal diritto romano fino all'evoluzione moderna, per evidenziare che il significato aveva finito nel tempo per distaccarsi dall'accezione originaria di "giudicabile" e assumere quella di "giudicato". Per il giurista catanese era quindi preferibile un'espressione "senza storia", una parola che nel tempo non avesse mutato così radicalmente il proprio senso (e per questo foriera di ambiguità). Tale era appunto il termine "condannato", «che dalla legge delle Dodici Tavole, dal Codice decemvirale fino ad oggi, mantiene lo stesso significato» (ivi, p. 74).

¹⁷ Occorreva, secondo Concetto Marchesi, ricorrere a un'espressione che consentisse di indicare «il colpito da una condanna penale» e nello stesso tempo lasciasse posto a una possibilità di innocenza che la parola "colpevole" rimuoveva completamente (ivi, p. 73).

¹⁸ Ivi, pp. 76-77.

¹⁹ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, Relazione del deputato Patricolo Gennaro, p. 222.

dicembre 1946, in cui Giovanni Leone rilevava come ci si stesse occupando di questione di competenza di altro ramo della Costituente²⁰. Si decise comunque di sottoporre a votazione la norma, con l'intesa di rinviarla al Comitato di redazione (detto anche dei Diciotto), come nei fatti avvenne²¹.

Da queste prime battute emerge come già la discussione sulla scelta della miglior locuzione possibile per evitare il ricorso a forme sanzionatorie lesive dell'umanità del condannato mostrasse che sul tavolo della Costituente era in gioco una nuova concezione di pena (etica e sociale), sia nel momento di previsione normativa che nella modalità attuativa della stessa (reclamando un intervento sul regime detentivo del nostro paese) seppur con diversi distinguo, come si vedrà nelle brevi note seguenti.

3. *Il fine della pena: deterritio o emendatio?*

Le divergenze emerse in prima battuta si amplificarono durante le sedute plenarie. Sotto i riflettori finì inevitabilmente l'inciso "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato", oggetto di un vivace contraddittorio, dove più che l'appartenenza partitica rilevò l'orientamento dottrinale, in un clima culturale ancora imbevuto dei postulati della Scuola classica e di quella positiva.

Il 25 gennaio 1947 la Commissione dei Settantacinque ebbe modo di confrontarsi sulla formulazione presentata dai Diciotto, condensata nell'art. 20: «Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono ricorrere a trattamenti crudeli e disumani». Una disposizione che incontrò l'aperto disfavore di Umberto Nobile e di Umberto Terracini, i quali avanzarono la richiesta di stravolgere completamente il dettato normativo per evidenziare ancor meglio il nuovo orientamento che la Costituzione avrebbero dovuto imprimere al paradigma sanzionatorio. Non si trattava più di procedere in punta di fioretto, ma di affrontare di petto il vero argomento spinoso: la finalità della pena.

Essi proponevano una formulazione più netta e decisa, con cui dichiarare apertamente che le sanzioni dovevano avere come fine precipuo la rieducazione del condannato allo scopo di farne un elemento utile alla società²²: una declinazione non priva di ambiguità, in cui la rieducazione rispondeva ai fini propri di «un'idea collettivistica di Stato»²³. Entrambi denunciavano come la

²⁰ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (seconda sezione), 3, Resoconto sommario della seduta di giovedì 12 dicembre 1946, pp. 17-18.

²¹ Ivi, p. 20.

²² Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 19, resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 25 gennaio 1947, p. 181.

²³ Fiandaca, *Il 3° comma cit.*, p. 227, nt. 12.

dicitura prescelta lasciasse impregiudicato e irrisolto il problema della finalità della pena, sui cui la sottocommissione aveva volutamente evitato di prendere posizione.

Fu Mario Cevolotto, esponente di Democrazia del lavoro, a chiarire le ragioni che avevano spinto a optare per quella che sarà nel tempo definita una formula vaga e generica²⁴. Sostenere che le pene dovevano “tendere” alla rieducazione aveva impedito di operare una scelta tra le diverse teorie succedutesi nel tempo, in modo da non impegnare la Costituzione su un’opzione vincolante: «Ecco perché si è usata la parola: “tendere”; perché si è voluto dire, in un senso altamente sociale e umano, che una delle finalità della pena in tutti i casi deve essere la rieducazione del condannato»²⁵.

La proposta Nobile-Terracini fu confutata dal socialista Paolo Rossi, proprio per quel voler indicare nella finalità pedagogica il fine esclusivo delle pene:

è bene che la Costituzione sia ottimista; ma bisogna che non sia ingenua. È noto, infatti, che la rieducazione è uno degli scopi della pena, ma purtroppo né l’unico, né il principale. Lo scopo principale della pena è scientificamente la difesa sociale e tutti sanno che è impossibile parlare seriamente di rieducazione, quando si tratti di condannati a venti o trenta anni²⁶,

affrontando con cinico realismo un delicato profilo.

Nell’occasione si evidenziò la spaccatura tra due anime della Costituente: l’una volta a superare le incrostazioni del passato e determinata a procedere a una costituzionalizzazione del penale in modo radicale; l’altra, più moderata, volta a un compromesso tra eredità del passato e proiezioni nel futuro.

Nonostante le obiezioni, il testo definitivo dell’articolo rimase inalterato nella prima parte («Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato») mentre la variazione più considerevole riguardò la sostituzione dei due aggettivi “crudeli” e “disumani”, riferiti ai trattamenti riservati ai carcerati, con la più generica locuzione: «le sanzioni non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», secondo quanto richiesto da Giovanni Leone²⁷.

E proprio Giovanni Leone infiammò la discussione nelle sedute plenarie dell’Assemblea costituente. Fu lui infatti, insieme a Bettiol²⁸, Crispo, Trimar-

²⁴ G. Bettiol, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1966, II, pp. 902-910.

²⁵ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 19, resoconto sommario della seduta antimeridiana di sabato 25 gennaio 1947, p. 181.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Ivi, p. 182. L’emendamento di Leone fu approvato con la sola contrarietà di Tupini, il quale sosteneva che il testo presentato dal futuro presidente della Repubblica peccasse di eccessiva vaghezza rispetto a quello elaborato in origine.

²⁸ Giuseppe Bettiol si fece per primo portavoce di quanti rinvenivano un’ambiguità di fondo nella

chi, Mastino, Moro, a confutare (sebbene ciascuno declinando in vario modo le proprie motivazioni) la locuzione “tendere alla rieducazione del condannato”: tutti convinti assertori che la finalità della pena non avesse “natura” costituzionale, bensì dottrinale e che pertanto la scienza penale non aveva diritto di cittadinanza nell’aula e nella Carta.

Per il liberale Amerigo Crispo, se la pena doveva obbedire a esigenze di difesa sociale, risultava del tutto avulso un fine di emenda, a meno di non voler correre il rischio di giustificare pratiche passate che attribuivano tale valore anche alla pena di morte²⁹, ma soprattutto a trattenere da un’adesione non condizionata era la preoccupazione, già espressa da Rossi³⁰, che l’allora articolo 21 (*ex* 20) indicasse il fine pedagogico quale fine unico della pena, escludendo o mettendo in ombra le diverse altre finalità che la pena era chiamata ad assolvere, tanto da indurre uno spaventato Girolamo Bellavista, compagno di partito di Crispo, a chiedere la soppressione dell’inciso, ritenendo sufficiente ad evitare derive future il principio del divieto di pene contrarie al senso di umanità³¹.

L’autonomista Pietro Mastino, nella seduta del 27 marzo 1947, rifiutava la formulazione, ritenendo che non tutti avessero possibilità di “redenzione”: esclusi erano ad esempio i pazzi e i criminali nati. Redenzione (si noti) non rieducazione: un lessico che ricorreva a un equivoco frasario religioso-intimista di pentimento morale³².

Fiero nemico di quell’art. 21 fu, come si è detto, Giovanni Leone:

Io qui riaffermo la mia concezione conseguente alla concezione cristiano sociale, che la pena ha un duplice fine, la conservazione dell’ordine etico vigente nella società, funzione preventiva, e la restituzione dell’ordine violato, funzione vendicativa e satisfattoria. L’emenda per noi è un fine complementare della pena ed è un fine che nella concezione cristiana si radica nella carità, mentre il fine principale si riallaccia alla giustizia su cui si fonda una ordinata convivenza sociale³³.

formulazione del futuro art. 27, profetizzando che quella locuzione avrebbe nel tempo dato adito a equivoci interpretativi e a vere e proprie “scissioni” dottrinali. La spiegazione di Cevolotto, che aveva offerto una sorta di appiglio, esplicitando la *mens legis* dei redattori, risultava, per l’insigne giurista, poco convincente e non risolutiva (Atti Assemblea Costituente, LXXVI, seduta di mercoledì 26 marzo 1947, p. 2499).

²⁹ Ivi, p. 2502.

³⁰ V. *supra*, nt. 26.

³¹ Atti Assemblea Costituente, LXXVI, seduta di mercoledì 26 marzo 1947, p. 2511.

³² Atti Assemblea Costituente, LXXVIII, seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947, p. 2570. Rispondeva a questa obiezione due giorni dopo Dante Veroni, esponente di Democrazia del lavoro, per il quale occorreva tenere fermo il principio di una pena rieducativa senza pensare a casi specifici, come potevano essere singoli delinquenti incalliti o recidivi reiterati (Atti Assemblea Costituente, LXXXI, seduta di sabato 29 marzo 1947, p. 2655).

³³ Atti Assemblea Costituente, LXXVIII, seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947, pp. 2559-2560.

Leone riesumava i valori della religione cristiana al solo fine di dimostrare che il recupero del condannato, anche di quello più incallito e del pluri recidivo, era faccenda estranea al diritto: problema eterno e insolubile. Con il pretesto di non voler imporre una visione etico-religiosa, dal momento che, a suo dire, la rieducazione del reo poggiava su valori di fraternità e di carità propri del mondo cristiano (trasformando così la rieducazione in un recupero dell'anima del delinquente), l'autorevole giurista napoletano metteva in guardia dal pericolo di trasformare un'ansia di civiltà e di umanizzazione della pena in una scelta di campo tra dottrine differenti, inquinando la tanto agognata laicità del penale.

A dar manforte a Leone fu il democristiano Michelangelo Trimarchi, per il quale la formulazione dell'art. 21 avrebbe potuto prestarsi nel futuro ad un'interpretazione di carattere restrittivo, avvicinandosi alla teoria positivista della pena, rispettabile in astratto ma non rispondente alle vere esigenze della giustizia³⁴.

Last but not least, non poteva mancare la netta presa di posizione di Aldo Moro. Quando il 15 aprile 1947 Leone e Bettiol, in perfetto sodalizio, presentarono un emendamento che superasse l'asserita oscurità del terzo comma dell'attuale art. 27, trovarono al loro fianco l'autorevole esponente democristiano. La riformulazione ("le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolano il processo di rieducazione morale del condannato"), più cauta e neutra rispetto alla proposta della Commissione, fu dai proponenti presentata come espressiva della unanime volontà di attribuire una funzione anche pedagogica alla pena, ma in senso prettamente morale, senza impegnare lo Stato su un problema che «tormenta da secoli le menti dei pensatori e dei filosofi e che agita le legislazioni di tutto il mondo»³⁵. E Moro, nell'intento di lasciare libero il futuro legislatore di decidere in materia di pene rispondendo solo alla «pressione della coscienza sociale», aderiva alla proposta Leone-Bettiol per scongiurare il pericolo di «orientare

³⁴ «Sì, noi ammettiamo che la pena ha, tra i suoi fini, l'emenda, ma vi sono altri fini, quali quello della giustizia, della prevenzione generale, della remunerazione, ecc., che esigono che le pene siano giuste e agiscano come contropinta al delitto. Ove si ritenesse esclusivo il fine della emenda, noi creeremmo uno strumento di pena che invece di agire per il bene della collettività, potrebbe agire per il male della collettività» (ivi, p. 2573).

³⁵ Così Giovanni Leone (Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, p. 2879). Che la preoccupazione fosse la preminenza di una scuola sull'altra fu ben espressa anche da Bettiol, sempre nel corso di quella seduta. Nell'intervento con cui respingeva la richiesta di Tupini di ritirare l'emendamento, Bettiol affermò infatti: «Anche a nome del collega Leone Giovanni, affermo che non siamo disposti a ritirare il nostro emendamento, per il semplice fatto che vogliamo proprio evitare di entrare nell'atmosfera d'una determinata scuola, per evitare, cioè, di prendere, con una norma costituzionale, posizione rispetto al contenuto dottrinario d'una tendenza penalistica piuttosto che d'un'altra, per esprimere, invece, una esigenza che possa trovare la sua concretizzazione sul piano politico e sul piano giuridico» (ivi, p. 2881).

la legislazione penale italiana in modo conforme ai postulati della scuola positiva»³⁶, vero spauracchio capace di agitare le acque della discussione, anche per l'accusa di aver in fondo ispirato la penologia fascista.

L'assenza fortunosa (ma per i più fortunata) dell'onorevole Giovanni Persico determinò la dichiarazione di caducazione di un emendamento dall'evidente matrice positivista presentato dall'onorevole socialista, in cui si chiedeva di sostituire il terzo comma con un altro del seguente tenore: «Le sanzioni penali hanno soltanto scopo curativo ed educativo, secondo i casi e le necessità, e devono essere a tempo indeterminato»³⁷.

Si trattava di una vera e propria pressione a tenaglia su quanti erano invece favorevoli a mantenere la formulazione della Commissione, come ad esempio il repubblicano Ugo Della Seta, per il quale le pene, «oltre a richiamare il colpevole alla responsabilità espiatrice delle proprie azioni, obbediscono anche all'etica di riabilitare il condannato» attraverso il lavoro³⁸, o Umberto Tupini, esponente democristiano, a dimostrazione di un non omogeneità di posizioni all'interno della stessa compagine politica³⁹. A conferma di ciò si pensi che Tupini, forte anche del suo ruolo di presidente della prima sotto-commissione, si spinse fino a chiedere ai compagni di partito Leone e Bettiol di ritirare l'emendamento, ritenendo pretestuose le motivazioni addotte per contestare la formulazione dell'articolo 21, incontrando la netta opposizione dei proponenti⁴⁰.

Nemmeno la discesa in campo di Meuccio Ruini (il quale, respingendo al mittente la supposta volontà di ricondurre agli insegnamenti della scuola positiva il problema della rieducazione, costringeva gli esponenti democristiani a riflettere sul fatto che si trattava di principi cari al cristianesimo e al diritto canonico) spense i malumori, sorti dopo una votazione contestata, ripetuta più volte, per alzata e seduta e, in seguito, per divisione, vista l'incertezza del risultato, da cui uscì respinto l'emendamento Leone-Bettiol. Ma non ci si arrese. Moro e Leone cercarono di costringere il presidente Terracini a ricorrere a una nuova votazione per appello nominale: richiesta ricusata ai sensi

³⁶ «Dobbiamo preoccuparci che per una leggerezza da parte nostra, per una imprecisione nella formulazione, non si dia l'apparenza di aver risolto quello che in realtà non si voleva e non si poteva risolvere in questa sede» (ivi, p. 2884).

³⁷ Ivi, p. 2878.

³⁸ Atti Assemblea Costituente, LXXX, seduta pomeridiana di venerdì 28 marzo 1947, p. 2623. Nello stesso senso l'esponente di Democrazia del lavoro Guido Basile (Atti Assemblea Costituente, LXXXI, seduta di sabato 29 marzo 1947, p. 2652) e il compagno di partito Dante Veroni (v. *supra*, nt. 32).

³⁹ Fu quanto evidenziato anche dal presidente Terracini di fronte all'insistenza di Giovanni Leone, che non voleva arrendersi alla votazione con la quale era stato respinto l'emendamento proposto da una parte della DC (v. *infra*): «Onorevole Leone, il fatto stesso che in questa votazione i gruppi politici si sono suddivisi, mi pare dimostri che non vi fu in essa una posizione di partito» (Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, p. 2885).

⁴⁰ *Ibidem*.

del Regolamento della Costituente⁴¹ con conseguente approvazione del terzo comma dell'articolo 21 (poi art. 27) nella formula originale⁴².

Tuttavia, in sede di coordinamento finale da parte del Comitato di redazione, vi fu un'inversione tra le due proposizioni del terzo comma: il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità prevalse nella stesura finale sulla finalità rieducativa, relegata in secondo piano, a dimostrazione di una volontà di sterilizzazione del principio «in nome della neutralità dello Stato di fronte alla dispute scolastiche»⁴³. Sembrerebbe una mera scelta di tecnica legislativa, ma dietro di essa si cela il peso della polemica avvenuta in Costituente.

Proprio il richiamo all'umanità fu ciò che permise al principio rieducativo di entrare quasi di soppiatto nello schema costituzionale, rendendosi accettabile anche ai più tenaci avversari, spesso incarnati proprio da quei penalisti la cui *forma mentis* faticava ad allontanarsi dalle teorie più tradizionali e preoccupati da quel 'nuovo' che avanzava e che avrebbe sprigionato la sua forza intrinseca nei decenni a venire. Vi era sì una nuova sensibilità, coniugata con la volontà di una mediazione tra opposte fazioni, ma al tempo stesso emergeva la volontà di annacquare gli spunti più originali e genuini del principio solidaristico, per evitare che quell'articolo fosse il manifesto del trionfo dei fautori della scuola positiva⁴⁴.

La posizione defilata riservata alla finalità rieducativa non bastò tuttavia né a limitarne la portata a suo modo "rivoluzionaria", né a sopire le contrapposizioni nei decenni a venire. Ma era indubbio che, pur conservando la pena il suo carattere retributivo, questi, grazie al terzo comma dell'art. 27, aveva perso la sua centralità.

⁴¹ Le modalità di votazione erano stabilite dal Regolamento della Camera dei Deputati, approvato il 1° luglio 1900 con le modifiche apportate fino al 1922. Tale regolamento venne applicato all'Assemblea costituente in base all'art. 4, comma 3, del D.Lgs.Lgt del 16 marzo 1946, n. 98. Nello specifico erano gli articoli 97-109 a disciplinare la questione. La votazione per alzata e seduta (effettuata alzandosi in piedi o restando seduti a seconda che si volesse esprimere un voto favorevole o contrario) aveva dato esito incerto e per questo si era proceduto a votazione per divisione, la quale prevedeva che il Presidente indicasse la parte in cui dovevano posizionarsi i favorevoli e dove i contrari e procedere, dopo la conta, a proclamare l'esito del voto, a seguito del quale non poteva essere richiesto altro tipo di votazione (art. 100).

⁴² In realtà la bocciatura dell'emendamento ebbe un successivo strascico: Leone, Bettiol e Moro si compattarono a sostegno della proposta radicale di Crispo che chiedeva la soppressione della frase incriminata, ma anche questa votazione, seppur nuovamente contestata, decretò la sconfitta del drappello democristiano (Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, pp. 2885-2886).

⁴³ E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, il Mulino, 1980, p. 74.

⁴⁴ «Anche perché il rango dei suoi esponenti» non era «tale da far supporre una condiscendenza della Commissione al verbo di uno o più mattatori» (ivi, p. 71).

4. Dalla Costituzione agli anni Sessanta

I contrasti generatisi all'interno della Costituente tra coloro che concepivano la pena in chiave prevalentemente retributiva o rieducativa produssero una formulazione che senza rinunciare al carattere dell'afflittività introduceva il principio di umanizzazione⁴⁵ e di rieducazione della pena, sebbene l'accettazione di tale concetto dovette passare attraverso la garanzia che la rieducazione del condannato rappresentasse un fine collaterale e secondario dell'esecuzione penale.

Evidente che l'art. 27 segnava una frattura con il passato (perché è soprattutto nel settore penale che più marcatamente si rivela il carattere democratico o antidemocratico di una Costituzione, come ricordava Bettiol⁴⁶), forse «l'unico principio penale costituzionale davvero di rottura», capace di temperare l'impostazione repressiva e general preventiva dell'intero codice: una formulazione voluta, non a caso, da Basso e La Pira, «che penalisti non erano» e militavano in due partiti politici di opposta ispirazione⁴⁷.

Non si può nascondere la difficoltà con cui tale principio fu accolto, per l'esplicita volontà di alcuni di conservare alla pena il suo tratto di sofferenza, ben espresso, come si è visto da Giovanni Leone, per il quale doveva continuare ad essere lo strumento di «restituzione dell'ordine violato attraverso la funzione vendicativa e satisfattoria»: un linguaggio che non si era liberato dalle pastoie di un passato che vedeva nella pena una vendetta.

Un secolo di dibattito scientifico non era trascorso invano se ancora si chiamavano in causa le scuole classica e positiva, che lungi dal conoscere un tramonto, mandavano ancora vividi bagliori⁴⁸. La preoccupazione, come si è anticipato, era infatti quella di evitare che fossero i postulati dell'una o dell'altra a prevalere⁴⁹ e soprattutto di anestetizzare l'idea che la rieducazione del

⁴⁵ «Che cosa si intende invero quando si parla di “umanizzazione del diritto penale”? Il problema nella sua impostazione non è un problema tecnico-giuridico. Appartiene alla *metafisica* del diritto penale e quindi alla *filosofia* [...]. Sorge ora l'altro problema: se appartenga all'idea e quindi al processo di umanizzazione delle pene anche l'inciso della Costituzione [...]. È un dato di fatto che tale inciso è stato approvato dall'Assemblea Costituente (su questo punto si è divisa senza particolari significativi schieramenti di partito) perché la maggioranza dei suoi componenti – senza rendersi esatto conto del significato di certe espressioni – era in vena di “umanizzazione” quale espressione di un certo senso di compassione, di misericordia, di carità verso i condannati» (G. Bettiol, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Scritti giuridici* cit., pp. 740, 747, ma si veda anche *Orientamenti generali nel diritto penale*, ivi, pp. 754-763).

⁴⁶ G. Bettiol, L. Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, 12^a ed., Padova, Cedam, 1986, p. 53.

⁴⁷ F. Palazzo, *La pena*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Treccani, 2012, p. 653. Cfr. anche P. Rossi, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1953, p. 182; Fiandaca, *Il 3° comma* cit., p. 227, nt. 15.

⁴⁸ L'avvocato siciliano Guido Basile in un intervento rimarcava chiaramente il fatto che la discussione rimetteva in gioco le due grandi correnti di pensiero scientifico (Atti Assemblea Costituente, LXXXI, seduta di sabato 29 marzo 1947, p. 2651). Si veda Fiandaca, *Il 3° comma* cit., p. 225.

⁴⁹ Lo esprime chiaramente Tupini: «Vede, onorevole Leone, si sono proiettate in questa discussione

condannato fosse ricollegabile alla teoria preventiva della pena, figlia diretta del positivismo, delle cui scorie buona parte dei costituenti voleva liberarsi. Una simile concessione alla scuola positiva fu considerata da molti inaccettabile e questo giocò probabilmente un ruolo non indifferente anche nello scontro dottrinale degli anni successivi, in qualche modo rallentando l'esplosione della carica innovativa contenuta nel terzo comma dell'art. 27, destinata per di più a scontrarsi con una realtà (quella carceraria) che nella pratica finiva per vanificare lo sforzo di elaborazione concettuale.

Come anticipato, uno dei problemi da chiarire era se rieducazione ed emenda fossero espressioni sovrapponibili e sinonimiche o non rappresentassero due momenti distinti della penalità⁵⁰ e quanto la tanto vagheggiata laicità del diritto penale non finisse per presentare rigurgiti moralistici proprio nella configurazione della sanzione. Una certa disinvoltura espressiva nell'usare indifferentemente parole come emenda, pentimento, redenzione sembra richiamare l'idea della pena come strumento di contrasto all'immoralità attraverso la catarsi del dolore.

Il problema era stato ben posto da Nuvolone, il quale si chiedeva cosa dovesse intendersi per rieducazione del condannato: se dovesse essere affrontato dal punto di vista del contenuto o nel rapporto finalistico con la pena⁵¹. L'intreccio tra recupero individuale e risocializzazione sollevava alcuni interrogativi: si mirava all'espiazione, e pertanto alla purificazione della coscienza e al

le preoccupazioni che hanno riferimento alle scuole filosofiche. C'è la preoccupazione di chi è più ligio alla scuola classica, l'altra di chi è più ligio alla scuola positiva, e il timore che la nostra formula aderisca più all'una che all'altra e viceversa. Fo osservare agli onorevoli proponenti degli emendamenti che, in fondo, se noi siamo convinti, come chi vi parla è convinto, che effettivamente la società non deve rinunciare ad ogni sforzo, ad ogni mezzo affinché colui che è caduto nelle maglie della giustizia, che deve essere giudicato, che deve essere anche condannato, dopo la condanna possa offrire delle possibilità di rieducazione, perché ci dobbiamo rinunciare? Non importa a me che questo possa rispondere ad un postulato scientifico di una determinata scuola. Sono convinto, per un elementare senso umano, che bisogna fare ogni sforzo perché il reo possa essere rieducato, e credo che non dobbiamo rinunciare in nessun caso a questa possibilità» (Atti Assemblea Costituente, LXXXIX, seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947, pp. 2880-2881).

⁵⁰ «Costituzionalmente, rieducare non è sinonimo di emendare» [A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, «Rivista AIC», 2, 2014 p. 3].

⁵¹ P. Nuvolone, *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione* cit., p. 349. Bettiol invece si chiedeva se nell'invocazione alla rieducazione non si celasse un apriorismo non dimostrato né dimostrabile, ossia che i delinquenti adulti avessero davvero necessità di un'opera di rieducazione, dando alla domanda risposta negativa qualora si considerasse l'educazione come conoscenza della legge morale e dei conseguenti doveri. Era infatti da escludere la possibilità di ri-educare chi aveva sicuramente avuto modo di conoscere le regole fondamentali cui ispirare le proprie azioni, come ad esempio i delinquenti occasionali (consapevoli del male compiuto: tale consapevolezza era la miglior dimostrazione di una coscienza comunque ancorata a valori etici), ma ciò non era possibile nemmeno con i recidivi, abituali e di professione, considerati incorreggibili (Bettiol, *Sulla rieducazione del condannato* cit., pp. 902-910).

pentimento attraverso la sofferenza⁵², e/o alla risocializzazione per garantire allo Stato la conservazione di una pacifica convivenza civile?

Nel primo caso la pena presenta indubbi riflessi di carattere morale⁵³; nel secondo, accanto a soprassalti utilitaristici, occorre stabilire a quali valori deve essere rieducato il reo e in quale modo può avvenire il recupero e il reinserimento sociale. Di fronte a reati sovversivi dall'indubbia impronta ideologico-politica, essere rieducati significa accettare di essere conformati, quasi plasmati a un sistema valoriale contro il quale si combatte e che si disconosce. Se si ammettesse che obiettivo dello Stato è l'emenda interiore, ciò significherebbe indurre il condannato a ricredersi delle proprie opinioni e uniformarsi alle convinzioni politiche o religiose prescritte dalla pubblica autorità, giungendo a spegnere ogni voce dissidente: operazione che può presentare profili ambigui e problematici soprattutto laddove non vengano valori democratici e liberali, come il passato insegna⁵⁴. In altre parole, l'emenda morale conduce alla risocializzazione che consiste però nella «correzione politico-ideologica, propria degli Stati totalitari e ivi praticata attraverso le impositive tecniche dell'indottrinamento e delle manipolazioni delle coscienze»⁵⁵.

Il nodo da sciogliere era se la società per realizzare l'emenda attraverso la pena avesse il diritto di agire penetrando nell'animo del reo attraverso un'azione coattiva destinata a generare un nuovo sentimento morale. Ecco dunque che la prudente formula del comma terzo aggirava il rischio di un'ingerenza (quasi una profanazione) delle leggi nella sfera privata, tracciando una sottile linea di demarcazione tra emenda intensa come rigenerazione morale, lasciata alla libera e autonoma scelta di ciascuno, ed emenda intesa recupero alla vita sociale.

La rieducazione venne intesa (o fraintesa) da alcuni in senso più che altro spirituale e al tempo stesso l'afflato religioso fu quasi strumentalizzato sia

⁵² Sosteneva ad esempio l'avvocato beneventano Costantino Preziosi che il reo doveva pentirsi del delitto e trovare nelle carceri un luogo in cui racchiudersi in se stesso per giungere a una rigenerazione interiore (Atti Assemblea Costituente, LXXVI, seduta di mercoledì 26 marzo 1947, p. 2509).

⁵³ Ci si potrebbe interrogare se non fosse anche questo il timore che aveva spinto Beccaria ad escludere l'emenda da una trattazione pur permeata da accenni di mitezza. Se la sanzione, che reca in sé un *quantum* di sofferenza, non doveva per il marchese lombardo mirare a «tormentare ed infliggere un essere sensibile» (Beccaria, *Dei delitti* cit., § XII *Fine delle pene*, p. 54), estranea era invece la funzione di rieducazione: l'emenda fu rifuggita da Beccaria perché a chi sosteneva la «laicità del diritto penale, ripugnava certamente l'idea di assegnare allo Stato un compito paternalistico di valutazione morale della coscienza del colpevole» (A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Giuffrè, Milano, 2005, p. 200).

⁵⁴ Carrara aveva sollevato questa preoccupazione con riferimento alla realtà del tempo, esemplificando come il repubblicano avrebbe dovuto essere convinto alle idee monarchiche (e viceversa), l'acattolico o l'ateo allo spirito cattolico e via discorrendo, attraverso lo strumento punitivo (Carrara, *Emenda* cit., p. 201).

⁵⁵ Mantovani, *Diritto penale* cit., pp. 776-777.

da chi sosteneva la teoria della retribuzione sia da chi premeva per esaltare il significato special preventivo dell'art. 27, 3° comma⁵⁶.

Si pensi a Carnelutti, che proprio in nome della religione cristiana e della carità, intendeva la pena come espiazione e la sua inflizione quale gesto di amore, conservando tracce della già ricordata teoria della pura emenda⁵⁷, proseguita poi da esponenti italiani⁵⁸.

Nell'affrontare quello che definiva l'enigma penale (la lotta del diritto contro il male), Carnelutti concepiva la pena come penitenza e di fronte all'impossibilità di risolvere il problema della pena attraverso la scienza, ricorreva alla fede, equiparando la pena a un gesto di carità e di amore capace di salvare l'uomo e di «(e)mendarlo»⁵⁹. La pena doveva mirare a cancellare il reato dall'animo del reo, imponendogli una disciplina e un *modus vivendi* in grado di indurlo al pentimento e pertanto alla liberazione, intesa come libertà interiore. Raggiunto il pentimento, la pena cessava la sua funzione (e utilità). Ma perché tutto ciò fosse possibile, era necessario rifugiarsi nell'insegnamento cristiano per abbracciare «il verbo luminoso della redenzione!»⁶⁰.

Biagio Petrocelli, pur in dissidio con la teoria dell'emenda e con le tesi di Carnelutti, definite troppo generiche e astratte, incapaci di calarsi nella realtà e nella concretezza dei problemi⁶¹, riteneva tuttavia che la carità ispirasse il principio retributivo⁶², anche se mitigava l'idea che l'esecuzione della pena dovesse essere indirizzata sempre e comunque «verso la redenzione morale del reo» con il fatto che ciò non fosse possibile per tutti⁶³: non lo era per determinati soggetti⁶⁴ (e per questo occorreva rifugiarsi in una concezione retributiva umanizzata) e non era necessaria in relazione a taluni reati (come quelli colposi o di minima entità). L'articolo 27 della Costituzione, per Petrocelli, mirava a questo compromesso: «liberare la pena di ogni inutile asprezza e guardando

⁵⁶ Si vedano ad esempio i già ricordati interventi di Crispo, Rossi e Mastino (*supra*, nt. 29, 30, 32).

⁵⁷ Cfr. *supra*, nt. 8.

⁵⁸ Si pensi al tentativo di dare vita a una scuola penalista umanista, il cui più autorevole esponente può essere individuato in Vincenzo Lanza con il suo *Umanesimo e diritto penale. Saggio sulla nuova scuola penale italiana*, 2ª ed., Catania, Muglia, 1929. Nella direzione dell'emenda si mosse anche U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, 3ª ed., Firenze, Sansoni, 1974.

⁵⁹ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1946, I, pp. 5-21, ma anche Id., *Il problema della pena*, Roma, Tumminelli, 1945.

⁶⁰ Carnelutti, *Lezioni cit.*, p. 14. Le posizioni di Carnelutti gli fecero meritare da parte di Bettiol l'appellativo di «distruttore del diritto penale» (Bettiol, Pettoello Mantovani, *Diritto penale cit.*, p. 810).

⁶¹ B. Petrocelli, *Principi di diritto penale*, Napoli, Jovene, 1955, I, p. 41.

⁶² B. Petrocelli, *Le pena come emenda del reo*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, Giuffrè, 1952, II, pp. 317-348.

⁶³ Ivi, p. 328.

⁶⁴ Tali erano tanto i delinquenti occasionali quanto i criminali incorreggibili «per i quali è vano sperare che l'emenda possa mai verificarsi. Di fronte a questa realtà gli assertori dell'emenda, di solito, tacciono, in un atteggiamento che sembra essere di implicita negazione» (ivi p. 334, 331).

nel condannato l'uomo, condurlo, se possibile alla redenzione. Il che nulla toglie all'essenza propria della pena»⁶⁵.

Anche Maggiore finiva per invocare la carità come «forza moderatrice», capace di addolcire la pena, introducendo «nel diritto penale moderno istituti che, lungi dall'offendere o affievolire il principio della pena-castigo, lo potenziano e lo rafforzano nella luce della cristianità»⁶⁶. Contrapponendosi a Petrocchi, respingeva l'idea di ricorrere all'esperienza per negare il carattere etico-pedagogico che la pena poteva assumere con il pretesto che di rado il reo si corregge: «professare un tale scetticismo significherebbe darsi in braccio alla più odiosa teoria della predestinazione al delitto [...] e disdire il dogma della libertà»⁶⁷. Ciò non gli impediva di negare la finalità di emenda della pena, la quale era invece necessaria alle supreme necessità dell'ordine giuridico, tanto che essa avrebbe dovuto essere prevista anche qualora si fosse dimostrato l'incapacità di correggere anche un solo delinquente o di impedire un solo reato: «l'emenda può essere dunque un effetto desiderabile, mai un fine essenziale della pena»⁶⁸. Orgogliosa, da parte di Maggiore, la difesa della teoria retributiva, in grado di superare indenne ogni tipo di critica: a quanti scorgevano in essa l'usurpazione di un attributo proprio della divinità, la risposta riposava nella distinzione tra la giustizia assoluta, che appartiene a Dio, e quella da Dio stesso delegata agli uomini che non potevano che ripagare il male con il male per reintegrare l'ordine giuridico offeso⁶⁹.

Per quanti intendevano l'emenda in senso intimista o soggettivo, essa non poteva essere richiesta né tanto meno imposta (avrebbe significato che lo Stato obbligava al bene quando invece poteva solo evitare e reprimere il male⁷⁰) senza correre il rischio di ricadere nelle pratiche dell'inquisizione (ossia la purgazione dell'anima attraverso la sofferenza)⁷¹. Affermare poi che essa rispondeva a un fine utilitaristico (il recupero sociale per il bene dello Stato e la tutela dell'ordine pubblico, in un significato oggettivo) equivaleva, per dirla con Carrara, a riconoscere che l'emenda «è mezzo potente di tutela giuridica»⁷².

Nella contestazione del terzo comma dell'art. 27 non vi era il rifiuto della rigenerazione morale del delinquente, ma la richiesta che questa avvenisse

⁶⁵ Ivi, pp. 345-346.

⁶⁶ G. Maggiore, *Principi di diritto penale*, I Parte generale, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1939, p. 558.

⁶⁷ Ivi, p. 553.

⁶⁸ Ivi, p. 558.

⁶⁹ Ivi, p. 556. Polemico verso Maggiore e Bettiol fu R. Pannain, *Il diritto penale e la morale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, Cedam, 1954, pp. 343-360.

⁷⁰ «Lo Stato non può imporre la virtù. Esso può solo, o meglio, deve creare le condizioni perché l'uomo possa condurre una vita virtuosa» (Bettiol, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione* cit., p. 11).

⁷¹ «Noi non possiamo ricondurre la pena alla penitenza, il delitto al peccato» (Guido Basile, Atti Assemblea Costituente, LXXXI, seduta di sabato 29 marzo 1947, p. 2651).

⁷² Carrara, *Emenda* cit., pp. 198-200.

entro il principio retributivo, irrinunciabile per l'essenza stessa della pena. In qualche modo tornavano a galla le posizioni mediate di certi esponenti della scuola classica, a cui alcuni componenti della Costituente non nascondevano di ispirarsi: auspicavano l'emenda del condannato, ma *a latere* o come finalità ulteriore, augurabile, ma non esclusiva⁷³.

È la posizione di Bettiol, enunciata in Assemblea e ripresa nella sua produzione scientifica: egli, pur ritenendo ipocrita da parte della società ritenere rieducato il condannato attraverso la pena⁷⁴, lasciava aperti spiragli per una possibile "redenzione" come conseguenza del carattere retributivo della pena temperato da umanità⁷⁵. Nel pensiero di Bettiol, impregnato di valori discendenti dal pensiero cattolico e da un intreccio non sempre coerente tra retribuzione e prevenzione, la persona era sì al centro, ma ciò non significava rinunciare a una concezione penalistica ispirata alla responsabilità individuale cui non poteva che corrispondere la retribuzione. Bettiol non nascose mai la sua aperta antipatia verso il principio rieducativo, smorzando gli entusiasmi di quanti vedevano in esso una delle più significative novità introdotte da una Costituzione ispirata a un palingenesi generale del diritto, e l'ostilità manifestata durante i lavori della Costituente trovò modo di esprimersi anche nei decenni a venire, denunciando come dietro il richiamo a una "carità laica" si camuffasse una illecita intromissione di uno Stato etico-missionario nella coscienza individuale e nella libertà morale⁷⁶.

⁷³ Vi è la posizione di aperto dissenso verso il principio dell'emenda espresso ad esempio da Carmignani, convinto assertore che «le pene umane qualunque esse sieno sono per se medesime poco atte a correggere», dal momento che ricorrono alla forza per imporsi e che pertanto «è difficile concepire come risultato della forza la correzione». Gli effetti salutari del pentimento interiore non possono essere creati dalle leggi: «non vi è chi non senta l'assurdo di convertire un nemico in discepolo» (G. Carmignani, *Teoria delle leggi della sciurezza sociale*, Pisa, Fratelli Nistri, 1832, III, pp. 107-109). Al contrario Carrara, seppure in un inciso, indicava la «correzione interna del reo» un'opera santa del governo da lodare come convinzione, anche se tornava a ribadire, dopo questa breve parentesi, di non ravvisare in ciò un fine proprio della pena (Carrara, *Programma* cit., p. 369). Lo stesso può dirsi per Pellegrino Rossi («la pena può egualmente produrre l'istruzione, il timore, l'emendamento del colpevole [...]. Esso è possibile. Esso è desiderabile. Il non tentarlo è negligenza repressibile. Permettere delle pene che in luogo di correggere il condannato divengano per lui una sorgente di corruzione ed una scuola d'iniquità è più che una negligenza»: P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, Napoli, 1853, pp. 245-247), o per Enrico Pessina («Intanto la dottrina dell'emendamento ha un lato vero quando si coordina con la teoria della retribuzione. La società proponendosi con la *pena* di riaffermare il Diritto deve nel suo contenuto fare che il Diritto si riaffermi nello stesso delinquente, estirpando in lui per quanto è possibile la cagione del delinquere; epperò la rigenerazione morale come mezzo di siffatta rieducazione può e dee formar parte del contenuto della pena. L'emendamento è una delle condizioni, e non già lo scopo fondamentale, né la ragione giustificatrice della pena»: E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, 2ª ed., Napoli, Giuseppe Marghieri, 1871, I, § 5, p. 25). In tutti gli autori citati, tuttavia, non erano questi gli effetti primari della pena.

⁷⁴ Bettiol, Pettoello Mantovani, *Diritto penale* cit., p. 55.

⁷⁵ Ivi, pp. 811-812.

⁷⁶ G. Bettiol, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Scritti giuridici* cit., p. 887.

Assimilare rieducazione e redenzione era un modo per disconoscere l'effettiva portata del 3° comma ed evitare di impegnarsi per dare attuazione concreta a tale principio nella realtà. Il verbo "tendere" offriva infatti la possibilità di una lettura riduttiva: rieducare per quanto possibile, se possibile, con soggetti con cui ciò fosse possibile⁷⁷.

Il tentativo di attutire la nuova visione costituzionale trovò modo di esprimersi anche sottolineando la difficoltà di un coordinamento tra Carta e codice penale⁷⁸, che aveva introdotto con il cd. doppio binario un impianto sanzionatorio in cui, accanto alle pene di tipo retributivo-punitivo, si ponevano le misure di sicurezza, applicate al delinquente socialmente pericoloso, finalizzate, queste sì, al suo recupero⁷⁹. L'apparente abile miscela operata nel codice tra i *desiderata* della scuola positiva e i capisaldi della scuola classica⁸⁰ aveva alla fine dato luogo a un apparato fortemente intimidatorio, chiamato ad assolvere quindi sia scopi di difesa sociale che preventivi-repressivi⁸¹. Si riteneva pertanto che la Costituzione, con la dizione generica alla fine approvata, finisse per estendere a tutte le pene lo scopo che invece il codice aveva riconosciuto alle sole misure di sicurezza⁸², a discapito della certezza e determinatezza della pena.

⁷⁷ Ineccepibile, da un punto di vista letterale e logico, il ragionamento di Petrocelli: «L'accenno ai trattamenti contrari ai sensi di umanità non avrebbe avuto ragion d'essere se la pena avesse dovuto avere una finalità puramente rieducativa». Di conseguenza, solo l'accettazione della tradizionale funzione della pena «può dar spiegazione al monito contenuto nell'art. 27, potendo quegli eccessi verificarsi appunto nell'esercizio della funzione punitiva propriamente intesa» (Petrocelli, *Principi* cit., p. 44).

⁷⁸ Le riflessioni dottrinali erano volte più che altro a segnalare continuità o discontinuità rispetto all'ideologia fascista che aveva dato vita al codice, il quale aveva accostato a «istituti consolidati dalla tradizione classica-liberale, che il tecnicismo giuridico aveva ripulito delle "incrostazioni" metafisiche i principi elaborati dalla scuola positiva. Si acquietavano così gli opposti sostenitori delle due scuole, che si ritennero soddisfatti dall'accoglimento, almeno a parole, delle proprie tesi» (G. Neppi Modona, M. Pellissero, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12: *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, p. 784). Vi leggevano un avvicinamento alla scuola classica ad esempio B. Petrocelli, *I limiti della scienza del diritto penale e la nuova legislazione*, Modena, Società tipografica modenese, 1931; E. Altavilla, *Manuale di diritto penale*, Napoli, Morano, 1934, p. 2. Ovviamente Ferri vi scorgeva invece prevalente il contributo della scuola positiva (E. Ferri, *Il progetto Rocco di Codice penale*, «La Scuola positiva», n.s., 7, 1927, p. 489).

⁷⁹ Sulla lettura correlativa tra finalità preventiva e misure di sicurezza cfr. Bettiol, *Il problema penale* cit., pp. 111-112 e G. Bettiol, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Scritti giuridici* cit., pp. 838-848.

⁸⁰ Restano ancora un punto di riferimento le pagine di M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, ora in *Saggi di storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, I, pp. 493-590; Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ivi, pp. 591-670 ss.; sulla violenta polemica ottocentesca tra le due scuole, ingaggiata dalla "Rivista penale", v. Id., *Il diritto penale liberale. La "Rivista penale di Luigi Lucchini (1874-1900)*, ivi, II, in particolare pp. 958-973.

⁸¹ A. Rocco, *Relazione e RD 19 Ottobre 1930*, in *Codice penale*, Roma, 1930, p. 7. Cfr. sul punto Bettiol, Pettoello Mantovani, *Diritto penale* cit., pp. 941-979; Neppi Modona, Pellissero, *La politica criminale* cit., pp. 785-786.

⁸² Zuccalà, *Della rieducazione* cit., pp. 61-65.

Il timore era di non rintracciare più alcuna differenza tra le due tipologie sanzionatorie, determinando così, sia pure indirettamente, il trionfo del positivismo criminologico. Al contrario, non mancava chi riteneva si stesse presentando l'occasione per superare il binomio codicistico a favore di una concezione unitaria della pena che assolvesse al contempo funzioni general-preventive e rieducative⁸³.

Evidente tuttavia che l'accoglimento del principio di rieducazione indirizzava, anzi, blindava, le scelte del futuro legislatore, a cui spettava il compito di rivisitare a quel punto il "penale"⁸⁴. In generale, la Costituzione dava slancio a un progressivo mutamento della cultura e della legislazione penalistica, che non sarebbe giunta, nonostante i tentativi, alla predisposizione di un nuovo Codice penale, ma che via via avrebbe determinato il progressivo allontanamento dalle disposizioni in contrasto con i valori enunciati dalla Carta, grazie anche agli interventi della Corte Costituzionale. Indubbio che «l'insieme dei valori e dei principi costituzionali sia divenuto progressivamente «il metro critico per rivisitare il sistema penale»⁸⁵. Al tempo stesso fino agli anni Sessanta, che rappresentano il limite cronologico di questa indagine, «molta parte della dottrina penalistica si attarda ad attualizzare la base di legittimazione del vecchio codice penale del fascismo nonostante l'avvento della nuo-

⁸³ Per un orientamento volto a ricomprendere pene e misure di sicurezza in un *genus commune* con finalità preventiva, seppure con motivazioni diverse, cfr. P. Nuvolone, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale italiano*, «Rivista italiana di diritto penale», 1956, p. 18; G. Delitala, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, «Rivista italiana di diritto penale», 3, 1950, pp. 708-709; G. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2, 1961, p. 341; A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960, p. 76. Si veda l'ampia trattazione di A. Molari, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in *Sul problema della rieducazione* cit., pp. 161-189. «Se pure il sistema del doppio binario non è stato superato, superata è stata comunque la vecchia concezione di una pena a valenza esclusivamente retributiva e/o preventivo-generale, mentre anch'essa ha acquisito una finalità rieducativa che a lungo andare ha permeato il dibattito scientifico e pungolato l'attività riformatrice del legislatore» (C.F. Grosso, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia* cit., p. 29).

⁸⁴ P. Nuvolone, *Le leggi penali e la costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953. In particolare, per l'autore il terzo comma dell'art. 27 impegnava il legislatore ad adeguare sempre di più il regime penale e penitenziario alle istanze della prevenzione speciale. Senza che ciò facesse perdere alla pena la sua essenza di retribuzione di un male commesso, risultava costituzionalmente sancito che nella sanzione che va sotto il *nomen iuris* di pena la pena non poteva più essere intesa solo come castigo (ivi, p. 3). Tesi confutata da Bettiol, che vedeva in questa (errata, a suo parere) interpretazione del dettato costituzionale l'apertura per una legislazione penale futura sempre più orientata verso i principi del positivismo, facendo ritenere del tutto esaurita la spinta ispiratrice della scuola classica e la sua concezione retributiva: «Una tale impostazione "progressista" della norma costituzionale sulla pena è in perfetta armonia con una impostazione generale marxista o per lo meno socialistoide del problema» (Bettiol, Pettoello Mantovani, *Diritto penale* cit. p. 4. Si veda anche E.A. Bernabei, *Il problema della pena nel codice, nella Costituzione e nel progetto preliminare di riforma*, «La Giustizia penale», 1951, pt. I, I *Presupposti*, coll. 103-106; Rossi, *Lineamenti* cit., *passim*; M. Spasari, *Diritto penale e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966; M. Siniscalco, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, Eri, 1968.

⁸⁵ Grosso, *Le grandi correnti* cit., p. 29.

va Costituzione»⁸⁶, cercando di evidenziare i legami con la dottrina liberale ottocentesca piuttosto che dare seguito all'inversione di rotta che la Carta aveva indubbiamente impresso al tema della penalità. Una lettura riduttiva ha impedito per lungo tempo di «cogliere tutte le possibili implicazioni del principio di rieducazione, quale fondamentale criterio di politica criminale»⁸⁷ e un periodo connotato anche da un alto tasso di criminalità spinse molti a «chiudersi a riccio» a protezione delle teorie retributive, con qualche spruzzata, come si è visto, di principi religiosi per consolidarne la portata in una società fortemente permeata da valori cattolici. Se figure come quelle di Nuvolone o Rossi si fecero interpreti di un valore 'moderato' della rieducazione come finalità prima della pena, per mitigare le vette raggiunte da un Grispiigni che decretava la morte della teoria retributiva⁸⁸, la maggioranza, come si è visto (pur attraverso cenni non esaustivi), si impegnò, se non a distruggere, certo a ridimensionare quello che Bettiol definiva il mito della rieducazione.

Furono quei primi decenni contrassegnati da un'antinomia tra la velocità della ricostruzione economico-materiale del paese e uno stagnante clima della cultura penalistica, rotto però da alcune figure e prese di posizione capaci di cogliere lo spirito della Costituzione e di tracciare la strada per l'evoluzione futura del penale. La Costituzione avrebbe proiettato (e continua incessantemente a farlo) la propria luce nel tempo con una vera e propria direttrice teleologica, nonostante la preoccupazione maggiore dopo la promulgazione della Carta sia stata quella di mantenere in vita lo scheletro del codice del '31 depurato delle più marcate disposizioni a carattere antidemocratico e di procedere con una pletora di nuove norme che hanno determinato una sorta di decodificazione nell'ambito penale.

Non si può a conclusione non ricordare il fatto che la Costituzione «attribuendo anche alle pene una funzione rieducativa ha posto le premesse per una trasformazione del concetto di esecuzione penitenziaria»⁸⁹. Già durante i lavori dell'Assemblea si evidenziò (a volte in modo strumentale per respingere le aperture umanitarie dell'art. 27) la necessità di accompagnare alla previsione rieducativa una radicale riforma degli istituti e della vita penitenziaria (ecco tornare la *penitenza*), in mancanza della quale la riabilitazione del detenuto sarebbe rimasta una chimera e il dettato costituzionale un nobilissimo, ma astratto principio⁹⁰. Non ci si nascondeva, con sano realismo, che le strutture

⁸⁶ Palazzo, *La pena* cit. p. 653.

⁸⁷ Fiandaca, *Il 3° comma* cit., p. 222.

⁸⁸ F. Grispiigni, *Regresso di un secolo nella legislazione penale: il progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1949.

⁸⁹ Grosso, *Le grandi correnti* cit., p. 33.

⁹⁰ Così Bettiol: «*Sunt lacrymae rerum* [Virgilio, verso 462, primo libro dell'Eneide *n.d.r.*]. E veramente è il pianto delle cose se si pensa alla situazione dei nostri stabilimenti carcerari, in cui, in condizioni inumane, trova esecuzione la pena» (Atti Assemblea Costituente, LXXVI, seduta di mercoledì

carcerarie non erano adeguate a impedire che l'enunciazione rieducativa rimanesse mera asserzione programmatica, senza possibilità di attuazione nella fase di esecuzione della pena⁹¹.

Il carcere era stato già al centro dell'attenzione della prima Sottocommissione nell'adunanza del 10 dicembre 1946. Anticipando tematiche ancora oggi laceranti, ci si interrogava sulla possibile compatibilità tra rieducazione ed ergastolo⁹², tra stabilire pene massime per i reati più gravi (che secondo la già ricordata proposta Nobile-Terracini non avrebbero dovuto essere superiori ai quindici anni⁹³), nella convinzione che si trattasse di materia costituzionale, in contrapposizione a chi all'opposto, riteneva si dovesse rinviare il tutto alla legislazione penale⁹⁴.

La similitudine tra pena di morte ed ergastolo, sollevata da Togliatti, considerate entrambe inumane e come tali da sopprimere⁹⁵, non ricevette risposta

26 marzo 1947, p. 2499). Sulla stessa linea, con qualche ulteriore precisazione, si ponevano Costantino Preziosi e Girolamo Bellavista. L'uno e l'altro sostenevano «che in Italia vi è un sistema carcerario che non so quanti epiteti di vergogna meriterebbe; vi è un sistema carcerario in Italia, non solo il più antiquato, ma il più vergognoso», ricordando che molti dei presenti quel giorno in aula ne avevano sperimentato l'asperità (ivi, pp. 2509, 2511). Interessante ai nostri fini le parole con cui Alfredo Rocco accompagnò il Regolamento penitenziario del 1931 (promulgato con Regio decreto del 18 giugno, n. 787), in cui si enunciano norme di vita carceraria «che siano bensì idonee a emendare il condannato, ma non tolgano alla pena il carattere afflittivo e intimativo», anticipando espressioni che risuoneranno nell'Assemblea costituente (Alf. Rocco, *Relazione al Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, Roma, 1931, pp. 14 e 16). In continuità rispetto al precedente regolamento, risalente al 1891, quello del '31 ribadì all'art. 1 l'obbligo del lavoro, un vero e proprio dovere giuridico sanzionato in caso di inosservanza, ma spogliato di ogni finalità rieducativa (il lavoro era concepito come mezzo educativo solo per i minori); quello dell'istruzione civile (artt. 136-141) e dell'insegnamento religioso (artt. 142-146), strumentalizzato, questo sì, a fini di rieducazione morale, imponendo a ciascun detenuto che non dichiarasse l'appartenenza ad altro culto l'obbligo di seguire le pratiche collettive di quello cattolico.

⁹¹ La contrapposizione fu tra chi sosteneva che la risocializzazione fosse funzione preminente della pena (così Filippo Grisogni, intento a proseguire i dettami della scuola positiva: *Diritto penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1947, I, pp. 76-77), chi rifiutava l'idea che essa avesse solo natura programmatica (ad esempio Delitala, *Prevenzione e repressione* cit., pp. 699-714; Vassalli, *Funzioni e insufficienze* cit., pp. 298-346; Nuvolone, *Il problema della rieducazione* cit., p. 350, per il quale la rieducazione non rispondeva ad aspirazioni dottrinali ma si configurava come imperativo giuridico), mentre alcuni, come Bettiol, ritenevano operativa tale funzione solo nella fase esecutiva (Bettiol, *Il mito* cit., p. 15, fornendo un'interpretazione restrittiva dell'art. 27, condivisa da A. Tesauro, *La funzione del diritto penale per la Costituzione attuale*, «Foro penale», 1962, p. 136). Si veda E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, Cedam, 1979, pp. 96-98.

⁹² M. Terzi, *La comminatoria editale*, in particolare pp. 8-11.

⁹³ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 19, resoconto sommario della seduta di sabato antimeridiana 25 gennaio 1947, p. 181.

⁹⁴ Ivi, pp. 182-185.

⁹⁵ Atti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Prima Sottocommissione, 47, resoconto sommario della seduta di martedì 10 dicembre 1946, p. 470. La proposta suscitò la reazione, tra gli altri, del Presidente Tupini, per il quale «l'abolizione della pena dell'ergastolo potrebbe essere un incentivo a commettere delitti efferati, essendosi soppressa l'unica pena, quella di morte, capace di incutere paura ai grandi criminali» (*ibidem*). E nel 1956 Bettiol, tornando sull'argomento, respingeva la possibilità di abolire l'ergastolo, generatasi per un'errata interpretazione del concetto di rieducazione,

allora come oggi⁹⁶. E il regime carcerario attende ancora parole chiare e risolutive, nell'evidente paradosso di una Costituzione che nell'arco temporale di un solo anno e mezzo ha riscritto i valori fondanti di una società e di un legislatore ordinario che ha vanamente inseguito una riforma organica del diritto penale⁹⁷ e penitenziario.

Ma questa è un'altra storia. Su cui confidiamo che le generazioni future possano scrivere una parola di saggezza giuridica e di legalità costituzionale, oltre che di umanità⁹⁸.

in grado di realizzarsi anche nel caso di una pena perpetua. Se infatti si intende la rieducazione in una dimensione spirituale, l'ergastolo consentiva quell'isolamento necessario per una conversione dal male al bene e, contemporaneamente, non escludeva un minimo di organizzazione di vita sociale all'interno dello stabilimento carcerario: «il problema dell'ergastolo non è già quello della sua abolizione ma quello della *trasformazione* delle condizioni nelle quali il condannato è chiamato ad espriare la pena» (Bettiol, *Sulle massime pene* cit., p. 891).

⁹⁶ L. Esusebi, *L'ergastolo, una pena di morte nascosta*, «Munera», 1, 2015, pp. 29-49, nato sulla scorta del *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di diritto penale*, Giovedì, 23 ottobre 2014 su cui, dello stesso Esusebi, *Cautela in poena*, commento al cfr. *Discorso del Santo Padre Francesco alla delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII, 1, 2015, pp. 459-465.

⁹⁷ Cfr. F. Palazzo, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in *Storia d'Italia* cit., p. 856. Si veda C. Latini, *Una legislazione per spot. Dalle idee di riforma del 1944-45 al progetto Grosso di Codice penale*, «Archivio giuridico», CLI, 4, 2019, pp. 763-788.

⁹⁸ Le spinte abolizioniste dell'ergastolo hanno avuto quasi sempre «motivi sentimentali» (A. Dessi, *Note in tema di ergastolo*, «Archivio penale», 1959, p. 84) o si sono basati sull'umanizzazione delle pene (F. Cigolini, *Sull'abolizione della pena dell'ergastolo*, «Rivista penale», 1958, p. 299), senza mai rispondere alla domanda «i giudici italiani, condannando taluno all'ergastolo, irrogano una pena costituzionalmente legittima?» (L. Gullo, *Il problema dell'ergastolo è sempre attuale*, «Democrazia e diritto», 2, 1960, p. 56).

Lessico e politica del penale

Roberto Cornelli

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

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

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

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

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

¹ Cfr. U. Curi in questo volume.

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

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

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

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

Parlare di “vendetta pubblica”, tuttavia, rischia di creare qualche confusione.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Come spiegare questo declino della violenza letale?⁹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Pena e social ordering*

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

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

¹³ Ivi, p. 14.

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

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

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

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

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

¹⁴ Ivi, p. 17.

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

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

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

¹⁸ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

¹⁹ Ivi, p. 15.

²⁰ Ivi, p. 17.

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

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

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

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

²² Ivi, p. 163.

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

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Ivi, p. 19.

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

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

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

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

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

²⁷ Ivi, p. 52.

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

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

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

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

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

E ancora:

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

²⁸ Ivi, pp. 62-63.

²⁹ Ivi, p. 79.

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

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

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

Vale la pena soffermarsi brevemente anche su questo concetto.

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

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

³⁰ Ivi, p. 74.

³¹ Ivi, p. 83.

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

³³ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Quale pena o quale società?*

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

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

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

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

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

Osservate da vicino, le pratiche di giustizia riparativa – quelle che s'ispirano ai principi di una giustizia dialogica/relazionale più che le misure riparative imposte in sostituzione o in aggiunta alla pena/castigo – esprimono la tensione a una giustizia capace di guardare le persone al di là dei confini che le categorizzano, di considerare il conflitto – innanzitutto tra autore e vittima – implicato nelle violazioni dell'ordine legale come possibilità di risignificare le relazioni sociali e di assumere le istanze di non diritto come linfa per rafforzare su nuove basi l'ordine sociale.

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

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

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

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).

Roberto Bartoli

Castigo: vendetta o giustizia?

Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo

1. La distinzione tra pena e vendetta: un mito

Se dovessimo esprimere in estrema sintesi la convinzione di fondo presente e diffusa nella nostra epoca moderna circa il rapporto che intercorre tra castigo, vendetta e giustizia, potremmo affermare che non solo il castigo differisce dalla vendetta, ma anche che mentre il castigo è giustizia, la vendetta invece non lo è.

In termini tecnico-giuridici, si potrebbe dire che mentre il nostro sistema penale attuale, nato con il formarsi e il consolidarsi nei secoli della giustizia pubblica, è un sistema di per sé “giusto”, il sistema penale precedente, che per comodità potremmo dire basato sulla giustizia privata, è invece un sistema “ingiusto”.

Insomma, il passaggio fondamentale e decisivo dal sistema penale premoderno al sistema penale moderno, tale da determinare addirittura il passaggio da un sistema “ingiusto” a uno “giusto”, sembrerebbe consistere nella transizione della violenza che sta alla base della penalità dalle mani private a quelle pubbliche.

Ci sarebbe molto da dire sulle ragioni che hanno portato all’affermazione e alla diffusione di questo modo di concepire le cose che, a nostro avviso, come vedremo, può essere considerato un vero e proprio mito. Sembra trattarsi, infatti, di ragioni “militanti”, finalisticamente pre-orientate e dirette non solo a delegittimare la vendetta per legittimare la pena, ma anche, attraverso la delegittimazione della vendetta, a scaricare su di essa proprio quelle componenti delegittimanti che in realtà appartengono anche alla stessa pena.

Da parte nostra, proveremo a compiere uno sforzo demitizzante che non servirà, ovviamente, a riabilitare la vendetta, ma piuttosto a vedere in termini più nitidi i limiti e le problematiche che caratterizzano la pena, al fine di valo-

rizzare ancora di più gli strumenti di cui oggi disponiamo per limitare quella violenza che sta alla base, oltre che della vendetta, anche della nostra pena.

In particolare, le riflessioni che andremo a svolgere si muoveranno su due fronti. Da un lato, metteremo in evidenza come questa lettura classica e tradizionale che distingue tra pena legittima e vendetta illegittima costituisca per l'appunto un vero e proprio mito. Se infatti è vero che pena e vendetta presentano indubbie differenze, tuttavia alla fin fine a prevalere sono più le affinità che le alterità, perché nell'essenza ultima vendetta e pena sono in definitiva la stessa cosa, consistendo entrambe nella reazione ad un illecito mediante l'impiego della violenza, con tutto ciò che significa e genera l'esercizio della violenza nei confronti di una persona. Insomma, di per sé considerate, pena e vendetta fanno entrambe parte, costituiscono cioè *species*, di un unico paradigma *genus* che non esitiamo a definire vendicatorio, caratterizzato dall'impiego della violenza e quindi nella sua struttura e nella sua fisiologia da rischi di abuso. Non solo, ma, come vedremo, c'è da ritenere che i rischi di abuso di questa violenza siano più consistenti là dove si impiega la pena, piuttosto che nei sistemi di vendetta e ciò perché la pena è in mano pubblica e si lega al potere politico.

Dall'altro lato, ci soffermeremo su quello che a nostro avviso costituisce la vera grande novità della modernità, vale a dire sul costituzionalismo e in particolare su ciò che potremmo definire il secondo costituzionalismo, sorto dalle ceneri dei disastri prodotti dagli autoritarismi e dai totalitarismi del secondo scorso. Ed infatti, è tale novità che permette oggi di porre limiti effettivi alla violenza e di distinguere in modo netto tra il paradigma vendicatorio, comprensivo di pena e vendetta, di per sé ingiusto, e il paradigma, sempre vendicatorio in quanto basato sulla violenza, concernente la sola pena, e che tuttavia in quanto limitabile, è riconducibile a un'idea di giustizia.

2. I limiti di una lettura evoluzionistica della penalità

La lettura che distingue la pena dalla vendetta e che qualifica la pena come giusta e la vendetta come ingiusta costituisce, a ben vedere, un vero e proprio mito per molteplici ragioni.

Per prima cosa è da ridimensionare una lettura evoluzionistica del diritto penale, orientata a vedere un costante progresso nel suo sviluppo storico, per cui si sarebbe passati dalle barbarie e dalle inciviltà del medioevo al progresso e all'umanità dell'illuminismo¹. Una lettura siffatta è senz'altro nel giusto al-

¹ In argomento, v. per tutti R. Verdier, *Le système vindicatoire*, in Id. (a cura di), *La vengeance dans les sociétés extra occidentales*, Paris, Editions Cujas, 1980, vol. I, pp. 13 ss.; G. Così, *Ordine, Vendetta, pena*, in S. Berni, G. Così, *Fare giustizia. Due scritti sulla vendetta*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 66 ss.

lorquando si pensa alle trasformazioni che hanno subito alcuni caratteri della penalità, come ad esempio l'afflittività, per cui è indubbio che nel corso della storia si sia assistito a una lenta e progressiva attenuazione della violenza utilizzata come sanzione/reazione all'illecito. Molteplici fattori, dalla diffusione di culture e correnti di pensiero (si pensi anzitutto al pensiero del cristianesimo), fino alla propagazione e al consolidarsi del benessere, hanno contribuito e contribuiscono tutt'ora a ridimensionare la crudeltà della violenza. Tuttavia, al di là di questi aspetti, una lettura evoluzionistica del diritto penale necessita di alcuni correttivi, sia per quanto riguarda l'"inciviltà" premoderna, sia per quanto riguarda il "progresso" moderno.

Con riferimento alla giustizia privata, non si può fare a meno di osservare come non si debba confondere la vendetta come atto con il "sistema della vendetta" che si è venuto a concretizzare nei diversi contesti storici². Mentre la prima può effettivamente degenerare ed eccedere, il secondo invece costituisce una realtà molto complessa e articolata che può essere considerata un vero e proprio paradigma di giustizia. Ed infatti, nelle diverse fasi storiche in cui è stata praticata, la stessa vendetta è stata uno strumento di regolazione e di controllo sociale che ha consentito di incanalare e limitare la pulsione aggressiva consentendo di raggiungere comunque un equilibrio che alla fine ha permesso il mantenimento di un sufficiente livello di pace e sopravvivenza sociale³. Insomma, non è veritiera l'immagine di una vendetta del tutto arbitraria e avulsa dalla realtà sociale, lasciata integralmente nelle mani "del privato" (vittima o gruppo parentale), mentre è veritiera l'immagine di una vendetta esercitata in un contesto di approvazione e ritualizzazione sociale destinate a condizionarla in termini di contenimento.

In secondo luogo, la giustizia privata è stata un qualcosa di enormemente più complesso. Da un lato, spesso non è stata giustizia interamente e totalmente privata, ma anche giustizia contaminata a volte addirittura da un controllo alla fin fine pubblico e istituzionalizzato⁴. Dall'altro lato, la giustizia privata è stata un qualcosa di più complesso della mera vendetta, in quanto, non è stata soltanto vendetta, ma è stata anche, e forse ancor prima, l'esatto contrario, e cioè pacificazione, compensazione, composizione, riconciliazione, addirittura perdono⁵. Una chiara sintesi della complessità di questa realtà si ritrova in questo passo magistrale di Mario Sbriccoli:

² Così F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 129.

³ V. sul punto i contributi pubblicati in P. Di Lucia, L. Mancini (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Pisa, Edizioni ETS, 2015 e in P. Di Lucia, R. Mazzola (a cura di), *Vindicta*, Milano, LED, 2019.

⁴ E. Cantarella, "Senza vendetta nella sala morrete" (*Odissea*, 2, 145), in Di Lucia, Mancini (a cura di), *La giustizia vendicativa*, cit., pp. 163 ss.

⁵ Cfr. ampiamente I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, Madrid, CSIC, 2008; N.D. Fustel De Coulanges, *La composizione*, in Di Lucia, Mancini (a cura di), *La giustizia vendicativa*, cit., pp. 57 ss.; I. Terradas Saborit, *La vendetta nell'ordinamento vendicativo*, ivi, pp. 125 ss.

la giustizia negoziata ha le sue origini nel penale “privato” della prima fase cittadina, quello rimesso all’iniziativa della vittima, che aveva come fine il risarcimento (o meglio, la soddisfazione, dell’offeso), tanto da ricomprendere tra le sue forme ammesse ed accettate (e quindi ordinarie) anche la ritorsione da un lato o la composizione irrituale dall’altro [...]. Composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti, insieme a ritualità penitenziali o soddisfatorie, sono gli strumenti usuali della giustizia penale negoziata, in un sistema che vede i poteri pubblici come espressione di equilibri comunitari, e non alla stregua di delegati di una forma statale che a quegli equilibri si sovrappone. Composizioni, transazioni e paci [...] fanno riposare il loro carattere di giustizia sull’elemento della riparazione, condizione della riconciliazione e si caratterizzano per due linee modali: la linea che va dalla costrizione fino alla penitenza e al perdono, e quella che segue la logica della punizione, retribuzione, espiazione⁶.

Non solo, andando ancora più a fondo, preso atto che la giustizia privata si componeva di vendetta/ritorsione e di riconciliazione, si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che la vendetta risultava spesso l’*ultima ratio*, lo strumento di chiusura del sistema, mentre, anche in virtù della pressione esercitata dalla possibile esecuzione della vendetta, ciò che assumeva rilevanza principale era la negoziazione i cui esiti potevano essere i più vari⁷. Ma se le cose stanno in questi termini, non solo la giustizia privata costituiva per certi aspetti la regola, mentre quella pubblica era l’eccezione, ma all’interno della giustizia privata, la regola era la composizione mentre l’eccezione finiva per essere la vendetta. Avremo modo di ritornare su questo punto.

Per quanto riguarda il progresso moderno, è indubbio che l’illuminismo abbia segnato una vera e propria cesura nella storia della penalità, concorrendo ad elaborare quello che potremmo definire il primo costituzionalismo, vale a dire la razionalizzazione e la forgiatura di quei diritti e di quei principi che stanno alla base della limitazione della violenza. D’altra parte, l’illuminismo non solo si colloca su una linea di sostanziale continuità con il passato, ma soprattutto concorre inconsapevolmente alla creazione di quei presupposti che contribuiranno all’affermazione degli autoritarismi e dei totalitarismi, vale a dire a un esercizio spropositato della violenza.

Ed infatti, l’illuminismo e la modernità non spezzano la doppia valenza della violenza come veleno e come farmaco, ma piuttosto mantengono e riadattano strutture dicotomiche e dispositivi di esclusione e separazione, se non addirittura di annientamento, già operanti nell’antichità⁸: si pensi alla dicotomia normalità/eccezione, alla doppia legalità, alla logica espulsiva che ca-

⁶ M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, Bologna-Berlin, il Mulino, 2001, p. 357.

⁷ Fustel De Coulanges, *La composizione*, cit., pp. 57 ss.; Terradas Saborit, *La vendetta nell’ordinamento vendicatorio*, cit., pp. 132 ss.

⁸ P. Costa, *La modernità penale tra secolarizzazione e permanenza del sacro*, in S. Canestrari, L. Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, BUP, 2009, pp. 101 ss.

ratterizza anche il carcere, ai paradigmi punizione/prevenzione. Non solo, ma all'interno di una visione sempre più potenziante il ruolo monopolistico dello Stato, risale proprio alla fase illuministica l'eliminazione di qualsiasi spazio per una giustizia "a due", sempre più vista come espressione di trattamenti arbitrari o addirittura di privilegi che si ponevano in contrasto con il principio di eguaglianza. Con la conseguenza che nel momento in cui la giustizia penale si fa sempre più statale, tende a farsi anche sempre più rigida e assoluta. Anzi, è proprio l'eguaglianza formale davanti alla legge che finisce per contribuire a delineare una logica di inderogabilità che sul piano della penalità significa indefettibilità della pena.

Ma soprattutto il grande limite dell'illuminismo è l'idea che i principi sostanziali e i diritti che dovrebbero limitare la violenza possano essere garantiti mediante la legge ovvero la democrazia: insomma, a ben vedere, il grande limite dell'illuminismo finisce per essere proprio il suo grande cavallo di battaglia a favore delle garanzie, vale a dire la legalità connessa alla democrazia. A ben vedere, infatti, l'elaborazione illuministica delle garanzie si articola su due fronti, uno sostanziale e uno formale: al fronte sostanziale appartengono i principi come l'umanità della pena, la dannosità sociale, la proporzione etc.; al fronte formale appartiene invece la legalità. Ebbene, è soprattutto quest'ultimo principio che è destinato a condizionare tutta la vicenda successiva del diritto penale, portando in sé una contraddizione che alla fine non potrà che esplodere⁹. Se, infatti, da un lato, la legalità appare come il grande strumento garantista, capace di tutelare i principi e i diritti del singolo in virtù del fatto che il legislatore democraticamente eletto dal popolo non potrà mai operare a danno del popolo che lo legittima, dall'altro lato, però, la legalità, espressiva soltanto della democrazia, si rivelerà del tutto incapace di limitare il potere punitivo così configurato, per la semplice ragione che la democrazia è *voluntas*, non *ratio*. Detto diversamente, i limiti alla violenza del diritto penale, vale a dire la *ratio*, sono collocati attraverso la democrazia nelle stesse mani della politica che utilizza la violenza, con l'effetto finale che tali limiti non potranno alcun argine, perché là dove è presente la politica, la *voluntas* tende fisiologicamente a prevalere sulla *ratio*. Insomma, la democrazia e quindi la legalità di per sé non sono in grado di limitare il potere politico che si avvale del potere punitivo, perché democrazia e legalità di per sé sono esse stesse potere politico.

⁹ M. Fioravanti, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in Id., *La costituzione democratica*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 241 ss.

3. *Ridimensionamento delle alterità tra vendetta e pena*

La distinzione tra pena e vendetta si rivela una mito anche in ordine alle differenze che di solito vengono evidenziate per affermare l'illegittimità della vendetta e la contestuale legittimità della pena¹⁰. Ed infatti alcuni limiti della giustizia privata appartengono in realtà anche a quella pubblica, così come i pregi della giustizia pubblica caratterizzano anche la privata.

In particolare, posto che vendetta e pena tenderebbero entrambe alla sproporzione, si è soliti ritenere che la vendetta sarebbe maggiormente attratta dagli eccessi reattivi perché la "vicenda" sarebbe "a due", come tale insuscettibile di un controllo esterno, mentre la pena conoscerebbe una fisiologica limitazione in virtù della presenza di un terzo che proprio grazie alla sua posizione di estraneità al fatto ed equidistanza tra i protagonisti della vicenda criminosa non travalicherebbe i limiti¹¹. Inoltre, di enorme rilievo è il fatto che il sistema vendetta non conoscerebbe una chiusura che invece sarebbe tipica della pena¹². Essendo esercitata in assenza di un controllo esterno rispetto ai protagonisti del conflitto, proprio dal momento che tende alla sproporzione, la vendetta tende anche a una spirale di violenza: davanti a una reazione sproporzionata, e quindi ingiusta, è del tutto naturale reagire – per così dire – in propria difesa, ma così facendo la giustizia privata produrrebbe addirittura un'*escalation* di violenza destinata a incrementare progressivamente, potendo condurre addirittura al dissolvimento di una comunità. Diversamente, il carattere giusto della giustizia pubblica deriverebbe proprio dal fatto che nel momento in cui la violenza è sottratta dalle mani private per essere concentrata in quelle pubbliche, la giustizia risulta non solo proporzionata, ma anche capace di impedire quella ritorsione inarrestabile tipica della vendetta, determinando così uno spegnimento della violenza e quindi una chiusura del sistema, con conseguente sicura pacificazione.

Ebbene, non c'è alcun dubbio che il monopolio della forza pubblica determini una maggiore efficacia nella gestione della violenza e quindi maggiore stabilità, e questo costituisce senz'altro un enorme progresso della penalità. D'altra parte, come abbiamo già accennato, anche la giustizia privata ha comunque storicamente operato come sistema che nel complesso garantiva stabilità e pace sociale.

¹⁰ U. Curi, *Il colore dell'inferno, La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, pp. 170 ss. e, in particolare, pp. 189 ss.

¹¹ P. Ricoeur, *Giustizia e vendetta*, in Id., *Il Giusto*, vol. II, Torino, Effatà Editrice, 2007, pp. 264 ss.

¹² R. Girard, *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi, 2005, pp. 38 ss.; C.E. Paliero, *Il sogno di Clitemestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2018, p. 135.

Inoltre, secondo una lettura che può apparire paradossale, ma che in realtà non fa altro che trarre con coerenza tutte le conclusioni derivanti dalle premesse che identificano nella sostanza la vendetta con l'uso della violenza, proprio il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale si può considerare pienamente conforme al principio di vendetta:

invece di sforzarsi d'impedire la vendetta, di moderarla, di eluderla, o di deviarla su di uno scopo secondario, come tutti i procedimenti propriamente religiosi, il sistema giudiziario razionalizza la vendetta, riesce a suddividerla e a limitarla come meglio crede¹³.

Ma soprattutto si deve osservare come la stessa giustizia pubblica si sia manifestata non soltanto in forme sproporzionate, ma addirittura in termini di autentica *escalation* orientata ad annientare una parte della popolazione: si pensi al diritto penale autoritario e totalitario. Ed infatti, per leggere correttamente cosa ha significato e possa significare l'esercizio della forza pubblica non si può fare a meno di concentrarsi sulla circostanza che per secoli la violenza in mano pubblica ha significato la violenza in mano al potere politico che di volta in volta la esercitava e quindi un uso strumentale e spesso senza limiti perché senza alcun controllo della violenza per finalità politiche. Già nel suo manifestarsi ad esempio nei Comuni italiani la violenza in mani pubblica diviene immediatamente nella sostanza strumento di persecuzione dell'avversario politico¹⁴.

Ed ancora, anche di recente, si è messo in evidenza come la vendetta tenda a una reazione che non si dirige necessariamente nei confronti dell'autore del torto, potendosi orientare anche nei confronti di un terzo che alla fin fine diviene una sorta di capro espiatorio. Insomma, punto di riferimento della vendetta non sarebbe il singolo, ma la famiglia, con la conseguenza che la violenza si appunta sulla famiglia e quindi su qualsiasi membro della famiglia, anche se si tratta di soggetto estraneo alla dinamica dell'illecito. Diversamente, la giustizia pubblica si dirigerebbe necessariamente nei confronti del singolo. La giustizia pubblica si legherebbe a una visione che si fonda sulla personalità della responsabilità penale¹⁵.

Ebbene, anche questo assunto merita approfondimento. È senz'altro vero, infatti, che la vendetta possa assumere sia una forma diretta che una forma indiretta e che la forma indiretta appartenga strutturalmente alla logica della vendetta, soprattutto quando si configura come "vendetta di sangue". D'altra parte, è altrettanto vero che la forma indiretta di vendetta opera soprattutto all'interno dei sistemi primordiali o comunque di quelle realtà sociali in cui

¹³ Girard, *La violenza e il sacro*, cit., p. 41.

¹⁴ A. Zorzi, *Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in Bellabarba, Schwerhoff, Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 13 ss.

¹⁵ Paliero, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, cit., pp. 136 s.

il ruolo della famiglia svolge una funzione davvero significativa, mentre la vendetta diretta appartiene ai sistemi più evoluti. Inoltre, non dobbiamo confondere il sistema di vendetta con le faide che divengono vere e proprie guerre di sterminio tra fazioni, nella sostanza assimilabili alle guerre civili presenti anche nei contesti pubblici.

Ma soprattutto, ancora una volta, non si può fare a meno di osservare come anche la giustizia pubblica tenda strutturalmente a punire a prescindere dalla responsabilità. Sul punto non importa andare a scomodare i sistemi penali degli Stati autoritari, potendosi osservare come la violazione “sistematica” di un tale principio sia presente anche nelle stesse realtà democratiche. Così, ad esempio nella lotta a fenomeni criminosi che di volta in volta si ritengono particolarmente insidiosi, come ad esempio la mafia, il terrorismo, la corruzione, la pedopornografia e più di recente la violenza di genere, il diritto penale finisce per ispirarsi a una logica prettamente nemicale, che non solo annienta il soggetto sul quale si scarica, ma l’anticipazione della tutela risulta così avanzata che la risposta punitiva finisce per colpire anche soggetti che sono nella sostanza estranei alle reali dinamiche offensive¹⁶. Senza considerare poi gli strumenti preventivi come le misure di sicurezza e quelle di prevenzione, tipici, per non dire esclusivi, dei sistemi pubblici e del tutto estranei ai sistemi di vendetta.

Una terza differenza si scorgerebbe infine nella circostanza che vi sarebbe una sorta di inaccettabilità etica nel farsi giustizia da sé: la reazione all’illecito non può consistere nell’impiego della violenza da parte dello stesso soggetto che ha subito la violenza. Diversamente grazie al terzo, la gestione della violenza pubblica consente di creare quella distanza in cui si realizzerebbe anche la misura etica¹⁷.

D’altra parte, è proprio sul piano etico che ci dobbiamo chiedere cosa ci sarebbe di diverso tra l’esercizio della violenza da parte della stessa vittima e l’esercizio della violenza da parte di chi non ha subito violenza: davvero attraverso la legittimazione della figura del boia tutti i problemi etici di legittimità si possono considerare risolti? Così come, sempre sul piano etico, ci dobbiamo interrogare se sia accettabile che la gestione diretta della violenza venga in definitiva scaricata soltanto su alcuni soggetti della società (si pensi oggi alla polizia penitenziaria). A ben vedere, infatti, il problema etico non viene superato, ma occultato, in quanto la violenza finisce per essere organizzata, burocraticizzata, parcellizzata, suddivisa tra molteplici poteri e soggetti, ma la violenza non cambia e il problema resta, perché alla fine si arriverà sempre a un momento in cui la violenza sarà scaricata sul soggetto che ne è destinatario con “la stessa violenza” che caratterizza l’esercizio diretto della violenza.

¹⁶ V. i contributi pubblicati nello speciale *Il diritto penale “dei nemici”. Verso un nuovo diritto penale dell’autore?*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2020, pp. 701 ss.

¹⁷ P. Ricoeur, *Il diritto di punire*, Brescia, Morcelliana, 2012, pp. 74 ss.

Certo, parlamentari e magistrati ritengono di non esercitare alcuna violenza, ma invece nell'approvare leggi e nell'irrogare condanne la stanno esercitando: indirettamente, ma la stanno esercitando. Il fenomeno è simile a quello che si è verificato per la pena di morte: al fine di attenuare quanto c'è di "violento" nella violenza, si è provveduto a tecnologizzare, medicalizzare, occultare, distanziare, provando a celare il carattere truce ed abissale presente in ogni esercizio della violenza, ma che nella sostanza rimane.

4. *Valorizzazione delle affinità tra vendetta e pena*

A nostro avviso, non solo sono da ridimensionare le alterità tra pena e vendetta, ma le affinità risultano assai consistenti. Si pensi alla dimensione dell'illecito che sta alla base della reazione violenta. Non possiamo addentrarci qui sulla straordinaria e "affascinante" corrispondenza che intercorre tra l'impiego delle sanzioni afflittive e la formulazione dell'illecito "afflittivo" mediante quella tecnica del tutto particolare costituita dalla tipicità, vale a dire dalla descrizione analitica dei fatti, capace di esprimere il "disvalore" del fatto. Vero è che, a ben vedere, l'illecito "afflittivo", proprio perché connesso ad una reazione violenta, esprime sempre in sé non soltanto un valore tutelato, ma anche una dimensione di imponderabile che nel tempo viene definito e concepito in modo diverso, ma che nella sua essenza si aggiunge costantemente all'offesa – per così dire – concreta, travalicandola: che nei sistemi di vendetta si parli di risentimento o di onore oppure, nei sistemi di pena, si parli di lesa maestà, disvalore/valore o male criminale, punto centrale resta questo imponderabile, questo *quid pluris* nella sostanza irrazionale e non razionalizzabile, che alla fin fine è proprio ciò che giustifica il passaggio – per così dire – da un illecito meramente risarcibile a un illecito punitivo, da una sanzione che si concentra sull'illecito a una sanzione che invece coinvolge la persona. Da questa prospettiva si potrebbe dire che in termini di gravità disvaloriale la vendetta di sangue finisce per essere simile alla "lesa maestà", mentre là dove la tutela del valore si "relativizza" la stessa afflittività si attenua, ma "disvalore" e afflittività non scompaiono mai.

Ed ancora, a ben vedere, entrambi i sistemi, sia quello di vendetta privata che di pena pubblica, si caratterizzano per il fatto che, in concreto, quando si tratta di passare – per così dire – dalle parole ai fatti, dalla comminatoria alla irrogazione/esecuzione, tendono sempre a un temperamento della violenza. Ed infatti, entrambi i sistemi sono congegnati in modo tale da dare spazio a istituti che nella sostanza consistono in risposte "sanzionatorie" alternative diverse dall'esercizio della violenza. Insomma, come nella vendetta privata prima si colloca il tentativo di riparazione, così nella pena, rispetto ad alcuni fatti di minor disvalore, non si esita ad attribuire rilevanza a condotte *lato sensu* riparatorie.

Ecco che, a conclusione, non possiamo non cogliere affinità strutturali da tutti riconosciute e condivise. Vendetta e pena si fondano infatti sulla violenza, vale a dire sulla reazione a un illecito attraverso l'esercizio della violenza. Si potrebbe dire che vendetta e pena si basano su un coinvolgimento personalistico nella dinamica sanzionatoria determinato proprio dall'impiego della violenza. Così come c'è un coinvolgimento penalistico nella dinamica offensiva, alla stessa stregua si viene a creare un coinvolgimento personalistico nella dinamica sanzionatoria.

In secondo luogo, entrambe implicano una necessarietà finalizzata alla stabilità sociale¹⁸. Necessarietà da intendersi in un duplice senso. Da un lato, nel momento in cui viene commesso il fatto, ad esso si deve rispondere attraverso la reazione, poiché diversamente lo stesso sistema finirebbe per delegittimarsi. Dall'altro lato, come vedremo, non sarebbe possibile fare a meno della stessa minaccia della risposta violenta, per la semplice ragione che nella tutela e nella promozione dei valori non si potrebbe mai utilizzare una norma che abbia il seguente tenore: "chiunque cagiona la morte di un uomo non è punito". Torneremo su questo aspetto che sta alla base anche del nostro sistema costituzionalizzato.

Infine, vendetta e pena ovvero sistemi di giustizia privata e pubblica si basano sempre su una dicotomia fatta di macchia e purezza, buoni e cattivi, inclusi ed esclusi, amici e nemici. In entrambe le prospettive, continua ad esprimersi l'idea secondo cui chi compie un fatto illecito non appartiene alla società, ha rotto un patto, si è macchiato di una colpa, e quindi proprio perché ha rotto il patto e si è macchiato di una colpa, per non contaminare la società deve essere espulso. Insomma, alla fin fine non si può non scorgere una identità tra il miasma di Edipo e quello dei carcerati, con la differenza che oggi il sistema del carcere serve anche a illudere della propria "bontà" la maggioranza che ne resta fuori. E soltanto se si prende consapevolezza di ciò, si comprende la perdurante fascinazione della pena di morte, vigente in moltissimi paesi ancora nel secondo dopoguerra e anche oggi tutt'altro che scomparsa.

5. I maggiori rischi di abuso della pena rispetto alla vendetta

A ben vedere, se delle differenze si possono scorgere, queste sono nel senso di dover guardare con ancora più sospetto alla giustizia pubblica in quanto particolarmente capace di eccessi di violenza, e ancor più interesse alla giustizia privata per i suoi risvolti mitiganti la violenza.

Per quanto riguarda la giustizia pubblica, anzitutto dobbiamo evidenziare come molto spesso essa abbia in sé molti più rischi di abuso di quella privata.

¹⁸ Paliero, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, cit., pp. 137 s.

Potremmo dire che l'*hybris* punitiva appartenga più alla giustizia pubblica che alla privata. Ed infatti, è proprio la saldatura che si viene a creare tra violenza e politica che induce a un utilizzo sproporzionato della violenza. Insomma, nella giustizia pubblica, la politica tende ad esaurire il diritto in uno strumento di attuazione della *voluntas* orientata a perseguire determinati obiettivi e poiché ciò che interessa è il raggiungimento degli obiettivi, anche con qualsiasi mezzo, è del tutto naturale che si venga a configurare un diritto penale senza limiti, espressivo quindi di una violenza illimitata. Senza considerare che, com'è ben noto, coloro che gestiscono la violenza "pubblica" finiscono per nascondersi negli apparati organizzativi e per deresponsabilizzarsi, mentre i vertici politici (come anche giudiziari) dispongono della violenza dalla distanza, senza mai toccarla direttamente, come se non ne facessero uso.

In secondo luogo, si deve riconoscere che un'assolutizzazione della tutela si verifica più quando la violenza è in mano pubblica/istituzionale che in mano privata. Poiché nel contesto pubblico il potere punitivo è collocato nelle mani politiche e poiché la politica persegue scopi di tutela, è del tutto fisiologico che si venga a creare un fenomeno di tirannia dei valori che determina una assolutizzazione della tutela e quindi eccessi.

Inoltre, ancora una volta non ci possiamo dimenticare che la tortura, in tutte le sue forme (confessoria, punitiva, intimidatrice o discriminatoria), vale a dire quanto di più violento sia mai esistito, sia stata lo strumento utilizzato soprattutto dal pubblico e da assetti di potere istituzionalizzati, più che nei sistemi di vendetta. Ancor più a fondo l'istituzione pubblica "laica" ha finito per impadronirsi degli strumenti inquisitori propri dell'istituzione ecclesiastica che nell'esercizio della sua temporalità si è rivelata decisamente totale.

Forse potremmo dire di più: la secolarizzazione che rompe il legame tra potere e metafisica, ha in realtà il suo rovescio nella teologia politica, con la conseguenza che quella assolutizzazione derivante dal legame tra potere e dio si replica anche nel legame tra potere e sovrano e poi tra potere e popolo, senza che nella realtà nulla si modifichi, se non la circostanza che con il venir meno dell'idea di dio viene meno anche l'idea di un limite quanto meno nella sua possibilità.

Infine, sembra essere proprio quello pubblico il sistema che meglio realizza la logica della violenza. Se da un lato infatti pacifica la società evitando *escalation*, dall'altro lato, si abbatte sul reo con una forza e un'autorità talmente massicce che non è possibile alcuna risposta di sorta:

il sistema giudiziario non sopprime la vendetta: la limita effettivamente a una rappresaglia unica il cui esercizio è affidato a un'autorità suprema specializzata nel suo campo. Le decisioni dell'autorità giudiziaria s'impongono sempre come l'*ultima parola* della vendetta¹⁹.

¹⁹ Girard, *La violenza e il sacro*, cit., p. 32, il quale continua sul punto: «i primitivi si sforzano di rompere la simmetria delle rappresaglie al livello della forma. Contrariamente a noi, essi percepiscono benissimo la ripetizione dell'identico e tentano di porvi fine con qualcosa di differente. I moderni,

Potremmo dire che la pacificazione è possibile proprio grazie al carattere assoluto della violenza.

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

6. *Necessarietà e legittimità del sistema vendicatorio*

Se quanto abbiamo detto fin qui ha una sua plausibilità, si deve fare a meno del sistema vendicatorio, sia esso in mano privata oppure pubblica?

No, non se ne può fare a meno²⁰. Ed infatti, la stessa dimensione sociale impone che la violazione di regole di comportamento talmente significative da stare alla base della pace sociale sia, quanto meno in astratto, punita. Insomma, in contesti sociali, il precetto si rivolge necessariamente alla generalità dei consociati e questo messaggio generale non può che essere accompagnato da sanzioni. Come già detto, non è immaginabile un precetto che suoni: “chiunque cagiona la morte di un uomo non è punito” ovvero “sarà perdonato”. Forse con qualche forzatura, ma al fine di spiegare al meglio la nostra idea, lo stesso messaggio evangelico, che si pone decisamente come sistema “completamente altro” rispetto a quello del valore e della violenza, predicando amore e perdono, viene non per abolire la legge, ma per darne pieno compimento²¹.

invece, non hanno paura della reciprocità violenta. È questa a strutturare ogni punizione legale. L'aspetto schiacciante dell'intervento giudiziario impedisce ad essa di essere solo un primo passo nel circolo vizioso delle rappresaglie» (p. 47).

²⁰ V. D. Pulitanò, *Responsabilità, osservanza, castigo*, «Sistema penale», 9 giugno 2021.

²¹ In argomento, sia consentito rinviare a R. Bartoli, *Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2013, pp. 101 ss.

Non solo, ma sempre in virtù del particolare legame che intercorre tra penalità e potere politico, si deve osservare come sia proprio la giustizia pubblica che meglio consente di produrre un effetto di prevenzione generale, perché se è vero che la democrazia non è in grado di porre limiti alla penalità, tuttavia la democrazia è in grado di orientare la penalità secondo le esigenze di tutela che si pongono di volta in volta. Non potendosi non evidenziare, come, però, ancora sia ben possibile che le esigenze siano del tutto apparenti o meramente simboliche.

Ecco che a noi preme sottolineare soprattutto un altro aspetto, e cioè che non solo non si può fare a meno del “sistema vendicatorio”, ma che oggi esso risulta legittimo grazie a ciò che costituisce a nostro avviso la grande novità della modernità, e cioè il costituzionalismo.

Ed infatti, a noi pare che il vero punto di svolta della modernità nella concezione della penalità si possa cogliere non tanto nel passaggio della violenza dalle mani private, o comunque della società, a quelle pubbliche istituzionalizzate, ma nel passaggio da una violenza, fosse essa privata o pubblica, potenzialmente illimitata, non controllabile, a una violenza che invece oggi, mediante il costituzionalismo, risulta limitata e controllabile. Dovendosi precisare fin d'ora che il formarsi del moderno costituzionalismo non è stato un passaggio istantaneo, ma l'esito di un lungo percorso sviluppatosi per almeno due secoli, potendosi addirittura distinguere, come già accennato, tra il primo costituzionalismo del Settecento e il secondo del Novecento, sviluppo che in realtà si sta ancora compiendo.

In particolare, è con il pieno affermarsi della giustizia pubblica che si genera il primo costituzionalismo, caratterizzato da una fondamentale elaborazione “teorica” dei limiti, che tuttavia restano in buona parte sulla carta, anche perché connessi a un meccanismo di tutela, la legalità, che non solo è privo di effettività, ma anche addirittura potenzialmente lesivo di ciò che dovrebbe tutelare. Ed infatti, questo primo costituzionalismo se, da un lato, esprime quelle istanze di garanzia il cui rispetto renderebbe il diritto penale legittimo, dall'altro lato, non è in grado di produrre autentici strumenti giuridici di controllo, anche perché l'illuminismo ha tra i suoi bersagli principali la giurisdizione, vale a dire proprio quel potere che è in grado di limitare il potere politico. Con la conseguenza che, identificando la garanzia con la legalità, il primo costituzionalismo ha in sé addirittura i germi che porteranno alla catastrofe e cioè la connessione tra diritto penale e democrazia/politica.

È il secondo costituzionalismo, quello che nasce dalle ceneri della seconda guerra mondiale, che determina l'autentica svolta e che fa del nostro sistema penale un sistema legittimo, in quanto sottoposto a limiti effettivi essendo controllabile mediante la giurisdizione.

7. *L'autentica svolta nella storia della penalità: il costituzionalismo*

Non possiamo soffermarci in questa sede sull'attuale concetto di costituzionalismo. Tuttavia, mi sia consentito tratteggiare in estrema sintesi alcuni caratteri fondamentali, utili al nostro discorso in tema di castigo, vendetta e giustizia, caratteri che possono essere distinti in generali e in strettamente penalistici.

Sotto il profilo generale, il primo carattere al quale dobbiamo accennare è senz'altro la Costituzione rigida accompagnata dal meccanismo di controllo di legittimità delle leggi e la Convenzione EDU accompagnata dall'attività della Corte EDU: forse la vera e propria rivoluzione. Circa il costituzionalismo nazionale, non può essere ridimensionato osservando che alla legalità legale si è aggiunta la legalità costituzionale, perché non solo nella legalità costituzionale si radica – per così dire – la legittimità della legalità legale, ma soprattutto la legalità legale finisce per essere giustiziabile attraverso la Corte costituzionale e il ruolo fondamentale della giurisdizione ordinaria di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Circa il costituzionalismo europeo, esso completa quello nazionale, perché il controllo, attivato dalla persona che ha subito la violazione, oltre a vertere sul concreto esercizio del potere, si estende a tutti i poteri statali, compresa la giurisdizione.

In secondo luogo, di estremo rilievo è la qualità delle norme collocate al vertice della scala delle fonti, vale a dire non solo i diritti, ma anche i principi. A ben vedere, infatti, la caratteristica ultima di queste norme non sta soltanto nel modo sintetico in cui sono formulate, ma soprattutto nel destinatario: se infatti le regole, senz'altro dettagliate, si dirigono nei confronti dei consociati, i principi, espressi con formule sintetiche, si dirigono nei confronti di coloro che esercitano i poteri.

In terzo luogo, non possiamo non fare riferimento all'eguaglianza, la quale, oltre ad essere arricchita della dimensione sostanziale che nel valorizzare la concretezza è destinata a potenziare il personalismo, diviene un principio fondamentale soprattutto per il giudizio di costituzionalità basato sulla ragionevolezza, perché, se, da un lato, si spinge a sindacare le scelte della politica, dall'altro lato, grazie alla sua struttura triadica, mantiene quel carattere giuridico che consente alla Corte costituzionale di non sconfinare mai nella *voluntas* politica e quindi di assumere il ruolo di autentica custode della Costituzione.

Per quanto riguarda la dimensione penalistica, il primo pilastro è costituito dalla legalità e quindi nella sostanza dal potere punitivo concentrato nelle mani pubbliche, ma ciò non solo e non tanto per ragioni di democrazia, quanto piuttosto perché è proprio la legge la fonte che risulta suscettibile di un controllo di legittimità costituzionale. Con conseguenze relevantissime sul modo di configurare la stessa legalità, che se, da un lato, non può più essere conce-

pita in termini legalistici, come dominio del legislatore sul giudice, dall'altro lato, però, non può essere concepita nemmeno in termini giurisprudenziali, come dominio del giudice sul legislatore, stagliandosi piuttosto una legale che potremmo definire costituzionale, per cui, nel momento in cui la legge risulta conforme alla Costituzione, il giudice, senza abdicare all'ermeneutica e alla teleologia, non può non attenersi ai vincoli provenienti dal tipo legale.

In secondo luogo, centrale diviene il divieto della pena di morte, perché è proprio nell'era del costituzionalismo che esso assume una valenza del tutto peculiare, significando nella sostanza un passaggio dal quale non potrà esserci ritorno, soprattutto se tale divieto, letto in connessione con la dignità umana, viene concepito come un principio supremo immodificabile anche attraverso una legge di revisione costituzionale. Non solo, ma tale divieto ha risvolti e significati ulteriori, a cominciare dal fatto che pone fine a una logica di necessaria corrispondenza del male con il male ovvero pone fine alla millenaria legge del taglione. Insomma, nel momento in cui si sancisce il divieto di pena di morte, e cioè che alla morte non può corrispondere la morte, si sancisce anche che la reazione violenta pubblica all'illecito non può mai eguagliare la violenza che sta alla base dell'illecito che si punisce ovvero che la risposta della violenza pubblica risulta proporzionata nel momento in cui risulta inferiore rispetto all'offesa arrecata mediante l'illecito. Proprio perché si muove dalla consapevolezza che lo Stato usa la violenza, da un lato, lo stesso Stato può essere autore di illeciti nel momento in cui esercita la violenza in modo illegittimo, dall'altro lato, la violenza è legittima nel momento in cui è esercitata entro determinati limiti anzitutto costituzionali.

In terzo luogo, sulla stessa scia, risultano rivoluzionari il divieto di tortura e l'obbligo di incriminazione della sua violazione, nonché il divieto di trattamenti disumani e degradanti. Questi divieti si apprezzano soprattutto se del costituzionalismo si valorizza non tanto la dimensione costituzionale nazionale, ma quella europea, visto che lo stesso Stato si può rendere autore di illeciti nel momento in cui esercita la forza in modo abusivo.

Ed ancora, si consideri il personalismo, combinato con il principio di eguaglianza, destinato a modificare nel profondo l'essenza della penalità. Da esso infatti scaturiscono con una forza propulsiva straordinaria la personalità della responsabilità penale, la rieducazione e la proporzione. Posto che la pena coinvolge la persona del reo, lo stesso illecito e gli stessi contenuti della pena devono coinvolgere autenticamente la persona del reo. Ecco che la personalità della responsabilità penale ridefinisce i rapporti tra saperi scientifici e diritto in termini tali che il diritto non può che mutuare dalla scienza. Il principio di rieducazione porta alla individualizzazione del trattamento sanzionatorio e quindi a spezzare l'indefettibilità della pena: è grazie all'asse personalismo/eguaglianza/rieducazione che si prende consapevolezza della possibilità di

scindere tra la minaccia della pena in fase di comminatoria, dove la pena svolge il ruolo indefettibile di identificare l'illecito penale, e la gestione concreta della penalità nel momento in cui entra in gioco il soggetto in carne ed ossa, dove proprio l'incrocio con lo sguardo del reo e la vista del suo volto impongono di individualizzare la risposta sanzionatoria. Non solo, ma la rieducazione finisce addirittura per intaccare la logica espulsiva che contraddistingue il diritto penale, imponendo che non si spezzi mai una relazione tra reo e società. Infine, la proporzione sia estrinseca che intrinseca concretizza quella misura che sta alla base di qualsiasi trattamento che si possa definire "umano".

Ecco che la forza del costituzionalismo sta nella perfetta combinazione dei meccanismi di controllo costituiti dalla Costituzione rigida e dal controllo di legittimità costituzionale, da un lato, e dalla Convenzione e la Corte europee, dall'altro lato, con i principi sostanziali già elaborati nel primo costituzionalismo ma che adesso trovano la loro effettività. Ed è attraverso il costituzionalismo che si è passati da un paradigma vendicativo, sia esso pubblico oppure privato, illimitato, e quindi come tale ingiusto, a un paradigma vendicativo pubblico limitato e quindi legittimo.

Ma potremmo dire molto di più. Abbiamo accennato alla circostanza che sta per essere introdotta nel nostro sistema penale la giustizia riparativa. Ebbene, c'è da ritenere che anche questa autentica rivoluzione sia il frutto del moderno costituzionalismo. Si pensi al ruolo che la stessa Corte europea ha avuto nel valorizzare il ruolo della vittima dell'illecito: la vittima non è portatrice soltanto di sete di vendetta, ma di sete di giustizia e di sete di riconoscimento, e come ciò vale per il rapporto che intercorre tra vittima e autore identificabile con lo Stato, vale anche per il rapporto tra vittima e autore "privato". Inoltre, lo stesso personalismo che opera nei confronti dell'autore dell'illecito può essere impiegato anche nei confronti della vittima: ecco che in questa prospettiva la vittima subisce l'offesa reale e concreta di un proprio interesse, la cui riparazione, a ben vedere, non può esaurirsi nella dimensione civile, ma apre a dinamiche relazionali assai più pregnanti e significative dove diventa centrale un confronto diretto con l'autore sulle cause e sulla verità dei fatti, creandosi così un percorso di reciproco riconoscimento. Ed ancora, la giustizia riparativa, nel momento in cui va a incidere sulle stesse cause sostanziali del conflitto, si può considerare espressione del principio di eguaglianza sostanziale là dove attribuisce allo Stato il compito di rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo della "persona umana", e ciò perché la conflittualità che è causa del reato e che permane anche dopo, impedisce all'autore e alla vittima di esprimere la propria personalità. Infine, tutte le disposizioni che vanno dal divieto della pena di morte fino alla rieducazione operano nel senso di una riduzione del ruolo della violenza nel realizzare la giustizia.

Ancora più a fondo, non possiamo a fare meno di osservare come la totale emarginalizzazione della vittima sia stata il frutto dell'idea che il progresso del diritto penale si radicava nel passaggio del potere punitivo dalle mani dei privati a quelle pubbliche e quindi nella creazione del monopolio penalistico statale, tant'è vero che la vittima veniva sempre identificata come soggetto esclusivamente portatore di istanze vendicatorie o comunque da relegare in sede civilistica. Insomma, è propria di una lettura basata sulla mitologia statalistica l'idea che la vittima sia solo portatrice di vendetta. Ma una volta che questo mito ha iniziato a infrangersi, la stessa vittima come persona è riemersa in tutta la sua valenza.

8. *Ancora qualche considerazione sullo sviluppo della penalità*

Ci sia consentito indugiare ancora un po' sullo sviluppo storico della nostra penalità. Si tratta di un movimento ben più grande e complesso delle contingenti ricostruzioni teoriche elaborate dai singoli pensatori operanti nelle diverse epoche storiche, frutto della mescolanza di molteplici fattori che agiscono concretamente nella storia: profonde trasformazioni della società e degli assetti organizzativi, l'affermarsi di movimenti culturali più contingenti oppure di lunghissima gittata o di visioni politiche che possono spingere nel senso della *voluntas* o della *ratio*, trasformazioni economiche, per non parlare dell'alternarsi tra guerre e periodi di pace. Si pensi all'organizzazione della società resa necessariamente più complessa in ragione dell'incremento demografico e agli sconvolgimenti delle epidemie e delle migrazioni. Si pensi al ruolo del cristianesimo, da un lato, nella sua prospettiva valoriale ed etico-morale che consente di sviluppare il concetto di responsabilità e di proporzione; dall'altro lato, nella sua prospettiva basata sulla carità che addirittura aggredisce la stessa violenza, non potendosi dimenticare le pagine buie e terribili scritte nella storia dalla temporalità ecclesiastica che ha preso la forma dell'inquisizione. Di recente, il carcere è messo fortemente in crisi, oltre che dai principi di umanità e rieducazione, da problematiche economiche e di assetto della pubblica amministrazione in un contesto socio-economico e culturale di ridimensionamento del ruolo dello Stato, senza considerare l'importanza che svolge il diffondersi del benessere, un fattore che, soprattutto sul piano dell'afflittività, incide enormemente ancorché sottotraccia. Infine, sempre per esemplificare, si sta assistendo al configurarsi di una nuova "gestione" della penalità, meno statale e centralizzata e più decentralizzata, in quanto connessa a Regioni ed Enti locali, nonché meno pubblica e più in mano alla società: nel momento in cui si apre il carcere è evidente che i progetti sociali in libertà necessitano di sinergie con la società, in una parola, sussidiarietà verticale e orizzontale.

Non solo, ma lo sviluppo della penalità assume anche le forme tipiche della realtà, operando raramente in modo lineare, ma più spesso in modo carsico se non addirittura contraddittorio o ingannatorio, con accelerazioni e arresti, ma anche regressi. Si pensi alla stessa legalità, osannata anche ai giorni nostri come garanzia, ma rivelatasi in realtà strumento che può essere liberticida e tuttavia, ciò nonostante, strumento che si deve ritenere indispensabile non solo perché orienta efficacemente la tutela, ma soprattutto perché consente di dare compimento alle garanzie nel momento in cui diviene giustiziabile davanti alla Costituzione.

In questa prospettiva, è agevole rendersi conto di come il superamento della vendetta non sia avvenuto tanto per questioni di principio o per il progresso del diritto, ma per enormi trasformazioni secolari degli assetti sociali e organizzativi che hanno portato all'affermarsi e al consolidarsi del potere pubblico istituzionalizzato, nonché al dissolversi del concetto di "famiglia di sangue" in quello di individuo. Insomma, il passaggio della violenza dalle mani private a quelle pubbliche è soprattutto il frutto di una lotta per il potere accompagnata da una trasformazione della società da familiare a individualistica, potendosi osservare come addirittura questi due passaggi si siano condizionati a vicenda, per cui con il consolidarsi del potere pubblico statale si è depotenziata la famiglia emergendo l'individuo e viceversa.

Con la conseguenza che risulta in parte spiegata la ragione per cui in alcune realtà sociali restano forme di giustizia privata che prendono la forma addirittura della vendetta e che potrebbero essere rilette in chiave di ordinamento giuridico²². Insomma, l'idea grandiosa di Santi Romano dell'ordinamento giuridico vale anche per la penalità, non potendosi non osservare come tale penalità nella società si componga sia di logiche vendicatorie, sia di logiche di riconciliazione, facendosi tuttavia acutissima la tensione tra pubblico e privato proprio perché l'oggetto della disciplina è la violenza.

Così come, a ben vedere, lo stesso affermarsi del primo costituzionalismo, se da un lato costituisce una ferma opposizione ai rischi di abuso del potere punitivo di cui ormai si ha piena contezza attraverso la valorizzazione del singolo da contrapporre allo Stato, dall'altro lato, però, sempre in virtù di una lotta per il potere, si crede utopisticamente che la garanzia possa essere ottenuta concentrando tutto il potere nelle mani del legislatore. Senza rendersi conto che è proprio l'idea di un potere sovrano che deve essere ripensata.

²² Per tutti, A. Pagliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, in Id., *Il banditismo in Sardegna*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 3 ss.

E d'altra parte senza il consolidarsi della violenza nelle mani pubbliche, così come senza il primo costituzionalismo, non si sarebbe mai formato nemmeno il secondo costituzionalismo. Insomma, per certi aspetti paradossalmente, è grazie alla perfetta saldatura del diritto con la politica che si forma l'autentico costituzionalismo, non soltanto perché è attraverso questa saldatura che si disvela il volto atroce e disumano della violenza illimitata, ma anche perché si vengono a delineare quegli assetti di potere che consentono di costruire i meccanismi giuridici del controllo giurisdizionale della politica e dell'esercizio del potere.

9. *Per una nuova lettura del diritto penale come arma a doppio taglio*

Quante volte abbiamo sentito parlare di un diritto penale come arma a doppio taglio (la spada), dove una lama serve per tutelare i beni rilevanti della società e quindi per punire, e dove l'altra lama finisce per offendere gli interessi rilevanti dei consociati destinatari della pena, la vita, la libertà.

D'altra parte, questa immagine rischia di essere fuorviante, perché alla fin fine appartiene a una fase in cui non ci si poneva il problema della legittimità del diritto penale. Se però si assume la diversa prospettiva del moderno costituzionalismo, il diritto penale come arma a doppio taglio è destinato ad assumere un altro significato: da un lato, sta la lama che legittimamente tutela gli interessi della società e offende gli interessi rilevanti del singolo, mentre dall'altro lato sta la lama che opera in modo illegittimo, quella sì, capace di fare male, anche perché avvelenata, ponendosi la necessità non solo e non tanto di indicare questa lama in modo decisamente diverso dall'altra, ma addirittura di collocarla nelle mani di un altro soggetto che dovrebbe essere paragonato all'autore di un crimine. Insomma, fuori dai limiti costituzionali di legittimità la violenza dello Stato altro non è che un crimine e la giustizia si trasforma in ingiustizia. Vedremo a breve come questa diversa lama possa essere individuata ad esempio nella "sega", vale a dire in ciò che è divisione e discordia.

In conclusione, la penalità moderna ha origine dalla politica, vale a dire dalla saldatura della violenza con la politica, ma questa saldatura non può essere considerata ancora diritto, o meglio si può anche definire diritto, ma da intendersi come mero strumento della politica finalizzato a realizzare la sua *voluntas* per perseguire determinati obiettivi. È nel momento in cui la penalità moderna si stacca dalla politica e si autonomizza in prospettiva costituzionale che diviene autentico diritto, se non addirittura giustizia, nel momento in cui, cioè, la *voluntas* politica, che tende oltretutto alla dismisura, viene ricondotta ai limiti della *ratio*.

10. *Alle origini iconografiche del costituzionalismo: una breve riflessione sulla Giustizia e l'Ingiustizia di Giotto*

Ci sia consentita, così, un'ultima riflessione che si muove sul terreno dei rapporti tra diritto e letteratura, o meglio, più in generale, tra diritto e arte. A noi pare che un embrione del nostro costituzionalismo si possa trovare rappresentato non solo nell'Allegoria del Buon Governo e della Tirannide di Ambrogio Lorenzetti affrescata tra il 1338 e il 1339, ma prima ancora nella virtù della Giustizia e nel vizio dell'Ingiustizia affrescati da Giotto nella Cappella degli Scrovegni tra il 1303 e il 1305.

Vogliamo che siano le immagini a parlare. Muovendo dall'Ingiustizia, non può non impressionare la circostanza di come questa immagine, unica figura maschile ritratta, richiami subito alla mente la giustizia pubblica autoritaria, il Tiranno, dove la violenza si fa illimitata: tra i molteplici dettagli (ad es. la "lineare" spada è nel fodero, mentre è esibita una "arme in asta" impiegata per la guerra che potremmo definire uno "spiedo uncinato"), quanta impressione suscitano quelle unghie lunghe della mano destra e in particolare l'artiglio del pollice così ben messo in evidenza da Giotto! L'immagine finisce per confermare che l'ingiustizia non sta tanto nella vendetta o nella pena, vale a dire nella violenza in sé considerata, ma sta nella violenza senza limiti. Sembra quindi che proprio nella fase storica in cui iniziava quel lungo percorso che avrebbe determinato il passaggio dalla giustizia privata alla giustizia pubblica Giotto abbia intuito i rischi di abuso ed eccesso presenti soprattutto nella giustizia pubblica e che avrebbero potuto trasformare la giustizia in ingiustizia, la pace sociale in tirannide.

Sulla stessa scia, ma specularmente, e quindi mediante un'immagine espressiva di tutt'altro rispetto all'Ingiustizia, è la Giustizia, dove ciò che si esalta è l'equilibrio, la misura, il limite. Ecco che al male deve corrispondere il male e al bene deve corrispondere il bene, il tutto nell'equilibrio espresso dalla bilancia retta dell'invisibile Sapienza divina (forse il vero limite ...). Come scrive Chiara Frugoni, muovendo proprio dall'idea che la vendetta sia l'ingiustizia ovvero ciò che non ha limite, mentre il diritto è limite, «il castigo, secondo questa prospettiva, non è frutto di vendetta o di animosità, ma è regolato da norme giuridiche e la Virtù non è affatto turbata dall'imminente supplizio»²³.

Insomma, nella scissione tra giustizia e ingiustizia si può riscontrare la scissione tra diritto e ciò che, in quanto illegittimo, diritto non è. E non deve meravigliare se nei secoli successivi ad essere rappresentata sarà sempre di più la sola giustizia priva dell'ingiustizia e quindi a prescindere dalle problematiche del presupposto della legittimità e quindi del limite e se poi Klimt nel 1907,

²³ C. Frugoni, *Paradiso vista inferno. Buon Governo e tirannide nel medioevo di Ambrogio Lorenzetti*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 187.

alle porte dei totalitarismi, arriverà a dipingere “Giurisprudenza” come “meravigliose” Erinni che circondano indifferenti un uomo dal corpo scarnificato, più vittima che carnefice, vale a dire come “ingiustizia”.

Potremmo chiudere qui il nostro discorso. D'altra parte, se ci soffermiamo ancora sull'immagine della giustizia di Giotto non possiamo non cogliere tratti che in qualche modo richiamano prospettive che vanno oltre la dimensione della corrispondenza del male con il male e quindi nella sostanza della stessa violenza, ancorché limitata, e che addirittura introducono elementi che interrompono tale corrispondenza: la giustizia (ritratta come una Madonna) porta con sé la corona, segno di imperio, come anche il mantello che è tipico della misericordia, trovandosi in un luogo che alla fin fine se non è una chiesa, comunque è un tempio, insomma un luogo sacro.

Così come non può far riflettere la circostanza che si trovano rappresentate due forme di giustizia: quella alla sinistra di chi guarda dove è assente la violenza (giustizia commutativa) e quella alla destra, caratterizzata invece da violenza (giustizia distributiva). Ebbene, non possiamo addentrarci in territori che non saremmo in grado di esplorare, né sul piano dell'iconografia, né su quello della filosofia. Tuttavia, una cosa è certa, il riferimento alla concezione aristotelica non è immune da varianti: la giustizia distributiva del filosofo tende infatti ad essere priva di aspetti punitivi che invece dominano in Giotto, così come la giustizia commutativa aristotelica attiene a reciproci scambi, quando invece in Giotto lo “scambio” avviene direttamente tra l'uomo e l'angelo (altra forma ancora assumerà in Lorenzetti).

Ebbene, se queste varianti non devono sorprendere più di tanto (la giustizia distributiva tende ad essere “terza” e non c'è da meravigliarsi che in un contesto in cui sta nascendo il potere pubblico sia identificata proprio con l'esercizio della penalità), tuttavia non possono essere lette nemmeno in chiave moderna, per cui mentre la giustizia distributiva diviene il diritto penale, la giustizia commutativa diviene il diritto civile.

Piuttosto a me pare che si tratti di due forme di giustizia, due forme che al cuore della distinzione hanno violenza e non violenza e che queste due forme siano entrambe riferibili anche alla penalità.

Insomma, l'affresco di Giotto non fa altro che descrivere, sotto il dominio della misura e dell'equilibrio, due modi di comporre i conflitti quali essi siano e getta le basi per individuare due modi di gestire la stessa penalità: da un lato, quella vendicatoria basata sulla violenza, sia essa privata o pubblica, ma in termini necessariamente limitati, dall'altro lato, quella che oggi potremmo definire riparativa, sia essa privata o pubblica, basata sul confronto a due tra autore e vittima. E su quest'ultimo punto si aprirebbe un altro tema che, considerati i tempi e le riforme in atto, suggerirei di affrontare in un prossimo seminario dedicato alla parola “riconciliazione” o forse, meglio ancora, alla parola “incontro”.

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 ermeneutica 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 rei 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 pure 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'infrazione 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-infrazione 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.

Andrea Francesco Tripodi

L'idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee in materia di *ne bis in idem*

1. Premessa

Una delle ricadute dell'*iter* evolutivo che, negli ultimi anni, ha contrassegnato la giurisprudenza delle Corti europee – *id est*, Corte EDU e Corte di giustizia UE – sulla garanzia del *ne bis in idem* impatta, per certi versi, sulla stessa idea di pena.

Per cogliere fino in fondo la portata di tale rifrazione nell'ambiente concettuale della pena, è necessario indossare, per così dire, l'abito del giuspenalista con vocazione internazionale e compiere quel gesto, pur sempre rivoluzionario (nonostante la sua prima esecuzione risalga al 1976¹), consistente nella qualificazione sostanziale della sanzione, per via del quale l'orizzonte delle garanzie penalistiche si apre a diversi paradigmi sanzionatori ritenuti meritevoli, al di là della relativa nomenclatura, di farvi ingresso.

Tratto distintivo della rigogliosa stagione del *ne bis in idem* convenzionale è infatti la tipologia degli apparati sanzionatori assurti a “bersaglio” delle censure della Corte EDU: nel raggio delle pronunce si collocano i sistemi normativi caratterizzati dalla simultanea presenza di sanzioni penali e amministrative convergenti sul medesimo fatto, secondo l'oramai familiare schema del doppio binario sanzionatorio (cumulativo). Figura, questa, che, quando generata da una scelta legislativa e non dalla concreta inoperatività dei criteri di coordinamento tra illeciti, trova la propria ragione, da un lato, nel rilievo di potenziale ineffettività della sola risposta penale, alla quale fa da contraltare la celerità (dovuta alla snellezza delle forme) del procedimento sull'illecito amministrativo con conseguente probabile applicazione in tempi brevi della relativa sanzione; e, dall'altro, nel prevedibile intento strettamente opportunistico legato agli introiti economici assicurati dalla sanzione amministrativa.

¹ Il riferimento è alla storica decisione Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8.6.1976.

È rispetto agli assetti sanzionatori “a doppio binario”, a prescindere dal relativo modulo genetico, che il principio del *ne bis in idem*, attivato dall'avvenuta qualificazione della sanzione amministrativa come sostanzialmente penale, presenta una nuova e peculiare fisionomia, i cui riflessi possono essere apprezzati anche relativamente a determinati caratteri della sanzione penale.

2. L'approccio classificatorio di tipo teleologico

È noto come nel richiamato *milieu* europeo, sotto l'impulso in particolare della giurisprudenza convenzionale, si sia sviluppata una visione della sanzione incentrata fondamentalmente sulla relativa funzione, ovvero sullo scopo perseguito dall'ordinamento attraverso la sua applicazione. Di modo che, in ultima analisi e estremizzando provocatoriamente il concetto, sanzione penale non sarebbe soltanto quella che consegue alla commissione di un reato, bensì, più in generale, quella che reca in sé un'afflittività *stricto sensu* punitiva.

In sintesi, l'accesso nella *matière pénale* si fonda su una ricerca volta a isolare, nell'ambito della generale portata afflittiva comune a ogni misura ordinamentale reagente alla commissione di qualsivoglia tipologia di illecito, quell'effetto autenticamente punitivo, “voluto e necessario”, ossia diretto a essere percepito come tale, oltre che impiegato in termini di deterrenza². E l'identità genetica di questa afflittività *stricto sensu* punitiva – rispetto alla cui decifrazione, *ça va sans dire*, non è decisivo l'*argumentum libertatis* –, secondo l'itinerario tracciato dalla giurisprudenza convenzionale nel suo progredire, emerge dalla comparazione con le altre possibili conseguenze riferite alle misure sanzionatorie: segnatamente, “preventive” o “riparative”³. Le prime, con funzione di profilassi e trattamento della pericolosità. Le seconde, con funzione di *restitutio in integrum* e dunque implicanti una prestazione economica commisurata non al disvalore del fatto, bensì al danno (cd. differenziale) subito. In breve, l'esclusione di queste fa aggallare il carattere punitivo nella misura *sub iudice*; senza, peraltro, che la loro compresenza risulti d'ostacolo al riconoscimento dell'essenza penale, quando si ravvisi una chiara conseguenza punitiva⁴.

² Per tutti, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 57 ss., 71 ss.; V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2017, p. 1002.

³ Cfr. V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., p. 995.

⁴ I criteri di riconduzione della sanzione alla *matière pénale*, per come discendenti dall'archetipo giurisprudenziale rappresentato dalla richiamata decisione Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8.6.1976, possono essere distinti in un triplice ordine: a) la qualificazione giuridica dell'illecito compiuto dal diritto interno (che se è già di tipo penale fa scattare, senza necessità di ulteriori passaggi, le garanzie convenzionali); b) la natura dell'infrazione (rispetto alla quale si tiene conto del carattere e della struttura della norma trasgredita, ad esempio verificando se essa si caratterizza in termini di generalità

Si avverte, allora, quasi una vertigine passando in rassegna i vari illeciti e le varie sanzioni potenzialmente suscettivi di trovare collocazione nell'area, dai confini inevitabilmente mobili, della *matière pénale*. Solo per fare qualche esempio: le sanzioni amministrative, le sanzioni disciplinari, la gamma delle incapacitazioni, le sanzioni contabili, le sanzioni civili, l'universo delle confische, le misure di prevenzione. Settori per la maggior parte già attinti dalla giurisprudenza convenzionale, con soluzioni talvolta concessive, talaltra restrittive, e comunque non sempre lineari⁵.

Ad ogni modo, il suddetto approccio ri-qualificatorio della sanzione, affermatosi oramai anche nella giurisprudenza interna, non può essere concettualmente separato dal fine ultimo a cui mira, vale a dire l'estensione dello statuto penalistico delle garanzie contemplate nelle Carte europee a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e, in particolare, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). E, in questa prospettiva, va sottolineato come l'equiparazione del "sostanzialmente penale" al "penale" (al *noyau dur du droit pénal*, per usare un'immagine cara al giudice di Strasburgo) non possa dirsi piena. Prevale cioè una declinazione delle singole garanzie convenzionali secondo un modulo differenziato, ovvero a "geometria variabile"⁶, che estende alle sanzioni sostanzialmente (ma non formalmente) penali solo alcuni principi e non altri oppure che vi estende un principio non in modo assoluto. Secondo quanto verificatosi, come immediatamente vedremo, in materia di *ne bis in idem* e doppi binari sanzionatori.

dei destinatari o valutando la caratura degli interessi che essa tutela); c) la natura e il grado di severità della sanzione (dove la severità attiene ai profili contenutistici dell'intervento sanzionatorio e la natura si desume principalmente dallo scopo della sanzione o dalla pertinenzialità a un fatto di reato o, ancora, dalle procedure correlate alla sua adozione e esecuzione).

Con una necessaria precisazione afferente il requisito dello scopo della sanzione, che ha via via guadagnato nella giurisprudenza della Corte valore autonomo ovvero peso dirimente nella valutazione congiunta dei due parametri della natura e della severità della sanzione (tra le decisioni più significative della rilevanza determinante dell'analisi delle funzioni, in ordine temporale, Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21.2.1984; Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9.2.1995; Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, 5.7.2001; Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*, 23.11.2006). In particolare, all'acquisizione da parte del criterio dello scopo della sanzione di una posizione preminente nel vaglio della Corte, si è accompagnata una più puntuale definizione del peso delle sue componenti che vede assicurare al ruolo di protagonista la *finalità* riconosciuta alla sanzione sotto esame: la quale, se all'esito dello scrutinio risulta di carattere punitivo, orienta il giudizio della Corte sia quando venga valutata come principale finalità di quell'intervento sanzionatorio (cfr. Corte EDU, *Lauko c. Slovacchia*, 2.9.1998) sia quando risultino compresenti (e magari prevalenti) finalità tipicamente preventive (cfr. Corte EDU, *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 30.8.2007), concepite in chiave di neutralizzazione della pericolosità oggettiva o soggettiva.

⁵ Per un'analisi dettagliata e ragionata degli orientamenti sviluppati presso il giudice di Strasburgo, cfr. Mazzacupa, *Le pene nascoste*, cit., specificatamente capitoli. II e III.

⁶ In dottrina, per tale approccio, nell'ambito di una visione unitaria della materia penale, cfr., ancora, Mazzacupa, *Le pene nascoste*, cit., *passim*; nell'ambito dell'elaborazione di più nozioni distinte di materia penale per ciascuna garanzia costituzionale, L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli, 2018 *passim*.

Nondimeno, analizzando tale spaccato della realtà penalistica dal lato (del contenuto) della sanzione *tout court*, non si può negare che il volto della reazione sanzionatoria penale, che l'esperienza europea (della *matière pénale*) ci ha restituito, presenta dei contorni, oltre che per alcuni versi inevitabilmente sbiaditi, di certo assai ampi quando confrontati con quelli riflessi nell'idea di pena che, per eccellenza, nella tradizione si ricollega in senso consequenziale alla commissione del reato: identificabile – all'esito del superamento del modello della pena corporale – con la privazione della libertà personale⁷, intorno alla quale, del resto, gli stessi principi garantistici del diritto penale si sono storicamente sviluppati; ferme restando le alternative al modello carcerario, che l'attualità tende a valorizzare attraverso previsioni di restrizioni, di prestazioni positive, in particolare di tipo riparativo, o l'adozione misure patrimoniali, come la confisca.

3. *La vicenda del ne bis in idem europeo: un quadro di sintesi*

Il principio del *ne bis in idem*⁸ implica il divieto di procedere penalmente una seconda volta (di aprire, cioè, un secondo procedimento penale o di proseguirne uno già aperto) rispetto al medesimo fatto già giudicato in maniera definitiva, intendendo per medesimezza fattuale la corrispondenza storico-naturalistica degli accadimenti oggetto di giudizio.

In questa veste processuale, il principio è riflesso all'interno delle carte sovranazionali. Da ultimo, in particolare, nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) proclamata a Nizza il 7.12.2000 e, ancor prima, nell'art. 4 del settimo protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) (1984) e nell'art. 14, comma 7, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966)⁹.

L'attuale fisionomia del *ne bis in idem* europeo, nella sua manifestazione circoscritta alle figure di doppio binario sanzionatorio, è la risultante di un *iter* giurisprudenziale che muove dalla decisione della Corte EDU *Grande Ste-*

⁷ Sulla nascita del carcere come sanzione per eccellenza, cfr. la celebre analisi di M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 (tr. it. A. Tarchetti (a cura di), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1993). Nella letteratura italiana, cfr. D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, il Mulino, 1977. Da ultimo, per una rilettura aggiornata, M. Donini, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, «Criminalia», 2019, pp. 85 ss.

⁸ Sulle radici storiche di tale principio, che affondano nel diritto romano e finanche in quello greco, cfr. M. Mansdörfer, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, pp. 53 ss.; J. Stalberg, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ne bis in idem)*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2013, pp. 5 ss.

⁹ Per una completa panoramica delle fonti, si veda da ultimo S. Fasolin, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 100 ss.

vens c. Italia del 4.3.2014 e si conclude – per ora – con l’arresto della Grande Camera *A. e B. c. Norvegia* del 15.11.2016 ovvero, più precisamente, con quelli che, nell’orbita di tale decisione, sono a questa seguiti. La sua rappresentazione geometrica, misurata sulla potenza operativa del principio e dunque sul livello di protezione della garanzia, potrebbe in astratto evocare per molti versi la traiettoria di una parabola.

Lo statuto convenzionale del *ne bis in idem*, per come riflesso nella pronuncia *Grande Stevens c. Italia*, che ha censurato il nostro sistema normativo “a doppio binario” in materia di abusi di mercato, e riproposto nelle successive, che hanno censurato i sistemi sanzionatori tributari dei Paesi scandinavi, si dipanava lungo i seguenti snodi argomentativi e in essi si esauriva: a) riconduzione dell’illecito amministrativo alla *matière pénale* (secondo il tradizionale approccio sostanziale nella qualificazione della sanzione) e correlativa assimilazione del procedimento amministrativo (pervenuto a un giudizio definitivo) a una *accusation en matière pénale*, con conseguente attivazione delle garanzie penalistiche contemplate dalla CEDU; b) adozione, ai fini del giudizio circa la medesimezza del fatto, della (ormai consolidata) prospettiva dell’*idem factum*, che guarda all’accadimento naturalisticamente inteso e non alla definizione legale dell’incriminazione (secondo, cioè, il cd. *idem legale*).

In questa dimensione bi-procedimentale si annidava il vizio: la chiusura in via definitiva dell’uno – in genere, quello formalmente amministrativo, ma sostanzialmente penale – pone l’altro (quello formalmente e sostanzialmente penale) in frizione col diritto al *ne bis in idem*.

Se, dunque, la giurisprudenza convenzionale *ante A e B. c. Norvegia* trasmetteva una sorta di intransigente automatismo quanto agli esiti della verifica di conformità del doppio binario – *id est*, in presenza di due procedimenti sullo stesso fatto storico, una volta ricondotta la sanzione amministrativa nel perimetro della *matière pénale*, non sarebbe stato possibile sfuggire alla censura⁻¹⁰, quella inaugurata dalla *Grande Chambre* con tale decisione¹¹, a cui

¹⁰ Il periodo è, come detto, segnato dalla decisione Corte EDU, Sez. II, *Grande Stevens c. Italia*, 4.3.2014 (per la quale si veda, tra gli altri, F. D’Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, «Diritto penale processuale», 2014, p. 614; F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, «Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale», 3-4, 2014, p. 219) e da quelle, di segno analogo, che ne hanno replicato il contenuto (Cfr. Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, 20.5.2014; Corte EDU, *Lucki Dev c. Svezia*, 27.11.2014; Corte EDU, *Kiiveri c. Finlandia*, 10.2.2015.) Sebbene, per vero, a queste ultime decisioni non risulti estraneo il richiamo a quel profilo di integrazione procedimentale che verrà compiutamente rielaborato all’interno della pronuncia *A e B. c. Norvegia*.

¹¹ Corte EDU, *Grande Camera, A e B. c. Norvegia*, 15.11.2016, per la quale si veda F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5063-la-grande-camera-della-corte-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-doppio-binario-sanzionatorio>>, novembre 2016.

si è allineata pur con le proprie prerogative e talune divergenze la stessa Corte di giustizia¹², colloca l'accertamento del *vulnus* alla garanzia in un contesto tipicamente e ampiamente valutativo. Ciò è dimostrato dalla necessità di effettuare un *test* di connessione procedimentale – *in substance and time* – declinato su indici elastici, rispondente alla logica dell'“integrazione” tra procedimenti, quale fattore di salvezza (perché escludente il *bis*) del doppio binario, che, in base alla previa analisi sviluppata alla stregua dei sopra richiamati snodi argomentativi, risulta di per sé problematico ovvero a rischio di censura.

In particolare, sarà necessario verificare: *a*) se i procedimenti abbiano scopi diversi e assumano così a oggetto (non solo in astratto ma pure in concreto) aspetti differenti della stessa condotta antisociale; *b*) se la duplicità dei procedimenti sia un effetto prevedibile della condotta; *c*) se i due procedimenti siano condotti in maniera da evitare per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, segnatamente attraverso un'interazione tra le varie autorità competenti, in modo che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento, sia utilizzato anche nell'altro; *d*) se la sanzione imposta all'esito del procedimento che si conclude per primo sia presa in considerazione nell'altro procedimento, in modo da assicurare l'esigenza di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria. Infine, circa il collegamento di natura cronologica tra i due procedimenti, che – vale la pena segnalarlo – non compare nello spettro di valutazione della Corte di giustizia, la Corte ha indicato come tale requisito non implichi che essi debbano svolgersi necessariamente in maniera strettamente “parallela”, dovendosi tuttavia considerare più elevata la probabilità di ricorrenza della violazione convenzionale, tenuto conto dell'entità del pregiudizio individuale, quando il soggetto, a causa di procedimenti “consecutivi”, sia esposto a una condizione di perdurante incertezza circa la propria sorte.

Tra questi indici campeggia quello della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria, che, nello stesso linguaggio della *Grande Chambre*, riveste un peso prevalente (introdotto, com'è, nella decisione, da un significativo «and, above all»¹³). Occorre cioè che la sanzione irrogata all'esito del procedimento che si conclude per primo sia presa in considerazione nell'altro

¹² Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20.3.2018, C-524/15 *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a. c. Consob*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca c. Consob*, per le quali si rinvia a A. Galluccio, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/5931-la-grande-sezione-della-corte-di-giustizia-si-pronuncia-sulle-attese-questioni-pregiudiziali-in-mat>>, marzo 2018; V. Felisatti, *Il ne bis in idem domestico. Tra coordinazione procedimentale e proporzionalità della sanzione*, «Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale», 3, 2018, p. 137; N. Recchia, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, «Eurojus.it», 22.3.2018.

¹³ Corte EDU, *A. e B. c. Norvegia*, cit., §132.

– generalmente il procedimento penale –, in modo da assicurare la richiamata esigenza. Con l'effetto di riconoscere al giudice di quest'ultimo una sorta di potere salvifico: preservare il sistema da eventuali censure, attraverso scelte “minimaliste” compiute in sede di commisurazione della pena.

La rappresentazione della questione nella sua versione attuale sarebbe però parziale quando non si tenesse conto della giurisprudenza convenzionale *post A e B. c. Norvegia*, che, di fronte a un diffuso e giustificato pessimismo circa le reali *chances applicative* del *ne bis in idem* affidate al carattere *flou* del *test*, ha in più occasioni ravvisato la violazione del principio, facendo leva non sul requisito della proporzionalità sanzionatoria, ritenuto in specie soddisfatto, bensì su altri parametri del *test* quali la connessione temporale, il coordinamento sul piano probatorio, la complementarità teleologica dei procedimenti¹⁴. Quasi a testimonianza di un possibile contrasto ideologico interno alla Corte di Strasburgo determinato dalla discussa decisione *A e B c. Norvegia*.

Nondimeno, i riflessi prodotti all'interno del nostro ordinamento si registrano sul piano del giudizio di proporzione e, in questa prospettiva, come confermato anche dall'unica iniziativa legislativa finora rinvenibile – la riformulazione dell'art. 187 *terdecies* t.u.f. in materia di abusi di mercato –, sull'opera che il giudice può garantire nel commisurare – *rectius*, nel compensare (tenendo conto della sanzione amministrativa già irrogata) – la pena. Con ciò denotandosi una chiara preferenza per il parametro del *test* che evidentemente è apprezzato come il più determinante ai fini della soluzione del problema.

Insomma, la “rassicurante” strada aperta dalla sentenza della *Grande Chambre* è stata nel nostro sistema, immediatamente percorsa. Una strada, però, per molti versi impervia, irta di ostacoli riconducibili ai rischi di un sindacato diffuso di proporzionalità. Da qui l'interrogativo circa parametri e modalità attraverso i quali è possibile rendere proporzionata la risposta sanzionatoria complessiva.

¹⁴ Si vedano, in particolare, Corte EDU, *Jóhannesson e a. c. Islanda*, 18.5.2017, con nota di F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5430-una-nuova-sentenza-di-strasburgo-su-ne-bis-in-idem-e-reati-tributari>>, maggio 2017, p. 2; Corte EDU, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, 16.4.2019; Corte EDU, *Nodet c. Francia*, 6.6.2019, con nota di M. Scoletta, *Il ne bis in idem “preso sul serio”*: *la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6733-il-ne-bis-in-idem-presosul-serio-la-corte-edu-sulla-illegittimita-del-doppio-binario-francese-in-m>>, giugno 2019; e, nonostante la prevalente focalizzazione sulla nozione di decisione definitiva, Corte EDU, Grande Camera, *Mihalache c. Romania*, 8.7.2019, con nota di A. Careri, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, «sistemapenale.it», <<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/grande-camera-cedu-presupposti-garanzia-ne-bis-in-idem-nuove-precisazioni>>, dicembre 2019.

5. *L'affacciarsi di un modello di sanzione integrata*

Facendo seguito alle ultime tappe evolutive della giurisprudenza euro-convenzionale, la Corte di cassazione ha dettato istruzioni circa la *metodologia* del giudizio di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria e, dunque, della commisurazione *in proportionem* della sanzione da irrogare per seconda. Detto altrimenti, la Suprema Corte si è proposta di sciogliere il nodo relativo alla prescrizione, rivolta al giudice del secondo procedimento, di *tener conto* della sanzione irrogata nel primo, tentando di definire, per quanto possibile, il contenuto di tale manovra compensativa¹⁵.

I poli concettuali della riflessione della giurisprudenza di legittimità, avente a oggetto casi di abusi di mercato, coincidono, nella prospettiva delle fonti e dunque della *legalità*, con la richiesta conformazione del diritto interno a quello dell'Unione, che si manifesta attraverso la diretta applicazione dell'art. 50 TDFUE, e, nella prospettiva della concreta effettuazione della valutazione *in proportionem* imposta dalla giurisprudenza europea, con l'individuazione della norma da assumersi a referente del giudizio: l'art. 133 c.p. I cui parametri andranno dunque calati in una dimensione nuova, dove cioè di essi si deve tener conto congiuntamente a quanto irrogato nel procedimento chiuso ovvero, come precisato, con un ampliamento dell'oggetto delle relative verifiche.

Tra i due poli si sviluppa la definizione del contenuto del giudizio, funzionale alla determinazione della porzione di sanzione – quella penale – *sub iudice*. La proporzionalità del cumulo andrà valutata rispetto al disvalore del fatto, da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti e, in particolare, agli interessi sottesi alla disciplina di riferimento.

La Corte rileva inoltre come l'attività compensativa possa sfociare persino nella disapplicazione *in toto* della sanzione inflitta per seconda. Una manovra “estrema”, dunque, che potrà aversi nelle ipotesi in cui la prima sanzione debba considerarsi da sola (in misura) proporzionata al disvalore del fatto in quanto idonea, di per sé, ad assorbirlo: poiché – si osserva – capace di coprire sia aspetti rilevanti a fini penali che a fini amministrativi e, in particolare, di offrire tutela complessivamente adeguata all'interesse protetto. E se ciò può valere, evidentemente, nell'ipotesi in cui sia la sanzione penale ad essere applicata per prima, non è escluso, benché venga additata come evenienza rara (e se ne comprendono le ragioni), anche nell'ipotesi cui ad intervenire in se-

¹⁵ Di seguito verranno richiamate, in particolare, le indicazioni contenute in Cass. pen., Sez. V, 21.9.2018, dep. 31.10.2018, n. 49869, *Chiarion*, in Cass. pen., 2019, p. 643 con nota di N. Madia, *Ne bis in idem europeo: la definitiva emersione della sua efficacia anche sostanziale in materia di pluralità di sanzioni e proporzionalità della pena*; fondamentalmente fatte proprie e riproposte in Cass. pen., Sez. V, 15.4.2019, dep. 27.9.2019, n. 39999, «Giurisprudenza commentata», 4, 2020, p. 728, con nota di L. Baron, *Ne bis in idem e giudizio di proporzione, ovvero la certezza dell'incertezza applicativa*, e in Cass. pen., sez. V, 22.11.2019, dep. 9.1.2020, n. 397.

conda battuta sia la sanzione penale, così legittimandosi l'affidamento alla sola sanzione amministrativa, pur sostanzialmente penale, dell'intero presidio sanzionatorio. Più realistica – e forse più ragionevole –, in questa ipotesi, la, pur sempre autorizzata dal giudice di legittimità, manovra (estrema) di discesa al di sotto del minimo edittale, come peraltro già avvenuto in una decisione della giurisprudenza di merito¹⁶.

L'impressione è che questa giurisprudenza abbia colto l'esigenza alla base del progetto di sanzione integrata imposto dallo *standard* di proporzionalità europea, che risponde alla filosofia ispiratrice dei principali indici del *test* di connessione: laddove v'è integrazione tra i due procedimenti, è esclusa la duplicazione del peso proprio di ciascuno dei due, la quale reifica la violazione del diritto fondamentale. È espressamente così per l'indice relativo alla raccolta e la valutazione delle prove. È fondamentalmente così per quello riguardante i profili teleologici dei procedimenti, dove si vuole che le finalità non si cumulino, ma si integrino. Si può sostenere che sia così anche per l'indice cronologico, atteso il collegamento logico tra duplicazione e estensione temporale. Non può che essere così per la risposta sanzionatoria, dove quindi – se ben si intende – si dovrebbe finire per richiedere che gli stessi elementi delle fattispecie tipiche, nelle quali è sussunto il medesimo fatto naturalistico, non vengano valutati ai fini sanzionatori due volte (vale a dire, in entrambi i procedimenti)¹⁷.

In tal modo, volendo approfondire il punto più interessante ai nostri fini, la sanzione complessivamente proporzionata assume le sembianze di una sanzione a composizione bifronte, in cui ciascuna porzione (amministrativa e penale) è deputata a fotografare le prerogative del proprio illecito, non essendo ammissibile la loro sovrapposizione per i profili comuni, la quale determinerebbe quella duplicazione che si vuole evitare. Così, nelle ipotesi di successione procedimentale tipica, dove cioè il procedimento penale segue quello sull'illecito amministrativo, la sanzione penale si aggiungerà alla sanzione amministrativa già irrogata, coprendo il disvalore che appartiene solo al reato; mentre a quella amministrativa sarà affidata la copertura del nucleo comune dei due illeciti. Secondo quanto, del resto, può avvenire in campo fiscale, dove la fattispecie penale, al confronto con l'illecito amministrativo,

¹⁶ Trib. Milano, 15.11.2018, dep. 1.2.2019, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6558-doppio-binario-sanzionatorio-degli-abusi-di-mercato-e-ne-bis-in-idem-prime-ricadute-pratiche-dopo-l->>, marzo 2019, con nota di F. Mucciarelli, “*Doppio binario*” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica; e «Giurisprudenza commentata», 2020, p. 933, con nota di F. Mazzacuva, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e smarrimento della dimensione processuale*.

¹⁷ Cfr., nella stessa direzione di senso, M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercè degli interpreti*, «Le Società», 5, 2019, p. 545.

presenta elementi significativi di maggior disvalore (si pensi al superamento delle soglie di punibilità o allo stesso dolo specifico di evasione o, ancora, alle modalità di condotta fraudolente).

Se, allora, è da apprezzare il tentativo della Suprema Corte di elaborare una sorta di *vademecum* operativo – ad uso del giudice di merito o del medesimo giudice di legittimità quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 620, comma 1, lett l, c.p.p. – circa la commisurazione *in proportionem* della seconda sanzione, tuttavia – e, dati i necessari tempi di maturazione, non potrebbe essere altrimenti – non siamo ancora prossimi alla meta: ossia, la definizione di una compiuta teoria della compensazione che sappia far luce su ogni aspetto dubbio della complessa questione figlia della giurisprudenza europea.

Solo per richiamarne alcuni, si ponga mente agli assai angusti margini di fattibilità del modello di sanzione integrata nei casi di perfetta coincidenza dell'area di tipicità delle fattispecie descrittive dei due illeciti. Secondo quanto può accadere, in materia di abusi di mercato, rispetto alla fattispecie di abuso di informazioni privilegiate. In questa evenienza, invero, il giudice penale che interviene per secondo non dovrebbe poter applicare, sulla base degli indici di cui all'art. 133, comma 1, c.p., quote punitive aggiuntive calibrate sul piano della specifica tipicità del proprio illecito o sul corrispondente disvalore soggettivo, attesa la specularità strutturale delle fattispecie e l'unicità dell'elemento soggettivo caratterizzante il fatto materiale. L'operatività della sanzione penale sembrerebbe dunque vincolata alla rilevanza di uno degli indici di cui all'art. 133, comma 2, c.p. o alla ricorrenza dell'anomalia di un precedente giudizio sull'illecito amministrativo indifferente a profili di disvalore comuni ai due illeciti. Un perimetro di operatività, insomma, significativamente ristretto: da un lato, per l'ampiezza dei parametri di commisurazione della sanzione amministrativa che rende probabile la previa valutazione di quegli indici nel relativo procedimento; dall'altro, per l'eccezionalità dell'ipotesi, definita appunto come anomala, di una sanzione amministrativa del tutto o parzialmente insensibile agli aspetti legati al disvalore del fatto. Senza contare come, a monte, appaia coerente con la lettura costituzionalmente orientata dei criteri commisurativi della pena, l'idea di delimitare *in bonam partem* l'efficacia di quelli significativi della "capacità a delinquere"¹⁸.

Più in generale, si deve notare come, a seguire con rigore la lettura ora prospettata, non sarebbe l'entità della sanzione precedentemente irrogata a giustificare la disapplicazione dell'altra – secondo quanto, invece, indicato dalla Suprema Corte, la quale ha posto l'accento sul rigore caratterizzante la sanzione applicata per prima –, bensì soltanto l'impossibilità che la sanzio-

¹⁸ Per tutti, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 733.

ne da applicare per seconda poggia su un qualche elemento non previamente valutato ai fini sanzionatori nel primo procedimento. Ciò che, a ben vedere, dovrebbe essere considerata circostanza normale quando sia l'applicazione della sanzione amministrativa a succedere a quella penale.

Resta poi sullo sfondo il problema legato alla compensazione di sanzioni non omogenee. Se si ritiene che il progetto di sanzione integrata si risolva nello scomputo dell'una sanzione (quella applicata per prima) dall'altra (quella da applicare) ovvero nell'applicazione, in sede di commisurazione di quest'ultima, di una quota punitiva addizionale corrispondente al maggior disvalore dell'illecito penale, la percorribilità anche in questa evenienza di tale strada, la quale delimiterebbe lo spazio di apprezzamento dell'interprete giudiziale, richiede la previa commutazione delle sanzioni in modo da renderle omogenee. E l'art. 135 c.p. offre il criterio per attuarla, come avvenuto in una pronuncia di merito¹⁹. Tuttavia, non mancano delle insidie: in specie, quando la condanna pecuniaria raggiunga un importo così elevato da sopravanzare, una volta commutata in pena detentiva, la misura prescelta di quest'ultima, impedendone in tal modo l'applicazione. Posto ciò, i percorsi alternativi prospettabili sono: da un lato, una valutazione pur sempre agganciata all'ancora concettuale della quota punitiva addizionale e dunque significativa dello scomputo, in assenza però di parametri di attuazione predeterminati; dall'altro, un giudizio a vocazione puramente equitativa, disancorato da precise e specifiche griglie criteriali.

Ed ancora. Benché in qualche modo mitigate, da un lato, dalla diretta efficacia – e dalla conseguente *vis* disapplicativa – del diritto unionale, quando vi si rientri, dall'altro e soprattutto, dal *favor libertatis*, valore al quale ogni declinazione della legalità è da considerarsi strumentale²⁰, affiorano comunque con vigore le preoccupazioni legalistiche *stricto sensu* legate all'esecuzione delle manovre *in proportionem* estreme sull'entità della pena²¹, vale a dire la *deminutio ultra minimum* della pena o la sua disapplicazione. E se, rispetto al primo fronte, vale osservare come la stessa Suprema Corte, nella sua decisione più idonea a fungere da guida²², abbia comunque innalzato, quanto alla reclusione, il baluardo invalicabile della misura di pena minima di cui all'art. 23 c.p., così circoscrivendo l'effetto della deroga ovvero ricollocando la manovra disapplicativa comunque nell'ambito di una cornice delineata dalla legge; sull'altro fronte, la manovra genera comunque tensione sul piano

¹⁹ Il riferimento è a Trib. Milano, 15.11.2018, cit.

²⁰ Su tale nesso di strumentalità, assai chiaramente, T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 18-19.

²¹ Cfr. F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, «Diritto penale processuale», 7, 2018, p. 957 e Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti* cit., p. 545.

²² Il richiamo è a Cass. pen., Sez. V, 21.9.2018, n. 49869, cit.

delle scelte di politica sanzionatoria, nel senso che il giudice, con l'intento di salvare il sistema "a doppio binario" attraverso la disapplicazione *in toto* della sanzione finirebbe ineluttabilmente per cancellarne la stessa identità ovvero per neutralizzare la scelta politico-criminale di adozione del corrispondente assetto sanzionatorio.

6. L'upgradation della sanzione amministrativa

Rimanendo concentrati sulla sanzione amministrativa – settore dove l'ap-proccio ri-qualificatorio sostanziale sembra, anche in ragione della vicenda del *ne bis in idem*, più collaudato –, è evidente come la necessità che il giudice tenga conto in sede di commisurazione della pena della sanzione amministrativa già irrogata consolidi l'idea di omogeneità tra i due settori²³. Più a fondo, un'omogeneità discendente prima di tutto dal riconoscimento dell'efficacia della *lex specialis* nella disciplina generale di coordinamento dei due illeciti (art. 11, L. n. 689 del 1981)²⁴, che, derogata dalla previsione legislativa dei richiamati doppi binari cumulativi, viene, per certi versi, negli effetti ripristinata in sede di commisurazione attraverso la composizione di una sola sanzione – *rectius*, di una sanzione concettualmente unitaria –, generata dalla richiesta attività compensativa e integrata dalle componenti sanzionatorie originarie, per via delle quali è comunque conservata la cifra identitaria del doppio binario sanzionatorio medesimo.

In generale, può allora dirsi certificata quell'omologia finalistica delle due sanzioni in chiave di comune orientamento alla prevenzione (qui intesa in senso di deterrenza) generale e speciale²⁵, la quale fa in qualche modo da *pendant* con l'impostazione teleologica della Corte EDU, calibrata più specificamente sulla ragione dell'incidenza della misura sulla posizione soggettiva.

E, del resto, a stabilizzare questa visione è la progressiva affermazione, con riferimento all'area economica, di un idealtipo di illecito amministrativo,

²³ I più recenti studi sottolineano come *de jure condito*, una volta rivelatosi vano ogni tentativo volto a promuovere una distinzione di tipo sostanziale (in questo senso, invece, nella letteratura italiana, per tutti, F. Sgubbi, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, «Indice penale», 1983, p. 256, il quale segnala l'incompatibilità dei modelli di illeciti, descrivendo quello amministrativo come di mera trasgressione rispetto a un precetto di natura ordinatoria), gli unici profili differenziali tra i due illeciti attengano alla non piena giurisdizionalizzazione di quello amministrativo, oltre che all'incapacità di esso di incidere sulla libertà personale del consociato e di non rivestire lo stigma tipico di quello penale. Così, C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 58.

²⁴ Cfr., per tutti, C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 311.

²⁵ Come sarebbe confermato dai criteri di commisurazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 11 L. n. 689 del 1981: così E. Dolcini, C.E. Paliero, *I "principi generali" dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 1980, p. 1177.

per così dire, di ultima generazione, connotato cioè da una più marcata gravità del fatto, una conseguente maggiore (e, talvolta, draconiana) afflittività, con autorità (deputate all'accertamento) dotate di poteri istruttori coercitivi²⁶. Tanto da consentire, talvolta, di porre in discussione la stessa assolutezza del dogma della maggiore severità dello *ius terribile*²⁷.

Non è, allora, casuale che, sotto l'influenza della giurisprudenza convenzionale, si assista all'interno del nostro ordinamento a una progressiva estensione all'illecito amministrativo punitivo delle garanzie che circondano la materia penale: così è, ad esempio, secondo le pronunce della Corte costituzionale, per la conoscibilità del precetto (e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie)²⁸, il divieto di applicazione retroattiva²⁹, la *lex mitior*³⁰, la proporzionalità sanzionatoria³¹, la tangibilità del giudicato applicativo rispetto a

²⁶ F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2020, pp. 1810 ss.; e, con riferimento all'ordinamento tedesco, U. Sieber, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2019, p. 44. Cfr., sul tema, anche L. Foffani, *I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, in A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, A.M. Stile, C. Roxin, K. Volk (a cura di), *Studi in onore di L. Monaco*, Urbino, Urbino University Press, 2020, pp. 541 ss.

²⁷ Sul tema, in generale, F. Viganò, *Sul carattere "eccezionale" del diritto penale*, in M. Catenacci, V.N. D'Ascola, R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I, Roma, Roma Tre Press, 2021, pp. 449 ss. Con riferimento a una specifica ipotesi, G.L. Gatta, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione': la Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider secondario)*, «Diritto penale contemporaneo», dicembre 2018.

²⁸ Corte cost. 29.5.2019, n.134; Corte cost. 7.6.2018, n.121, richiamate da F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1791 ss., 1807 ss., che, nel ripercorrere il progressivo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in senso estensivo delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative punitive, evidenzia come facciano eccezione la riserva di legge statale, in ragione della pacifica esistenza di sanzioni amministrative regionali, benché valgano pure per le sanzioni amministrative punitive il principio di determinatezza-precisione (cfr., ancora, Corte cost. n. 134 del 2019), nonché il principio rieducativo di cui all'art. 27 comma 1, cost., ritenuto appannaggio della pena in senso stretto (cfr. Corte cost. n. 112 del 2019 e v. *infra*, Cap. IV, §7); e, nel concludere, segnala come solo il futuro potrà dire se l'estensione di talune garanzie penalistiche sarà operata anche con riferimento ad altre garanzie, ad esempio il principio di personalità della responsabilità di cui all'art. 27, comma 1, cost., ovvero a quelle strettamente processuali, rispetto alle quali mancano delle posizioni definitive da parte della Corte.

²⁹ Corte cost. 4.6.2010, n. 196. Cfr., ancora, Viganò, *Garanzie penalistiche* cit., p. 1791.

³⁰ Corte cost. 21.3.2019, n., con nota di M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6598-retroattivita-favorevole-e-sanzioni-amministrative-punitive-la-svolta-finalmente-della-corte-costit>>, aprile 2019.

³¹ Corte cost., 17.4.2019, n. 88, con nota di C. Piergallini, *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta*, cit.; Corte cost., 6.3.2019, n. 112, con note di R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla corte costituzionale*, cit. e E. Amati, *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, cit.

una dichiarazione di illegittimità costituzionale³²; e, da ultimo, il “diritto al silenzio” (della persona sospettata di aver commesso un illecito amministrativo)³³.

7. Note conclusive

L’esperienza europea, attraverso l’elaborazione della *matière pénale*, tramanda un’idea di sanzione penale ricomprensiva di ciò che penale non è. Trattasi di un paradosso solo apparente, atteso che a ricomporre la contraddizione provvede quell’approccio sostanziale nella valutazione dei dati che oscura la dimensione formale delle qualificazioni normative.

Ma, come si è visto, non è solo su questo livello che può apprezzarsi un profilo di cambiamento dell’idea tradizionale di sanzione penale. Quella che esita dai riverberi interni della vicenda europea del *ne bis in idem* è una sanzione penale tutta particolare, insolita. Essa appare debitrice della pregressa sanzione amministrativa (sostanzialmente penale) nella sua misurazione e, di conseguenza, sembra integrarsi con quella nella sua concettualizzazione.

Rimanendo nell’orbita della compensazione sanzionatoria, se non scuote l’esigenza di compensare sanzioni dello stesso contenuto, ossia di natura pecuniaria da un lato e dall’altro, sebbene quella penale, in caso di mancato pagamento, sia destinata a convertirsi in pene limitative della libertà³⁴, può forse risultare singolare la necessità di rinunciare a una quota di sanzione detentiva – o all’intera sanzione detentiva – in ragione dell’avvenuta applicazione di una sanzione (amministrativa) pecuniaria. Siamo, cioè, al cospetto di una pena privativa della libertà personale che, in un certo qual modo, appare suscettiva di un processo di monetizzazione *ex ante*: nel senso che se prima si è pagato e si è pagato tanto, si potrebbe arrivare a evitare il carcere o comunque a diminuirne significativamente il *quantum*.

Non si è mancato, al riguardo, di evidenziare il rischio che questo meccanismo finisca per favorire i soggetti più abbienti, capaci, in quanto tali, di far

³² Corte cost., 16.4.2021, n. 68, sulla cui capacità espansiva al di là della sanzione amministrativa della revoca della patente, oggetto specifico della decisione, si vedano B. Lavarini, *Illegittimità costituzionale di sanzioni amministrative “sostanzialmente penali” e rimodulazione del giudicato*, «lalegislationepenale.it», <<https://www.lalegislationepenale.eu/illegittimita-costituzionale-di-sanzioni-amministrative-sostanzialmente-penali-e-rimodulazione-del-giudicato-barbara-lavarini/>>, luglio 2021; M. Scoletta, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, «Sistema penale.it», <<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cortecostituzionale-68-2021-scoletta-revocabilita-sanzione-amministrativa-illegittima>>, aprile 2021.

³³ Corte cost. 30.4.2021, n. 84. Sul tema, G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigations*, Cham, Springer, 2019, pp. 235 ss.

³⁴ Si vedano gli art. 136 c.p., art. 102, 103, 105, 108 l. 689/1981; e inoltre gli art. 55, 56 d. lgs. 274/2000.

fronte alla sanzione pecuniaria amministrativa e, pertanto, di trarre vantaggio della corrispondente riduzione della pena detentiva dovuta alla compensazione³⁵. Più in generale, non può passare inosservato il pericolo di corrosione della pena detentiva generato soprattutto dall'eventuale applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie particolarmente elevate³⁶.

³⁵ Così, F. Mucciarelli, "Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, «www.penalecontemporaneo.it», <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6558-doppio-binario-sanzionatorio-degli-abusi-di-mercato-e-ne-bis-in-idem-prime-ricadute-pratiche-dopo-l>>, marzo 2019, p. 3.

³⁶ Cfr. sul punto L. Deaglio, *Il perimetro operativo del ne bis in idem nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. È tempo di bilanci*, «Diritto processuale penale», 2019, p. 1443.

Abstracts

Umberto Curi, *Verso un nuovo paradigma / Towards a new paradigm*

L'articolo esamina i fondamenti antropologici e storico-filosofici del problema della pena nella sua lunga evoluzione. La modernità non ha risolto le aporie del retribuzionismo che continua a permeare il diritto penale attraverso presupposti di carattere mitologico e religioso. Un nuovo orizzonte di riflessione è stato aperto dalle più recenti esperienze di *Restorative Justice*. Si discute se esso sia un nuovo paradigma ma, in ogni caso, delinea un tentativo di superamento della concezione tradizionale della pena.

The paper analyses the anthropological and historical-philosophical foundations of the punishment considered in its long evolution. Modernity has not resolved the aporias of retribution that continues to permeate criminal law through mythological and religious assumptions. A new horizon of reflection has been opened by the most recent experiences of Restorative Justice. It is debated whether it is a new paradigm but, in any case, it outlines an attempt to overcome the traditional vision of punishment.

Parole chiave / Keywords: pena, retribuzionismo, carattere mitologico-religioso, giustizia riparativa / punishment, retribution, mythological and religious assumptions, Restorative Justice.

Adriano Prosperi, *Non uccidere, tra fede e potere / Thou shalt not kill, Between Faith and Power*

L'ultimo giorno di un condannato a morte di Victor Hugo riscosse un successo straordinario ai suoi tempi, dovuto principalmente alla dura critica di Hugo a quello che era stato finora il modello tradizionale per confortare i condannati alla pena di morte. Tale modello, a sua volta, poggiava su una ordinata ripartizione dei ruoli tra, da un lato, il potere dello Stato di ricorrere liberamente alla pena capitale e, dall'altro, il potere della Chiesa di sfruttare i riti della giustizia in modo che la vittima pentita diventasse un'apologeta della vita eterna nell'aldilà. Ora la domanda è: cosa è cambiato da quando è stato scritto il libro?

Victor Hugo's *The Last Day of a Condemned Man* enjoyed a striking success

in its day, that was mainly due to Hugo's harsh critique of what had been so far the traditional model for comforting those condemned to the death penalty. That model, in turn, lay on a tidy repartition of roles between, on the one hand, the power of the State to freely resort to the capital sentence and, on the other hand, the power of the Church to exploit the rituals of justice so that the repentant victim became an apologist of the eternal life in the afterworld. Now the question is: what has changed since the book was written?

Parole chiave / Keywords: Pena di morte, rituali di conforto, Victor Hugo, Chiesa cattolica, giustizia secolare / Death penalty, Comforting Rituals, Victor Hugo, Catholic Church, Secular Justice.

Flavia Stara, *L'umano che deve rimanere. Le sfide allo spazio-tempo del castigo / The Human that has to last. Challenges to the space-time of punishment*

Movendo da una prospettiva di teoria dell'educazione, il contributo intende investigare la possibilità di configurare un nuovo ethos sociale che si colloca nello spazio critico della mediazione/confitto/dissenso nel quale inscrivere la trasformazione della categoria del castigo. Attraverso il confronto con posizioni critiche interdisciplinari ci si interroga sul ruolo e gli effetti delle misure di pena/castigo e sull'individuazione di uno spazio autentico di alternativa, nell'esercizio di una saggia incertezza che pluralizza e culturalizza l'orizzonte della giustizia.

Moving from an educational theory perspective, the contribution intends to explore the possibility of configuring a new social ethos placed within the critical space of mediation / conflict / dissent in which to inscribe the transformation of the category of punishment. Through a comparison with interdisciplinary critical positions, the contribution questions the role and effects of punishment/punishment measures toward the identification of an effective alternative space, as well in the exertion of a wise uncertainty that pluralizes and culturalizes the horizon of justice.

Parole chiave / Keywords: Educazione, Castigo, Dialogo, De-coincidenza, Mediazione / Education, Punishment, Dialogue, Mediation, De-coincidence.

Alfredo Verde, *Il castigo in una prospettiva psico(socio)criminologica / Chastisement in a psycho(socio)logical perspective*

Il presente contributo illustra una concezione del castigo che fa riferimento alla teoria della violenza mimetica e alla costruzione della vittima sacrificale di René Girard, che diviene, nelle società desacralizzate, la costruzione di una vittima "legittima", il delinquente, "giustamente" punito perché ha violato le leggi della convivenza civile. Utilizzando i contributi della psicoanalisi, l'autore mostra tuttavia come alla mera punizione, espressione dei principi arcaici della vendetta, si sia affiancata storicamente la logica del trattamento e della riabilitazione, che convive in modo ossimorico con le logiche punitive. Si sviluppano così narrative antinomiche (pena che cura, cura durante il castigo), influenzate anche dalla distanza materiale

del pubblico (e degli operatori) dal fatto-reato. Successivamente, l'autore tenta di costruire una teoria circa la possibilità di concepire spazi di aiuto all'interno delle istituzioni punitive, cui attualmente nel nostro Paese si contrappone la crescente prevalenza del contesto punitivo che individua sempre più il delinquente come "nemico" e sopravvaluta il ruolo della polizia penitenziaria.

The present contribution analyzes punishment from the point of view of Renè Girard's sacrificial victim theory. In desacralized societies, the victim of sacrifice is no more an innocent victim, but a guilty one, the criminal, "rightfully" punished because of his violation of the civic cohabitation rules. Using the contributions of psychoanalysis, the Author notes how other logics contribute to the post-conviction handling of the offender, i.e. the principles of treatment and rehabilitation, which coexist, in an oximoronical way, with the former, revengeful ones. From such situation, antinomic narratives develop, influenced also by the material and personal distance from the crime scene. In conclusion, the Author theorizes the possibility of developing spaces of care and treatment in Italian prisons, even if such practices are counterbalanced by the growing influence of custodial personnel practices which tend to consider the prisoner as an enemy.

Parole chiave / Keywords: Punizione, Girard, vittimizzazione del delinquente, identificazione con lui; antinomie e ossimori, narrative espulsive e di avvicinamento, costruzione di spazi di cura nel sistema penale / Punishment, Girard, criminal as a scapegoat, identification with him, antinomies and oximorons, expulsive and rapprochement narratives, construction of caring spaces in the penal system.

Grazia Mannozi, Il "castigo": dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto / "Chastisement": terminological dimension and legal meta-meanings. Reflections from the perspective of the Proto-Indo-European roots of the legal language

Il termine "castigo" attraversa la cultura penalistica rinviando all'idea di punizione dovuta per il male arrecato attraverso una condotta criminosa. Retaggio di una visione non ancora laicizzata del diritto penale, il castigo rimanda a paradigmi sanzionatori basati sulle teorie della retribuzione, dell'espiazione e dell'emenda morale, ampiamente superate da approcci preventivi orientati alla rieducazione, alla risocializzazione e alla riaccoglienza. Anche a livello linguistico il termine "castigo" suona come un arcaismo nel contesto di un linguaggio giuridico tecnico e specialistico. L'analisi della lingua giuridica condotta dalla prospettiva della linguistica comparativa – che lavora sulle radici protoindoeuropee della lingua – dimostra tuttavia che la lingua giuridica è intrisa di termini conati millenni fa, sulla base di dati esperienziali e di forme primordiali di regolamentazione della vita sociale. Il termine "castigo", dunque, appare essere in "buona compagnia" se solo si riscoprono le origini della lingua giuridica attraverso il riconoscimento delle radici protoindoeuropee (PIE) di alcune tra le parole più comuni della lingua giuridica specialistica in uso.

The term “chastisement” crosses the criminal law culture, referring to the idea of punishment due to the evil caused through criminal conduct. Legacy of a not yet secularized vision of criminal law, the chastisement refers to sanctioning paradigms based on the theories of retribution, expiation, and moral amendment, largely superseded by preventive approaches aimed at re-education, resocialization, and reintegration. On a linguistic level, the term “chastisement” sounds like an archaism in the context of a technical and specialized legal language. The analysis of legal language conducted from the perspective of comparative linguistics – which works on the proto-Indo-European roots of the language – however shows that legal language is steeped in terms coined millennia ago, based on experiential data and primordial forms of regulation of social life. The term “chastisement”, therefore, appears to be in “good company” if only the origins of the legal language are rediscovered through the recognition of the Proto-Indo-European roots (PIE) of some of the most common words of the specialized legal language in use.

Parole chiave / Keywords: castigo, pena, punizione, sanzione, delitto, reato, caso, causa, corte, regola, legge, diritto, ius, giustizia, allegoria, lingua, linguaggio, protoindoeuropeo, radice PIE / chastisement, pain, penalty, punishment, sanction, felony, crime, case, cause, court, rule, law, right, ius, justice, allegory, lingua, language, proto-Indo-European, PIE root.

Aglaiia McClintock, *Ius, paricidas, necare. Castigo e purificazione a Roma / Ius, paricidas, necare. Punishment and Purification in Rome*

L’articolo analizza una serie di termini latini relativi alla sfera della trasgressione e del castigo che hanno radici comuni con l’avestico e il sanscrito: *ius*, la parola più importante per i giuristi, *paricidas* (l’omicida), passando per l’intera famiglia di *necare* (uccidere), *nex* (morte), *noxal noxia* (colpa), *noxius* (colpevole). Tutti questi vocaboli e lo stesso *castigare* sono inquadrabili nella sfera religiosa di sanità e salvezza, di miasma e purificazione. Sia per Roma che per il mondo indo-iranico bisogna confrontarsi con la contraddizione profonda tra la grandezza di una visione religiosa che mira alla perfezione e alla giustizia e le pene brutali intrise di violenza che, espiando il miasma prodotto dalla colpa, sorreggono il mantenimento di tale visione.

The paper analyses a series of Latin terms pertaining to the domain of transgression and punishment that share a common root with Avestan and Sanskrit: *ius*, the most important word for jurists, *paricidas* (the homicide/murderer), passing through the family of *necare* (to kill), *nex* (death), *noxal noxia* (guilt), *noxius* (guilty). All these words can be framed in the religious sphere of sanity and salvation, of miasma and purification. Both in Rome and in the Indo-Iranian world we must address the profound contradiction between a religious vision aiming at perfection and justice and the brutal punishments necessary while atoning for the miasma produced by guilt sustain this vision.

Parole chiave / Keywords: *ius*, purezza, omicidio, castigo / *ius*, purity, homicide, punishment.

Pierangelo Buongiorno, *Precipizio e castigo. Forme, funzioni e mitologie delle deiectiones e saxo in Roma antica / Cliff and punishment. Forms, functions and mythologies of the deiectiones e saxo in ancient Rome*

A Roma, con l'avvento del principato, furono valorizzate pratiche di esecuzione della *poena capitis* di particolare brutalità. Fra queste, la precipitazione dalla rupe Tarpea, uno strumento di sanzione originariamente riservato a qualificate condotte di rottura della *fides* e in parte già affermatosi, con finalità politiche, nell'ultimo scorcio della repubblica. A questa valorizzazione, in epoca augustea, si intrecciò la reviviscenza del mito di Tarpea, veicolata dagli storici, poeti e dossografi legati alla corte imperiale. Vi sono dunque elementi sufficienti per porre il rilancio della *deiectio e saxo* in connessione con la *lex Iulia maiestatis* nel quadro di un primo, rudimentale declinarsi di un "diritto penale del nemico".

In the early imperial age, some brutal punishment practices for the execution of the *poena capitis* were promoted in the criminal prosecution. Among these, the precipitation from the Tarpeian cliff; such an instrument of punishment was originally reserved for qualified forms of breach of *fides* and it was partly already used, with political aims, in the last part of the republican age. But in the Augustan age, historians, poets and doxographers linked to the imperial court brought the myth of Tarpeia to new life. There are therefore sufficient elements to place the revival of the *deiectio e saxo* in connection with the *lex Iulia maiestatis* in the framework of an initial, rudimentary development of a "criminal law of the enemy".

Parole chiave / Keywords: Rupe Tarpea, tradimento, pena capitale, diritto arcaico, età augustea / Tarpeian rock, treason, capital punishment, archaic law, Augustan age.

Ettore Dezza, *Le origini della legge penale nella Summa de maleficiis di Bonifacio Antelmi / The origins of criminal law in Bonifacio Antelmi's Summa de maleficiis*

Sensibile alla teologia morale di matrice agostiniana conosciuta per il tramite del *De contemptu mundi* di Lotario di Segni (1194), Bonifacio Antelmi nel Proemio della *Summa de maleficiis* (1301) descrive le origini della legge penale prendendo spunto da una concezione pessimistica della natura umana, simboleggiata dalla vile materia con la quale è stato creato l'uomo. Tale natura comporta un processo degenerativo che induce l'uomo all'iniquità e al delitto. Da questa situazione è derivata la necessità di porre una barriera alla malvagità umana, e questa barriera è stata realizzata grazie all'ispirazione divina che ha condotto alla 'invenzione' del diritto e delle leggi e, implicitamente, delle strutture di giustizia necessaria alla loro concreta attuazione. Oltre a questa funzione repressiva il diritto e le leggi svolgono altresì una funzione pedagogica in ordine agli aspetti fondamentali del vivere civile. In questo quadro non vi è posto per alcuna forma di giustizia privata, poiché non spetta alla singola persona di farsi giustizia da sé sostituendosi a *iura* e *leges* che trovano il proprio fondamento nella volontà divina.

Following the Augustinian moral theology known through the *De contemptu mundi* by Lotario di Segni (1194), Bonifacio Antelmi in the Proemio of his *Summa de maleficiis* (1301) describes the origins of the penal law taking inspiration from a pessimistic conception of human nature, symbolized from the vile matter with which man was created. This nature involves a degenerative process that leads man to iniquity and crime. From this situation arose the need to place a barrier to human wickedness, and this barrier was achieved thanks to the divine inspiration that led to the ‘invention’ of laws and, implicitly, of the structures of justice necessary for their concrete implementation. In addition to this repressive function, the laws also perform a pedagogical function in relation to the fundamental aspects of civil life. In this framework there is no room for any form of private justice, since it is not up to the individual person to make justice for himself by replacing the *iura* and *leges* which find their foundation in the divine will.

Parole chiave / Keywords: legge penale, origini, giustizia penale (secc. XIII-XIV), Antelmi, Bonifacio, Innocenzo III, Ulpiano / Criminal Law, Origini, Penal Justice (XIII-XIV Centuries), Antelmi, Bonifacio, Innocent III, Pope, Ulpian.

Michel Porret, *Il male del castigo: conservare ma limitare la pena di morte nell'età dei Lumi / The evil of punishment: maintain but limit the death penalty in the Age of Enlightenment*

Durante l'Illuminismo, l'abolizione della pena di morte rimase una posizione intellettuale e giuridica minoritaria, di cui Beccaria incarnava la modernità. D'altra parte, tra dottrina e pratica, se la pena di morte è poco messa in discussione, essa deve essere applicata in maniera limitata per mantenere l'efficacia della “pedagogia del terrore” che è legata al patibolo.

During the Enlightenment, the abolition of the death penalty remained a minority intellectual and legal position, of which Beccaria embodied the modernity. On the other hand, between doctrine and practice, if the death penalty is little questioned, it must be applied in a restricted way in order to maintain the effectiveness of the “pedagogy of dread” which is linked to the scaffold.

Parole chiave / Keywords: Illuminismo, diritto di punire, pena di morte, forca, liberalismo penale / Enlightenment, right to punish, death penalty, gallow, penal liberalism.

Floriana Colao, *Percorsi della pena castigo tra attualismo penale, umanesimo penale, giustizia fascista / Paths of Chastisement between 'attualismo penale', 'criminal humanism', fascist justice*

Questo saggio esamina il pensiero di Giuseppe Maggiore ed Ugo Spirito, che, nella prima metà del Novecento, videro nella riflessione di Benedetto Croce e soprattutto nell'attualismo di Giovanni Gentile una filosofia penale in grado di legare «il diritto alla vita». Entro lo Stato etico l'attualismo penale tematizzò la «pena-

castigo, retribuzione ed espiazione», come «fulcro del diritto penale». Modellò la pena sulla nozione morale e religiosa del colpevole, da rendere *castus*, con toni comuni all'umanesimo penale di Vincenzo Lanza. L'ideario attualista circolò tra giuristi e legislatore, dal *Progetto Ferri* – che intese sostituire la «pena difesa sociale» alla «pena castigo» – all'eclettico sistema penale fascista. La codificazione sembrò privare di senso le questioni 'filosofiche'; Alfredo Rocco – che 'fece suo' il gentiliano Stato etico – aveva una sua 'filosofia', il «castigo» come «carattere fondamentale della pena», l'«afflittività» condizione per l'«emenda» e la «risocializzazione». Il *Regolamento penitenziario* parve ispirato dalla «formula castigare emendando ed emendare castigando».

This essay examines the thought of Giuseppe Maggiore and Ugo Spirito, who, in the first half of the twentieth century, saw in the reflection of Benedetto Croce and above all in Giovanni Gentile a penal philosophy, capable of bringing the link «the right to life». Within the Ethical State Maggiore and Spirito thematized the «chastisement, retribution and expiation», as the «fulcrum of criminal law». They modeled the punishment on the moral and religious notion of making the guilty *castus*, in terms similar to the criminal humanism of Vincenzo Lanza. The idea circulated among jurists and legislators, from the *Ferri Project* – which intended to replace the «social defense penalty» for the «chastisement» – to the eclectic fascist criminal system. Codification seemed to deprive 'philosophical' issues of meaning; Alfredo Rocco – who 'made his own' the Gentile Ethical State – had a philosophy of «chastisement» as a «fundamental character of punishment», «afflictivity» as a condition for «amendment» and «resocialization». The *Penitentiary Regulations* seemed inspired by the «formula chastise by amending and amend by punishing».

Parole chiave / Keywords: castigo, filosofia, 'Scuole penali' nella prima metà del Novecento, Benedetto Croce, Giovanni Gentile, Giuseppe Maggiore, Ugo Spirito, Vincenzo Lanza e l'Umanesimo penale, Vincenzo Manzini l'«antifilosofo», Enrico Ferri 'idealista', Alfredo Rocco e la pena castigo nel sistema penale fascista / Chastisement, philosophy, the 'Criminal schools' in the first half of the twentieth century, Benedetto Croce, Giovanni Gentile, Giuseppe Maggiore, Ugo Spirito, Vincenzo Lanza and criminal humanism, Vincenzo Manzini 'anti-philosopher', Enrico Ferri 'idealist', Alfredo Rocco and chastisement in the fascist penal system.

Loredana Garlati, *Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale / Punishing to (re)educate. The purpose of the sentence between amendment and resocialization in the constitutional debate*

Il saggio ripercorre il dibattito svoltosi all'interno dell'Assemblea Costituente in relazione all'art. 27 comma 3 della Costituzione. Alla vigilia dell'approvazione della Carta Costituzionale il tema della finalità della pena occupava grande spazio ed era oggetto di approfonditi dibattiti, riproponendo l'eterno conflitto tra concezione retributiva e preventiva della pena. Su questo filone si innestava la questione della possibilità dell'emenda del reo e la discussione se l'emenda potesse essere accolta

fra gli scopi della pena o non fosse permeata da una concezione spirituale e morale estranea a una visione laica come a gli scopi che la pena doveva proporsi. La dottrina penalistica dei decenni immediatamente successivi all'approvazione della Carta continuò il dialogo e il confronto, quando si trattò di tradurre in azioni concrete gli intenti programmatici e i principi costituzionali, alcuni dei quali, in tema di carcerazione, forse ancora attendono una piena attuazione.

The essay traces the debate in the Italian Constituent Assembly about the art. 27 paragraph 3 of the Constitution. The issue of the purpose of the sentence occupied great space and was the subject of deep debates. Was it possible to amend the guilty? Was the amendment moral or juridical question? The criminal law doctrine of the decades immediately following the approval of the Constitution continued dialogue and discussion. It was necessary translate the programmatic intentions and constitutional principles into concrete actions, some of which perhaps still await full implementation.

Parole chiave / Keywords: Assemblea Costituente, pena, finalità, emenda, ri-educazione / Italian Constituent Assembly, penal punishment, purpose, amendment, re-education.

Roberto Cornelli, *Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale / Societies change, does the punishment remain? Justice between excess in law and social ordering*

È possibile rinunciare alla pena come inflizione di una sofferenza? Ed è possibile garantire la tenuta dell'ordine in una democrazia senza un costante richiamo alla "forza di legge"?

In un percorso che lega la penalità alla forza necessaria alla preservazione dell'ordine e che tocca tanto l'aspetto simbolico-sacrificale della pena quanto la sua rilevanza nell'attività di ordinamento della società, s'intende discutere delle condizioni di praticabilità di una giustizia che rinunci alla forza del castigo come elemento imprescindibile per istituire la società.

Is it possible to give up punishment as infliction of suffering? And is it possible to guarantee the maintenance of order in a democracy without constant reference to the "force of law"?

In a path that links the penalty to the force necessary to preserve order and that touches as much on the symbolic-sacrificial aspect of punishment as on its relevance in the activity of social ordering, this paper will discuss the coercive nature of punishment and its function in maintaining order.

The aim is to outline some conditions in order to think about justice beyond the force of punishment as an essential element for establishing society.

Parole chiave / Keywords: pena, vendetta, forza, ordinamento, giustizia / punishment, vengeance, force, ordering, justice.

Roberto Bartoli, *Castigo: vendetta o giustizia? Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo / Chastisement: vengeance or justice? A reflexion on punishment from the perspective of constitutionalism*

Al di là dei miti e dei luoghi comuni, sempre di più emerge come pena e vendetta siano assimilabili, perché accomunate dall'esercizio della violenza, e come esse, di per sé considerate, siano strumenti idonei più all'eccesso e all'abuso che al limite. La vera svolta moderna della penalità quindi non è data tanto dal passaggio della violenza dalle mani private a quelle pubbliche, ma dall'affermarsi nel secolo scorso del "secondo" costituzionalismo, che, oltre a rendere legittima la violenza in quanto sottoposta a limiti e controlli, è anche a fondamento della giustizia riparativa, vale a dire di una giustizia tutt'altra rispetto a quella "vendicativa", proprio perché non più basata sulla violenza.

Beyond myths and clichés, it increasingly emerges that punishment and revenge are assimilable, because they are united by the exercise of violence, and how they, considered in themselves, are more suitable instruments for excess and abuse than at the limit. The real modern turning point of penalty is therefore not given so much by the passage of violence from private to public hands, but by the affirmation in the last century of the "second" constitutionalism, which, in addition to making violence legitimate as it is subject to limits, is also at the foundation of restorative justice, which is completely different from "vengeful justice", precisely because it is no longer based on the violence.

Parole chiave / Keywords: Castigo, pena, vendetta, costituzionalismo, diritto penale / Chastisement, punishment, vengeance, constitutionalism, criminal law.

Domenico Pulitanò, *Problema castigo e principio responsabilità / Punishment and responsibility*

Il castigo, l'applicazione della pena all'autore di reato, è coerente con la logica dell'ordinamento; non è il fine della tecnologia normativa che definiamo diritto *criminale/penale*. Fine primario è l'osservanza dei precetti, la prevenzione dei delitti. La responsabilità per l'inosservanza, che dovrebbe essere fondata su criteri stringenti è presupposto necessario del castigo; ma non sufficiente. La giustizia del castigo è un problema ulteriore rispetto al giudizio di responsabilità; possono venire in rilievo fatti successivi al reato, e anche il semplice scorrere del tempo.

The purpose of criminal law is not punishment of crimes, but prevention. Responsibility for the commission of a crime is necessary, but not the only prerequisite for punishment.

Parole chiave / Keywords: castigo, responsabilità, osservanza, tempo / Punishment, responsibility, compliance, time.

Ombretta Di Giovine, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali ed istinti emotivi / Crime without punishment? The need for penalty between rational motivations and emotional instincts*

La letteratura criminologica c.d. revisionista del secolo scorso ha denunciato che la presunzione di eguale libertà dei destinatari del precetto penale ridonda a scapito degli individui più svantaggiati dal contesto economico, sociale, familiare (oltre che dalla biologia).

Tale consapevolezza rende difficile il disingaggio morale del giurista contemporaneo, spingendolo a cercare soluzioni che mitighino tale ingiustizia, allentando o addirittura elidendo il nesso tra delitto e castigo. Sarebbe tuttavia un errore sottovalutare il c.d. “bisogno di pena” delle vittime e della società, che rappresenta il principale ostacolo sulla strada delle riforme del sistema sanzionatorio.

The so-called revisionist criminological literature of the last century denounced that the presumption of equal freedom of the recipients of the penal precept redounds to the detriment of the most disadvantaged individuals from the economic, social, family context (as well as from biology). This awareness makes the moral disengagement of the contemporary jurist difficult, pushing him to seek solutions that mitigate this injustice, loosening or even eliminating the link between crime and punishment. However, it would be a mistake to underestimate the so-called “need for punishment” of the victims and of society, which represents the main obstacle on the road to reforms of the sanctioning system.

Parole chiave / Keywords: Libertà, capacità morale, bisogno di pena, riparazione / Freedom, moral agency, need for punishment, restorative justice.

Andrea Francesco Tripodi, *L'idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee in materia di ne bis in idem / The idea of criminal sanction in the paths traced by the European Courts on ne bis in idem*

L'analisi, muovendo dalla nozione europea di materia penale, ha ad oggetto i riflessi sui caratteri della sanzione penale prodotti dalla giurisprudenza delle Corti europee in materia di *ne bis in idem*.

Moving from the European notion of criminal matter, the analysis deals with the impacts on the characteristics of the criminal sanction deriving from the ruling of the European Courts on the matter of *ne bis in idem*.

Parole chiave / Keywords: Ne bis in idem, sanzione penale, sanzione amministrativa, doppio binario sanzionatorio / Ne bis in idem, criminal sanction, administrative sanction, double-track punitive system.

Autori

Luigi Lacchè, Prof. ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: luigi.lacche@unimc.it

Umberto Curi, Prof. emerito di Storia della filosofia, Università di Padova, email: curiumberto@gmail.com

Adriano Prospero, Prof. emerito di Storia moderna, Scuola Normale Superiore di Pisa, membro dell'Accademia dei Lincei, email: adriano.prosperto@sns.it

Flavia Stara, Prof.ssa ordinaria di Pedagogia sociale, Dipartimento di Scienze della Formazione, dei Beni culturali e del Turismo, Via L. Bertelli 1, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: flavia.stara@unimc.it

Alfredo Verde, Prof. ordinario di Criminologia, Presidente della Società Italiana di Criminologia, Dipartimento di Scienze della Salute, Via de Toni 12, Università di Genova, 16132 Genova, Italia, email: a.verde@unige.it

Grazia Mannozi, Prof.ssa ordinaria di diritto processuale penale, Dipartimento di diritto, economia e culture, Via Sant'Abbondio 12, Università degli Studi dell'Insubria, 22100 Como, Italia, email: grazia.mannozi@uninsubria.it

Aglaia McClintock, Prof.ssa associata di Diritto romano e Diritti dell'antichità, Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi, Palazzo De Simone, Piazza Arechi, Università del Sannio, 82100 Benevento, email: aglaia.mcclintock@unisannio.it

Pierangelo Buongiorno, Prof. associato di Diritto romano e Diritti dell'antichità, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100, Macerata, Italia, email: pierangelo.buongiorno@unimc.it

Ettore Dezza, Prof. ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Corso Strada Nuova 65, Università di Pavia, 27100 Pavia, Italia, email: ettore.dezza@unipv.it

Michel Porret, Professeur ordinaire d'histoire, Département d'histoire générale,

Université de Genève, 24 rue du Général-Dufour, 1211 Genève 4, Confédération suisse, email: Michel.Porret@unige.ch

Floriana Colao, Prof.ssa ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Mattioli 10, Università di Siena, 53100 Siena, Italia, email: floriana.colao@unisi.it

Loredana Garlati, Prof.ssa ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo Nuovo 1, Università di Milano Bicocca, 20126 Milano, email: loredana.garlati@unimib.it

Roberto Cornelli, Prof. associato di Criminologia, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo Nuovo 1, Università di Milano Bicocca, 20126 Milano, email: roberto.cornelli@unimib.it

Domenico Pulitanò, Prof. emerito di Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo Nuovo 1, Università Milano Bicocca, 20126 Milano, Italia, email: domenico.pulitano@unimib.it

Roberto Bartoli, Prof. ordinario di Diritto penale, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Via delle Pandette 32, Università di Firenze, 50127 Firenze, Italia, email: roberto.bartoli@unifi.it

Ombretta Di Giovine, Prof.ssa ordinaria di Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Foggia, Largo Giovanni Paolo II, 1, 71121 Foggia, Italia, email: ombretta.digiovine@unifg.it

Andrea Francesco Tripodi, Prof. associato di Diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: andrea.tripodi@unimc.it

Quaderno di storia del penale e della giustizia

Tutti i numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono disponibili in *open access* nel sito della rivista e in quello dell'editore / Every issue is available in open access on the website of the journal and the publisher's: <riviste.unimc.it/index.php/qspg> - <<http://eum.unimc.it/it/>>

1 / 2019

La paura

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire

2 / 2020

Il dubbio

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, mass media e diritto di punire

3 / 2021

Il castigo

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



Francesco Migliorino

**Gli eroici anni trenta de
«La Giustizia Penale»**

**Lettere di Gennaro Escobedo a Giulio Andrea
Belloni (1931-1941)**



m eum

Journal of Constitutional History

Giornale di Storia Costituzionale

42

***Heads of State. The Authoritarian Dynamic
of Political Power in Romanian Constitutional History***
*Capi di stato: la dinamica autoritaria del potere politico
nella storia costituzionale rumena*

Cosmin Cercel
Fabio Corigliano
Giovanni Di Cosimo
Bogdan Dima
Valeria Ferrari
Mihai Ghițulescu
Manuel Guțan

Alexandra Alina Iancu
Bogdan Iancu
Stefano Malpassi
Dan Constantin Măță
Ulrike Müßig
Victor Rizescu
Răzvan Cosmin Roghină

2nd semester 2021

II semestre 2021

Romano Ferrari Zumbini
Giulio Stolfi
Lorenzo Carnimeo

Senato segreto

m eum biblioteca Giornale di Storia costituzionale



Eleonora Cappuccilli

La critica imprevista

Politica, teologia e patriarcato in Mary Astell

m eum biblioteca Giornale di Storia costituzionale



CENTRO INTERNAZIONALE DI STUDI GENTILIANI

SAN GINESIO (MC)

Alberico Gentili
*e lo *jus post bellum*.*
Prospettive tra diritto e storia

Atti del convegno della
XVIII Giornata Gentiliana

San Ginesio, 21-22 settembre 2018

a cura di Luigi Lacchè e Vincenzo Lavenia



eum edizioni università di macerata

