

Università degli Studi della Calabria
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca *Impresa, Stato e Mercato*

XX CICLO

TESI DI DOTTORATO

***TEORIA DELLA PENA E DIGNITA' DELLA
PERSONA***

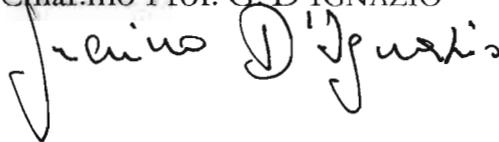
S.S.D. IUS/20

Supervisore
Chiar. mo Prof.
G.P. CALABRO'



Dottoranda
ELISA SORRENTINO

Coordinatore
Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO



INDICE

<i>Introduzione</i>	Pag. 4
CAPITOLO I : <i>Dharma e Logos</i>	
1.1 <i>Dharma e Logos</i>	Pag. 9
1.2 <i>L'idea di giustizia nel passaggio dall'ordine immanente a quello trascendente</i>	Pag. 12
1.3 <i>Le origini cristiane dell'idea retributiva</i>	Pag. 15
1.4 <i>La strada dell'autoriabilitazione</i>	Pag.18
CAPITOLO II :<i>La persona come essenza razionale indivisibile</i>	
2.1 <i>Il valore persona nell'ordinamento giuridico</i>	Pag.23
2.2 <i>L'identificazione della persona con il diritto</i>	Pag.25
2.3 <i>Persona ed essere umano</i>	Pag.27
2.4 <i>La natura individua della persona nella prospettiva Teologica dell'illuminismo</i>	Pag.29
2.5 <i>Cos'è la persona ?</i>	Pag.31
2.6 <i>La persona nella tradizione buddista</i>	Pag.34
2.7 <i>I diritti come delimitazione della sfera individuale</i>	Pag.37
2.8 <i>La dignità della persona nell'iter punitivo.</i>	Pag.39
CAPITOLO III : <i>Lo scopo della pena</i>	
3.1 <i>Le riforme dell'illuminismo penale</i>	Pag.44
3.2 <i>La nascita della prigione</i>	Pag.48
3.3 <i>L'influenza dei principi teologici sul sistema punitivo</i>	Pag.52
3.4 <i>L'invenzione del purgatorio</i>	Pag.58
3.5 <i>La pena come malum passionis propter malum actionis</i>	Pag.60

CAPITOLO IV: <i>Sul concetto di prevenzione</i>	
4.1 <i>Il dibattito sulla scuola classica e la scuola positiva</i>	Pag.63
4.2 <i>Prevenzione generale negativa</i>	Pag.66
4.3 <i>Prevenzione generale positiva</i>	Pag.67
4.4 <i>La special prevenzione</i>	Pag.68
4.5 <i>L'art 27 della Costituzione e le sue interpretazioni</i>	Pag.69
CAPITOLO V: <i>Gli attuali termini del dibattito</i>	
5.1 <i>Il fallimento del criterio rieducativo</i>	Pag.72
5.2 <i>Il potere di controllo nella prospettiva di M. Foucault</i>	Pag.73
5.3 <i>Il diritto penale minimo</i>	Pag.77
CAPITOLO VI: <i>La giustizia penale riconciliativa</i>	
6.1 <i>La mediazione penale</i>	Pag.80
6.2 <i>L'esperienza Francese</i>	Pag.84
6.3 <i>L'esperienza Italiana</i>	Pag.86
6.4 <i>Riflessioni a margine di una riforma</i>	Pag.91
6.5 <i>Mediazione come strumento tampone</i>	Pag.95
CAPITOLO VII : <i>Il superamento dell'ottica del contrappasso attraverso il risveglio della coscienza di sé</i>	
7.1 <i>La necessità di porsi degli interrogativi</i>	Pag.99
7.2 <i>La banalità del male</i>	Pag.101
7.3 <i>Il riconoscimento dell'altro nella via di mezzo della conoscenza</i>	Pag.105
7.4 <i>La meditazione Vipassana e i suoi effetti positivi negli istituti penitenziari.</i>	Pag.110
CONCLUSIONI	Pag.115
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	Pag.118

INTRODUZIONE

Oggi più che mai siamo costretti a prendere atto della profonda crisi che attraversa il sistema sanzionatorio. L'illusione di politiche alternative non ha prodotto, infatti, risultati convincenti. «La grave carenza e l'inadeguatezza dei servizi assistenziali hanno finito con l'accentuare le funzioni di controllo a discapito di quelle finalizzate ad un efficace reinserimento sociale»¹. In questo contesto il concetto di dignità della persona svanisce di fronte ad un sistema come quello penale che manifesta delle ragioni troppo forti per poter superare le tradizionali metodologie coercitive.

Da questo inconfutabile dato deve prendere le mosse, a mio avviso, la filosofia del diritto il cui compito non è solo quello di giustificare (o, negare) il fondamento del diritto di punire, quanto piuttosto quello di individuarne la *ratio essendi*, per cercare le possibili cause del problema e per offrire una possibile soluzione che abbia un carattere operativo e non solo teoretico. Tuttavia è necessario soffermarsi, preliminarmente, sull'analisi del concetto di *persona* e sull'importanza che lo stesso assume relativamente all'affermazione della dignità umana e alla rivendicazione dei diritti dell'uomo. Si cercherà di dimostrare che il concetto di persona e quello di pena manifestano, nella loro evoluzione, delle caratteristiche comuni e proveremo, pertanto, a verificare se le limitazioni e le violazioni che i diritti della persona subiscono, in relazione al potere coercitivo della norma penale, possano essere il risultato di un'ambiguità di fondo, insita nei concetti stessi, o di un marchio errore d'impostazione riscontrabile nella predominante cultura occidentale.

La concezione dualista che distingue l'uomo dalla persona, creata a immagine e somiglianza di Dio, e che contrappone il bene al male, il perdono al castigo, è una costante che ritroviamo in entrambi i concetti che, non a caso, trovano nel cristianesimo il maggiore riscontro teorico.

Dio è per i cristiani, come già per gli ebrei, l'Essere unico, l'Essere realissimo, origine e fine di tutto. Cessa, col Dio giudaico e cristiano, lo sminuzzamento delle divinità, proprio del politeismo. Perciò tutto deve essere ricondotto a Dio, tutto da lui deriva, tutte le cose ripetono da lui la propria essenza². In questo senso il concetto di persona acquista un'anima individuale, un nucleo metafisico indistruttibile ed un fondamento

¹ F. BRICOLA, *Le misure alternative della pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano 1977, p. 400.

² F. COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino 1928, p. 37.

etico³ che è volutamente indirizzato a distogliere il pensiero dall'uomo, e a concentrarsi solo su quel Dio di cui la persona è diretta espressione. In questo senso la persona si colloca al vertice dell'esistenza individuale,⁴ incrementando tutte quelle forme di individualismo e di egoismo che si sorreggono sul presupposto che esiste una netta distinzione tra il mio essere perfetto, perché ad immagine e somiglianza di Dio, e quello degli altri.

Attraverso il cristianesimo si consolida l'idea che non esiste potestà che non si fondi in Dio. Non sfugge a questo principio il diritto di punire, anzi l'attribuzione delle pene è una funzione specifica della divina giustizia⁵.

A questo punto ci soffermeremo sull'analisi delle diverse teorie che si sono storicamente sviluppate intorno al concetto di pena. Osserveremo come non possiamo prescindere da un orizzonte teologico che costituisce l'*humus* entro cui si sostanzia il nocciolo della teoria penale rappresentato dalla concezione retributiva⁶.

L'idea di un male inevitabile imposto, come nell'ottica del contrappasso, nei confronti di colui il quale con le sue azioni ha prodotto un male di pari intensità, emerge come

³ A. J. GUEREVICH, *La nascita dell'individuo nell'Europa medievale*, Roma -Bari 1996, p. 113.

⁴ V. POSSENTI, *La bioetica alla ricerca dei principi: la persona*. in *Medicina e Morale* 1992, p. 1087.

⁵ F. COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino 1928, p. 44.

⁶ Il concetto di retribuzione è assai antico: si suppone che intorno al 1700 a.C. viene promulgato il famoso codice di *Hammurabi*, re di Babilonia. L'opinione dominante parte dalla considerazione che l'idea retributiva affondi le sue radici nelle formulazioni vetero-testamentarie che richiamano espressamente la *lex talionis* "Colui che colpisce a morte un uomo causandone la morte sarà messo a morte" (Es. 21,12). Molti sono i riferimenti diretti e incontestabili al principio dell'occhio per occhio dente per dente offerti dal Vecchio Testamento in cui si ravvisa l'esistenza di un'esigenza retributiva, senza necessità di ricorrere a particolari operazioni ermeneutiche. Chi di contro sostiene l'impossibilità di rendere compatibili l'idea della retribuzione e le concezioni vetero-testamentarie afferma che pur essendo la retribuzione un principio formalmente proposto dal Vecchio Testamento in realtà, lo stesso, dovendo coesistere con il perdono usualmente ammesso in Israele, perde la brutalità e la rozzezza primitiva. Si veda a questo proposito in AA. VV., *Fondamento e funzione della sanzione penale nell'ordinamento giuridico in Filosofia e filosofia del diritto a Napoli nelle sue fonti europee*, Napoli 1999, pp. 278 282. Tuttavia, secondo la teologia biblica, esiste una innegabile relazione, tra il tema del perdono e quello del peccato. Il cristianesimo, ricollegandosi al giudaismo, fa del peccato una rivolta della volontà umana alla volontà di Dio, e tale rivolta non si manifesta solo con atti esterni, ma anche con pensieri e sentimenti. Il cristianesimo crea i termini *peccator* e *peccatrix*, termini che non esistevano nella cultura classica e che man mano che passava il tempo assumevano nella nuova civiltà un'importanza straordinaria. J. DELUMEAU, *Il peccato e la paura (l'idea di colpa in occidente da XII al XVIII secolo)* Bologna 1987, p. 348. Le pagine bibliche, nel rappresentare situazioni di peccato, propongono testimonianze di fede originate dallo stato di vita dell'uomo decaduto ed indicano la novità del messaggio biblico, soprattutto vetero-testamentario, nel raffronto con altre culture; vedi a questo proposito: *Peccato e redenzione dell'uomo* in *Filosofia e filosofia del diritto a Napoli nelle sue fonti europee*, Op., cit., p. 177. L'idea del perdono e della redenzione, e ancor di più il tema del peccato, determinano quella che sarà la concezione della pena retributiva dal cristianesimo in poi. Quando si parla di retribuzione in questo lavoro si fa esplicito riferimento a quel sostrato di motivazioni che spingono ad individuare una stretta correlazione tra il diritto e l'orizzonte teologico. L'idea di retribuzione come vedremo più avanti sorregge questo connubio facendo sì che il diritto non si palesi come una parziale rappresentazione della morale, ma come la sua piena espressione. Si veda a riguardo di G. MAGGIORE, *Diritto penale*, Bologna 1951, p. 18 e di G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo 1949, p. 118.

una costante. Secondo la chiave di lettura offerta in questa ricerca, è questa l'unica prospettiva in grado di reggere le fondamenta di un sistema come quello penale che necessita di capisaldi e di teorie che non lascino spazio a fughe ipotetiche.

Verranno messe in risalto le risposte e le alternative che nascono relativamente ad un sistema che mostra essere fallimentare rispetto ad una invariabile richiesta di sicurezza sociale da parte dei consociati e rispetto alla promessa di restituire soggetti recuperati socialmente seguendo le indicazioni provenienti dalle moderne costituzioni democratiche.

Anche quando si passerà ad analizzare le concezioni più possibiliste e più lontane dall'originario concetto di vendetta emerge, come vedremo, accanto all'ipotesi teologica, quel dualismo cartesiano, proprio della scienza occidentale, che rappresenta la chiave di lettura per comprendere l'esito aporetico delle diverse teorie.

Analizzeremo in questa parte il pensiero di Foucault che interpreta il ricorso alla punizione sempre e comunque alla luce delle funzionali istanze di controllo. Secondo il filosofo Francese la punizione mantiene sempre il suo volto che è del tutto speculare a quello di un potere che non identifica espressamente ma che, secondo la sua ottica, nel corso dei secoli, si regge e si fortifica grazie ad una sorta di un autopoietico torna conto personale. Secondo questa chiave di lettura tutte le evoluzioni dell'idea di punizione non sono il risultato di una progressiva evoluzione dell'idea di giustizia e delle ondate progressiste introdotte dall'illuminismo, ma sono il frutto di un calcolo razionale.

Anche quando ci troveremo ad analizzare gli strumenti di quella che viene definita *restorativ justice*, purtroppo non possiamo fare a meno di constatare come in realtà il condizionamento del premio da un lato e del castigo dall'altro sia troppo forte e come non ci si possa trovare di fronte a quelle scelte incondizionatamente spontanee e sentite che invece dovrebbero rappresentare il cardine e la particolarità delle suddette pratiche. La mediazione penale mira espressamente all'incontro emozionale tra la vittima e il reo con l'obiettivo di arrivare ad una comprensione e al superamento dell'evento o della causa che ha prodotto l'offesa. Tuttavia l'idea di poter evitare di entrare in contatto con il sistema penitenziario ha l'innegabile sapore di quel carattere premiale che, ancora una volta, avrà una funzione strettamente strumentale in un sistema in cui anche la paura del castigo continua ad essere vista come possibile deterrente.

Ma la storia del diritto penale ci dimostra che l'effetto deterrente della paura è estremamente labile e, non di rado, controproducente.

Se non si riesce a superare il negativo impulso di delinquere fino in fondo e attraverso un processo permanente questo è destinato a riemergere come dimostrano le analisi dei dati relativi agli altissimi casi di recidiva che vengono tuttora registrati.

Ovviamente anche la promessa del premio non può essere considerata come una mossa vincente laddove la mistificazione può avere un ruolo del tutto determinante.

Solo colui il quale decide di entrare realmente in contatto con la propria natura riuscendo a superare lo stesso concetto di persona e di individualismo potrà riconoscere l'altro in uno stato di totale compartecipazione e, difficilmente, sarà portato a delinquere nuovamente. Partendo da questo presupposto il superamento di una problematica tanto ostica richiede, a mio sommosso parere, una maggiore attenzione a quella visione della natura e dell'uomo propria della filosofia orientale⁷.

Infatti se ammettiamo in linea con quest'ultima che l'ordine sovrano delle leggi della natura è assoluto ed immutabile, ne deriva che il disordine ne è escluso, da sempre per sempre⁸. Il pensiero occidentale ha spinto il soggetto nell'entropia universale⁹ fino ad arrivare a considerare l'uomo, come ente, come storia, come processo e movimento che appare e scompare e questo tipo di approccio, prettamente meccanicistico e storicistico, non può non aver portato che ad una forma di nichilismo senza limiti.

Abbandonata ogni domanda fondamentale, congedata come generica, vaga, astratta, e comunque non operativa, forse per troppo tempo, si è ritenuto irrilevante interrogarsi su cosa sia l'uomo, il mondo o l'uomo nel mondo prediligendo una visione prettamente meccanicistica¹⁰. La ragione umana si limita, infatti, «a prendere atto di ciò che accade nel momento in cui accade, anzi, nel momento in cui osserva ciò che accade, nella sfiducia di poter cogliere qualcosa oltre il fatto, nella convinzione che il fatto non rinvii ad altro che a se stesso, non rinvii cioè a nulla di precedente, né di successivo, né tanto meno di ulteriore»¹¹. Da ciò l'esigenza di un approccio rispettoso di quelle tradizioni non occidentali di riflessione sull'esperienza¹² tradizioni, come quella buddista, che affermano l'importanza e la necessità di una riflessione olistica e globale ad ogni questione che riguarda l'uomo.

⁷ Cfr. G. TUCCI, *Storia della filosofia indiana*, vol. I e vol. II, Roma -Bari 1977 s.v. ancora di R. LINGAT, *La tradizione giuridica dell'India*, Milano 2003.

⁸ E. MORIN, *La natura della natura*, Milano 2001, pp. 33-34. Come scrive l'autore " il peso dei corpi, il movimento delle maree, la rotazione della terra attorno al sole, e tutti i fenomeni terrestri e celesti obbediscono alla stessa legge".

⁹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Terre*, Milano 1989, p. 113.

¹⁰ E. MORIN, *Op.*, cit., Milano 2001, p. 7.

¹¹ L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino 2002 p. 10.

¹² F. VARELA - E. THOMPSON- E. ROSSCH, *La via di mezzo della conoscenza*, Milano 1992, p. 45.

Arriviamo così all'ultima parte di questo lavoro in cui si porrà attenzione all'esperienza vissuta da alcuni detenuti nel carcere di Nuova Deheli in cui la meditazione intesa come tecnica di risocializzazione ha prodotto dei risultati sorprendenti riuscendo ad abbattere i tassi di recidiva del 70%¹³.

¹³ Cfr. K. BEDI, *La coscienza di sé*, Milano 2001.

CAPITOLO I

Dharma e Logos

1.1 Dharma e Logos

Secondo un'antichissima tradizione, comune ad indù e iraniani, il mondo non è il prodotto di un incontro casuale di elementi, ma è regolato da norme ed è sostenuto da un ordine necessario alla sua conservazione¹⁴. In epoca vedica¹⁵ le leggi fondamentali dell'universo vengono identificate con il *dharma*¹⁶ che sorregge e, allo stesso tempo, condiziona l'ordine cosmico.¹⁷ Il concetto di *dharma* riferito, inizialmente, all'universo verrà poi esteso e arriverà a comprendere il mondo morale allo stesso modo del mondo fisico, assumendosi come norma di condotta e, successivamente, come norma giuridica. Si ritiene, infatti, che essendo l'uomo in relazione con il cosmo non può esistere distinzione tra la legge morale e la legge "naturale". Il bene dell'uomo è il bene dell'universo e l'agire *dharmico* è proprio di chi comprende e concretizza nella propria esistenza tale relazione che, sola, dà senso all'operare umano. Le regole del

¹⁴ R. LINGAT, *La tradizione giuridica dell'India*, Milano 2003, p. 13.

¹⁵ Il periodo vedico approssimativamente inizia nel 2500 a.C. e dura fino al 600 a.C., il tempo corrispondente alla nascita dei Buddha. Le origini della tradizione Vedica, sono oscure ma si pensa siano da porsi in relazione con l'emigrazione, avvenuta nel subcontinente indiano, di un popolo di lingua indoeuropea, proveniente da nord-ovest, che si stabilì nella valle dell'Indo intorno al duemila a.C. Le scritture indiane li chiamano Ariani un nome che viene variamente tradotto come "itineranti" o "girovaghi". Il *dharma* si basa primariamente ed essenzialmente sul Veda, o per meglio dire, sulla Rivelazione. I testi vedici sono infatti testi rivelati, parole divine raccolte direttamente da alcuni cantori ispirati, i *Rsi*. Il Veda è costituito da quattro raccolte di inni. *Rgveda*, il *Samaveda*, lo *Yajurveda*, alle quali è stata aggiunta in epoca successiva l'*Atharvaveda*. Poiché costituisce la rivelazione raccolta direttamente dai veggenti (i *rishi*), il Veda si identifica pienamente con la conoscenza, contiene in sé la fonte e la giustificazione di ogni sapere: "*Veda* ha la stessa radice di *video*, che indica la visione in quanto strumento di conoscenza. Il perfetto che esprime un risultato acquisito, ha il senso di sapere". Si veda a questo proposito di A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dizionario etimologico della lingua latina*, Parigi 1932. Per un indù tutta la conoscenza deriva dal Veda che è la Conoscenza e di conseguenza il Veda è indicato unanimemente come la fonte primaria del *dharma*. Si veda a questo proposito di L. RENOU, *L'Inde classique*, 2 vol., Paris, 1947.

¹⁶ H. VON GLASENAPP, *Le religioni dell'India*, Torino 1963, p. 67. Il vocabolo *dharma* indica la religione; ma il suo significato si estende anche alla legge, alla giustizia, al dovere e in generale allude a ciò che è stabile e solido, derivando dalla radice *dhr* (sostenere, mantenere), a cui sono collegate le forme latine *firmus* e forma. Il *dharma* è "un [concetto] di larga portata [che] abbraccia l'intera vita dell'uomo. Esso si ricollega a un antico concetto vedico secondo il quale, come abbiamo visto, l'ordine cosmico è retto da una legge immutabile, che viene concepita sia come entità impersonale, a cui devono sottostare anche le divinità, sia come una potenza personale, dalla quale deriva direttamente la legge universale

¹⁷ R. LINGAT, *La tradizione giuridica dell'India*, Milano 2003, p. 13.

dharma esistono già prima di essere espresse¹⁸ e non sono la creazione di un Dio. Tali regole sono impersonali ed eterne, prescindendo completamente per la loro esistenza dall'autorità di una Divinità suprema, la cui essenza è negata¹⁹. Di conseguenza la promulgazione della legge giuridica, così come quella morale, non è opera della volontà libera di un Essere personale onnipotente, di un "Dio" che causi *ex nihilo* l'ordine, le leggi e le norme della realtà. Questa visione impersonale ed eternista dell'ordine cosmico accomuna l'India e la Grecia antica²⁰. Il concetto ellenico (stoico, platonico) di *logos*²¹, così come quello di *dharma*, esclude in radice la perniciosa categoria della "rivelazione". In Occidente così come in Oriente si ha una visione della vita non teista e non dualista secondo la quale l'uomo è in grado di giungere, partendo dal dato fattuale, ad una conoscenza certa, non soltanto delle leggi che reggono i fenomeni della natura, ma altresì di quelle che dovrebbero reggere la condotta umana²². Il *logos* e il *dharma* si apprendono attraverso una serie di proposizioni normative. Tali proposizioni non possono essere considerate né d'origine umana/personale, ossia enunciate in un determinato momento, né d'origine divina. L'ordine è oggettivo e inerente alla natura delle cose e gli dei ne sono solo i guardiani²³. Non esiste infatti, in Asia, un Dio che si proclami e proclami, o che proclami la legge, da un Sinai. Da ciò deriva, così come in Grecia, il prevalere di una conoscenza filosofico-sapienziale (analisi strutturale dell'essere, scoprimento esperienziale e argomentativi di significati) sul recepimento obbedenziale di un'asserita rivelazione divina e di decreti divini positivi²⁴. Questa visione caratterizza il pensiero filosofico in Oriente così come in Occidente per tutto il periodo che va dall'VIII al VI

¹⁸ R.LINGAT, *The Classical Law of India*, Thompson Press, New Delhi, 1973, p. 176.

¹⁹ M. PIANTELLI, *La storicizzazione del Dharma in India*, in *Concezioni del diritto e diritti umani confronti Oriente- Occidente*, in AA.VV. Atti del XXI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Salerno-Ravello, 1998, pp. 83-84.

²⁰ L. LOMBARDI VALLAURI, *Presentazione* in *La tradizione giuridica dell'India* di R. LINGAT, Milano 2003, p. VIII.

²¹ Cfr L. LOMBARDI VALLAURI, *Logos dell'Essere Logos della Norma*, Bari 1999.

²² M. PIANTELLI, *La storicizzazione del Dharma in India* in *Concezioni del diritto e diritti umani confronti Oriente- Occidente*, in AA. VV. Atti del XXI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Salerno-Ravello, 1998, p. 83. L'autore a proposito del *Logos* fa un diretto riferimento a quanto espresso da L. LOMBARDI VALLAURI, in *Logos dell'Essere Logos della Norma*, Bari 1999, pp. 115 ss.

²³ P. MASSON -OURSEL, *Esquisse d'une Histoire de la philosophie indenne*, Paris, 1923, pp. 35-36. Cfr L. RENOUE, *Op.*, cit., pp. 1152-1153.

²⁴ L. LOMBARDI VALLAURI, *L'Asia universo di pensiero*, in *Concezioni del diritto e diritti umani confronti Oriente- Occidente*, in AA.VV. in Atti del XXI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Salerno-Ravello, 1998, p. 25.

sec a.c.²⁵. Questo è, infatti, il momento in cui la filosofia ionica sposta l'attenzione dalle divinità pagane alla natura, seguendo un percorso liberatorio rispetto ad un medioevo primordiale, caratterizzato da un politeismo oppressivo ed egemone²⁶. In questo stesso periodo si affermano sia in Oriente che in Occidente nuove categorie nel pensare e nel sentire e, quindi, nell'agire della vita singola e associata degli uomini. Si verificano mutamenti profondi, si schiudono nuovi orizzonti alle civiltà esistenti²⁷. Questa è l'idea di Karl Jasper, quando parla di "era assiale", un'era in cui il filosofo riscontra una pluralità di similitudini tra culture che si sviluppano in territori geograficamente molto distanti e in alcuni casi tra loro sconosciute. In tutto il mondo l'uomo prende coscienza dell'Essere nella sua interezza, di sé stesso e dei suoi limiti, ponendo domande radicali. L'umanità fa un incredibile salto nell'approfondimento della conoscenza di sé operando una trasformazione globale a cui, sempre secondo Jaspers, si può dare il nome di "spiritualizzazione"²⁸. Ma questa visione si interrompe bruscamente, quando, partendo dai Platonici, attraverso gli Stoici, fino alla riflessione dei primi Padri della Chiesa, la *Lex Aeterna* viene pensata come qualcosa che solo la ragione rende possibile conoscere. E così, se il pensiero indiano continuerà ad anteporre il dominio dell'uomo su se stesso e a considerare come privi di forze spirituali e psichiche gli individui che vengono costretti al continuo ammonimento

²⁵ P.F. RONCONI, *Il Buddismo*, Milano 1994, p. 1. In tale periodo- scrive Ronconi- "si verificò quello che potremmo denominare un autentico terremoto spirituale in seno a tutte le civiltà superiori, dal bacino del Mediterraneo alla Cina. Prendendo come punto di riferimento storico l'illuminazione di Gautama Sakyamuni, avvenuta probabilmente nella primavera del 523 A.C.. abbiamo nello stesso periodo la fioritura di Pitagora da Samo, di Eraclito da Efeso e degli Eleati; nello stesso periodo insegnavano in Cina Confucio e Lao Tzu, e in Persia, secondo la credenza della chiesa mazdea, sarebbe vissuto l'ultimo Zarathushtra, attorno al VII se a. C. All'orizzonte politico-sociale abbiamo, in Roma, la fine della monarchia (509 a.C.); in Grecia l'instaurarsi di nuove concezioni politiche segna il tramonto delle antiche monarchie d'origine sacrale, mentre nel vicino Oriente declinano civiltà teocratiche come quella egizia e quella assiro- babilonese. Questi avvenimenti testimoniano un mutamento profondo che, come un'onda di marea, come un evento cosmico, percorre la coscienza di tutti gli uomini di quell'epoca. Questo fenomeno, si manifesta con lo sbocciare e il prevalere dell'intelletto logico-discorsivo, di contro all'intelligenza intuitiva che aveva prevalso nei secoli e nei millenni precedenti".

²⁶ P. D'AMICO, *Storia della Filosofia del Diritto*, Milano 2001, pp. 36-37. L'autore prosegue riferendosi in maniera più dettagliata alla scuola ionica di Talete, Anassimandro e Anassimene, scuola che pose attenzione sul mondo fisico, per scoprirne l'origine nella materia e negli elementi . [...] Dal mondo fisico tutt'uno armonico come concepito per natura il mondo politico e civile del tempo ne ricava un'immagine riflessa , una direttiva ideale per affermare il concetto di giustizia ed eguaglianza tra gli uomini, appunto, come equilibrio totale in sintonia con l'universo [...] Non è più la volontà superire degli dei a governare il mondo , bensì ' è il mondo umano che trova in se stesso le proprie leggi ,secondo armonica coesistenza di principi vitali .Tocca all'uomo ricercare leggi e principi, per attuarli in perfetta consonanza col mondo terreno, con gli elementi della natura fisica .Sull'argomento s.v. di L. GERNET, *Diritto e civiltà in Grecia antica*, Milano 2000.

²⁷ P.F. RONCONI, *Op.*, cit., p. 1.

²⁸ K. JASPERS, *Introduzione alla filosofia*, Milano 1959, pp. 98-99.

esterno delle leggi e delle sanzioni, il dominio delle leggi sugli uomini verrà considerato, in Occidente, come il fondamento etico-politico dello stato di diritto²⁹.

1.2 L'idea di giustizia nel passaggio dall'ordine immanente a quello trascendente

L'idea teocratica della legge, espressione della cultura ebraico cristiana, ripercorre, per poi rovesciare, le posizioni elleniche, reinterpretandole e facendole proprie al fine di giustificare scientificamente la nuova visione in cui la giustizia continua ad essere legata ad un ordine oggettivo ma non più "immanente" al mondo bensì "trascendente". La giustizia non risponde più alle leggi della natura ma viene indissolubilmente connessa all'idea della *Provvidenza divina*³⁰. Ed è così che *Lex divina* e *lex humana* si confronteranno lungo la successiva storia del pensiero occidentale tracciando delle linee indelebili. In questo, fu grande l'opera dei padri della Chiesa che riuscirono abilmente ad attuare un confronto con le ragioni di tutte le filosofie precedenti, in virtù della stessa pretesa di validità della fede cristiana generando un modo universalmente capace, sul presupposto della fede e del dogma, di assumere filosofie non esplicitamente cristiane preesistenti per riuscire ad esprimervi un pensiero sia teologico, che filosofico disponibile al Vangelo e ad esso rispondente³¹. Ne risulterà un vero e proprio dispiegamento di forze razionali rivolte alla costruzione di uno statuto scientifico della teologia, che si rafforzerà attraverso l'assimilazione degli elementi meno compromettenti del pensiero classico, cavalcando la scia di quella cultura greco-latina che aveva elaborato per lunghi secoli la sua alleanza con il paganesimo in maniera naturale ed inscindibile. La prima dimostrazione razionale dell'esistenza di un essere metaempirico, ossia "soprasensibile" e "trascendente", come "vera causa" dell'essere di tutte le cose, è frutto di una reinterpretazione della presocratica ricerca del principio primo da cui derivano tutte le cose. Rifacendosi al *Timeo* di Platone i

²⁹ P. COSTA - D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto* in *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002, p. 46.

³⁰ E. OPOCHER, *Analisi dell'idea della giustizia*, Milano, 1977, p.6.

³¹ A FABRIZIANI, *Tomismo ieri e domani*, Padova 2001, pp. 209-325.

filosofi medievali riprendono il concetto di *logos*³² incorporandolo, connettendolo al tema biblico della "parola di Dio". Nonostante la «seconda navigazione» portasse Platone, attraverso la scoperta del mondo delle Idee, a comprendere che la conoscenza delle realtà intelligibili e supreme è raggiungibile mediante il “ricordo”³³, la parola idea assumerà, nella speculazione patristica e scolastica, un significato diverso, traducendosi nei pensieri di Dio. Allo stesso modo le *Leggi*, risponderanno positivamente nella ricerca di un fondamento e di una giustificazione profonda e razionale per l’idea di legge rivelata³⁴. Ma quello di cui ci parla Platone, pur essendo “divino”, non è “Dio” nel senso di persona e il processo di crescita di consapevolezza che portava l’uomo a scoprirsi sempre più potentemente vicino a questa realtà, per l’ortodossia cattolica iniziò presto a rappresentare la minaccia di una dimensione religiosa eretica. Pertanto quando Tommaso d’Aquino, nel tredicesimo secolo, si farà sostenitore della opportunità di sostituire al pensiero platonico quello di Aristotele come fondamento della filosofia cristiana, lo potrà fare in considerazione del fatto che la Chiesa cristiana, nel corso dei secoli, ha perso il messaggio più genuino, esoterico, dei Vangeli riconoscendosi più facilmente nel dualismo aristotelico che non nel monismo platonico. E sebbene, anche la dottrina aristotelica, comunque interpretata, si scontrasse irrimediabilmente con la dottrina cattolica, il senso dell’unicità e dell’onnipotenza di Dio trovava conferma nella sua tesi filosofica del “primo immobile”³⁵. Il pensiero aristotelico diventerà nei secoli successivi la nuova forma di teologia che, in forma sempre più intollerante, si imporrà nei confronti di chi non si conforma alle posizioni sostenute dalla Chiesa di Roma. La ricerca filosofica si

³² PLATONE, *Timeo*, a cura di G. Reale, Milano 2000. Si veda a questo proposito di N. ABBAGNANO, G. FORNERO, *Fare filosofia, autori, testi, laboratorio*, vol. I, Milano, 1998.

³³G. REALE, *Storia della Filosofia Antica*, vol. II, Milano 1997 pp. 63-64, PLATONE, *Menone*, con introduzione di F. Adorno, Bari- Roma, 1997. Il *Menone* ed il *Fedone* sono gli unici dialoghi del *corpus* platonico che trattano esaurientemente la teoria della reminiscenza; gli altri dialoghi non la nominano affatto, ad esclusione del *Fedro*, che fa ad essa un breve, seppur importante riferimento. Si veda ancora Cfr. PLATONE, *Fedro*, a cura di G. Reale, Milano 1993, p. 182

³⁴ C. ALTINI, introduzione a L. STRAUSS, “*Le Leggi di Platone*”, Soveria Mannelli 2006, p. XIX. La fondazione filosofica della Legge è il luogo in cui giunge ad espressione il presupposto stesso dell’attività filosofica cui i filosofi medievali sono condotti da Platone, rispondendo a un problema platonico all’interno di uno sfondo definito da Platone, seppur radicalmente modificato, o ampliato, dall’irruzione della Rivelazione.

³⁵ Si veda a questo proposito il concetto espresso da Lungarni in L. LUNGARINI, *Aristotele e l’idea della filosofia*, Firenze 1972, p. 227, a proposito di una *scienza dell’essere in quanto essere*, cui compete il sondaggio di ciò che appartiene all’essere per se stesso, in quanto essere, a prescindere dalle determinazioni che lo caratterizzano in concreto. e a proposito dei principi costitutivi, quelli che lo fanno *essere*, e le proprietà che gli spettano in tutta la sua estensione, senza escludere alcun tipo di ente. Si veda inoltre di E. BERTI, *Aristotele: dalla dialettica alla filosofia prima*, Padova, 1977, p. 388.

concluderà in un vicolo cieco dove solo la fede in Dio può salvare, in un Dio che diventa assolutamente inaccessibile nella sua dimensione ultima. Un Dio che crea e giudica è un Dio che ci è più vicino, che possiamo in qualche modo pensare e, allo stesso tempo, temere. Così se le pratiche etico-estetiche dell'Antichità tendevano alla costituzione di una soggettività libera, intesa come l'esito dinamico e problematico di esperienze attive di conquista di una capacità di dominio di sé, la tradizione cristiana ha lasciato che la cura di sé finisse per essere profondamente alterata e ricodificata nei meccanismi della confessione e della direzione di coscienza: da un lato attraverso la verbalizzazione incessante, analitica e minuziosa delle proprie colpe, delle proprie intenzioni, dei propri pensieri e, dall'altro, mediante la costanza invalicabile ed imprescindibile del rapporto di obbedienza verso il confessore, il direttore spirituale, il superiore. Da Aristotele in poi attraverso gli scritti di S. Tommaso e attraverso l'influenza determinante della scolastica, la teologia occuperà il posto, a tutti noi noto, nel pensiero occidentale, proponendosi come riflessione razionale destinata, a partire dal cristianesimo, a fondare una fede con una vocazione universale istituendo «al contempo il principio di un soggetto cosciente in generale, un soggetto che trova in Dio il suo modello, il suo punto di compimento assoluto, il suo più alto grado di perfezione, e al suo tempo il suo creatore e proprio per questo il suo modello»³⁶. L'uomo, progressivamente, verrà sottoposto ad un'intensiva persuasione della propria colpevolezza³⁷ facilitando lo sviluppo di quel rapporto di dipendenza e di obbedienza che si instaura tra le pecore e i pastori³⁸. Per un verso, ne deriverà una progressiva oggettivazione della soggettività umana, intesa come una verità da scoprire, conoscere e giudicare; per un altro, ne conseguirà il consolidarsi della dipendenza dell'individuo da un'istanza eteronoma di potere-sapere che doveva dirigerlo per tutelarlo³⁹. Il Cristianesimo farà del peccato una rivolta della volontà umana alla volontà di Dio e tale rivolta si manifesterà con riferimenti diretti e incontestabili al principio *dell'occhio per occhio, dente per dente*, in cui è riscontrabile l'esistenza di un'esigenza retributiva senza necessità di ricorrere a particolari operazioni ermeneutiche. In questo senso emerge un esplicito riferimento a quel sostrato di motivazioni che spingono ad

³⁶ M. FOUCAULT, *L'ermeneutica del soggetto*, Milano 2003, p. 23.

³⁷ J. DELUMEAU, *Il peccato e la paura (l'idea di colpa in occidente da XII al XVIII secolo)* Bologna, 1987, p. 11.

³⁸ M. FOUCAULT, *Biopolitica e liberismo*, Milano 2001, p. 18-19.

³⁹ M. FOUCAULT, *Op.*, cit., p. 21-22.

individuare una stretta correlazione tra l'orizzonte teologico, tracciato dalla tradizione giudaico-cristiana, e l'idea di retribuzione.

1.3 Le origini cristiane dell'idea retributiva

Le diverse, e in parte opposte, concezioni della legge maturate in occidente vengono fatte oggetto di una potente sintesi mediatrice da parte dell'Aquinate secondo il quale vi sono la *lex aeterna*, la *lex naturalis*, e la *lex humana*⁴⁰ e, al di sopra di queste, sta la *lex divina*, che coincide con la legge positivamente rivelata da Dio e che si trova nelle tavole mosaiche e nei Vangeli. *Lex divina* e *lex aeterna*, cioè il programma e l'ordine voluto da Dio, sono assolutamente preminenti; e la legge positivamente dettata dai governi temporali (appunto la *lex humana*) non può mai infrangere i dettami del volere divino. Tuttavia l'uomo è in grado, attraverso l'uso equilibrato della propria ragione, di attingere i contenuti della legge naturale, sebbene questa sia parte integrante della legge eterna, in quanto essi sono conformi alla natura umana⁴¹. L'uomo, nella scoperta del diritto naturale, deve inevitabilmente muoversi seguendo i comandamenti dati da Dio attraverso la *lex divina*⁴² e secondo questa teocratica visione anche la pena giuridica si giustifica solo in una relazione ontologica con la pena cosiddetta naturale. Quest'ultima è, infatti, ricollegata al peccato da una sorta di necessità fisica, come se “naturalmente” il reato generasse la pena⁴³. Colui che pecca agisce al contempo contro la ragione, contro la legge umana, e contro la legge divina. Pertanto la pena inflitta dal

⁴⁰ Nota è la definizione tomista della legge umana: *ordinatio rationis ad bonum communem, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata* (*Summa Th.*, I-II, q. 90, a. 4).

⁴¹G. REALE - D. ANTISERI, *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, Brescia 1983, p. 432, «... tale *participatio legis aeternae in rationali creatura* si chiama *legge naturale*. In breve, gli uomini, in quanto esseri razionali, conoscono la legge naturale, il cui nucleo essenziale sta nel precetto per cui “si deve fare il bene e si deve evitare il male”. Bene è per l'uomo, come per ogni ente, la propria conservazione; bene è per l'uomo, come per ogni animale, seguire gli insegnamenti universali della natura: unione del maschio e della femmina, protezione e crescita dei piccoli, ecc. Bene è per l'uomo, in quanto essere razionale, la conoscenza della verità, il vivere in società, ecc.».

⁴²F. TODESCAN, *Metodo Diritto Politica. Lezioni di storia del pensiero giuridico*, Bologna 1998, p. 68. Secondo l'autore la dottrina tomista del diritto, postulando una pluralità di fonti normative, nega per ciò stesso ogni concezione monodimensionale del fenomeno giuridico; e la stessa relazione tra ragione secolare e Sacre Scritture, realizza una “concordanza” alquanto dialettica: la mutevolezza dei rapporti umani è, per ciò, chiaramente avvertita, anche se non del tutto accettata. Si veda anche di D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004, pp. 71 ss.

⁴³ M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino 1996, p. 161.

giudice, come forma di esercizio di giustizia commutativa⁴⁴, opera direttamente sul terreno della colpa riequilibrando lo scompenso che questa ha provocato nel mondo dei valori ma a Dio soltanto è riservata la giustizia definitiva, al termine del pellegrinaggio terreno. Le formulazioni vetero-testamentarie non lasciano adito a dubbi circa la compatibilità del cristianesimo con l'idea retributiva. E' scritto che "colui che colpisce a morte un uomo causandone la morte sarà messo a morte" (Es 21, 12). Questo precetto, pur rappresentando la necessità di prevenire fatti delittuosi, evidenzia un'esigenza retributiva, difficilmente confutabile, che esclude la volontà di rieducazione⁴⁵.

La prospettiva cambia nel Nuovo Testamento, dove la vita e la morte di Gesù vengono contrassegnate dalla nonviolenza. Il suo presentarsi come esempio in quanto «mite (*prays*) e umile (*tapeionos*) di cuore» (Mt 11,29) è sigillo di una vita, modello di una sequela e riproposizione della promessa secondo cui saranno i miti a ereditare la terra (Mt 5,5; Sal 37, 11). Nella sua passione Gesù mette in pratica gli insegnamenti del Discorso della montagna di non resistere al malvagio (Mt 5,39) e di pregare per i propri persecutori (Mt 5,43). Per questo, imponendo di rimettere la spada nel fodero, rifiuta di essere difeso dalla spada umana o angelica (Mt 26,51-54) e muore in croce pregando il Padre di perdonare i propri uccisori: « Padre perdonali, perché non sanno quello che fanno» Sal 22,19). La scelta di non opporre violenza a violenza, rifiutando il principio dell'«occhio per occhio»(Es 21,4), non è l'invito ad una sorta di passività verso il male, bensì l'invito espresso con grande forza, a non ripetere verso l'aggressore la logica della sua stessa azione ritenendolo destinatario di un atteggiamento di prossimità. «Avete inteso che fu detto: "Occhio per occhio e dente per dente", ma io vi dico di non opporvi al malvagio; anzi se uno vi percuote la guancia destra, tu porgigli anche l'altra» (Mt 5,38-39). Tuttavia, nonostante gli insegnamenti di Cristo mitighino fortemente il messaggio vetero-testamentario, le norme giuridiche ispirate alla logica retributiva riflettono consuetudini diffuse e troppo radicate in un ben preciso contesto storico. Per di più la potenza del sacro e il timore del castigo divino, attraverso il confronto con categorie come quella di legge, colpa e punizione, hanno incrementato la forza di un discorso comunemente accettato dal popolo ebraico. E sebbene il risultato, dal momento in cui il suddetto confronto è trasferito in un ambito religioso che vuole porre al proprio centro la misericordia, è inquietante ed angoscioso, neanche il Messia potrà mai

⁴⁴ S. TOMMASO, *Summa Th.* II a IIae, q.61, a 4, citata da M. RONCO *Op.*, cit., p. 165.

⁴⁵ L. DI SANTO - A. LUONGO - C. MARIN - A. MELILLO - P.F. SAVONA - L. ZAVATTA, *Filosofia e Filosofia del diritto a Napoli nelle sue fonti europee*, Napoli, 1999, p. 278.

rinnegare la forza coercitiva della punizione divina. Se la misericordia si estende su tutti, persino i nemici, se il Padre fa piovere in modo uguale su giusti ed empi (Mt 5,45) è legittimo riscontrare una forte contraddizione poichè è allo stesso tempo contemplato che il peccatore deve soffrire, patire o morire. Ma allo stesso tempo se consideriamo che nel disegno Divino esiste un legame indissolubile tra colpa e punizione e, che in forza di questo si può credere che Egli possa anche capovolgere quel nesso in qualcos'altro di segno opposto, otterremo come risultato che se cade la dimensione della colpa viene meno di per ciò stesso anche quella della misericordia e del perdono.

Di conseguenza la minaccia del castigo, per essere davvero tale, deve essere udita e accolta come condizione indispensabile. Solo in questo senso può incidere sulla realtà evitando che la forza del disegno Divino sia destinata irrimediabilmente a languire.

Vi sono almeno due atti, dal sapore profetico, in cui si può prospettare un Gesù che attua e non che subisce violenza. La maledizione del fico e l'azione nel Tempio indicano, infatti, l'irrompere di un evento violento e distruttivo affidato all'azione divina⁴⁶. Secondo il vangelo di Marco, il giorno dopo il suo ingresso in Gerusalemme tra grida di osanna (Mc 11,7-11) Gesù è a Betania. Da lì risale verso la città in cui sorge il Tempio; durante il cammino gli viene fame; vedendo un fico carico di foglie vi cerca dei frutti ma non ne trova «poiché non era la stagione dei fichi» (Mc 11,13). Allora Gesù rivolge a quel fico parole di dura maledizione (Mc 11,12-24).. Poi il Maestro si reca al Tempio dove scaccia venditori e compratori, capovolge rovescia banchi e sedie, infine esce dalla città. Il giorno dopo i discepoli vedono l'albero disseccato fin dalle radici. Lo fanno notare a Gesù e questi risponde additando la potenza straordinaria della fede che tutto può ottenere(Mc 11,20-25). L'episodio del fico maledetto incornicia l'atto del Tempio. La pianta seccata, esempio unico di miracolo compiuto da Gesù al fine di distruggere e non di risanare e l'appello alla potenza della fede in esso contenuto, invitano a vedere in quel fico la forza del preannuncio profetico. Quando ne scaccia i mercanti il Maestro ribadisce la vocazione profetica del Tempio di esser casa di preghiera per tutti i popoli (Mc 11,17; Is 56,7) poco dopo ne avrebbe però annunciato la distruzione (Mc 13,2).

Dal momento in cui si contempla la separazione tra chi accetta il buon annuncio e chi lo rifiuta si fortifica il profondo senso di colpa dell'uomo decaduto nel peccato, generando una vergogna per la trasgressione del divieto che insorge in lui come

⁴⁶ E.P. SANDERS , *Gesù e il giudaismo*, Genova 1992, pp. 83-105.

concupiscenza e brama insaziabile per una cesura del rapporto che lo lega a Dio⁴⁷. Ed in questo modo il peccatore riconoscerà come giusta la pena inflittagli dall'autorità cui in terra è stato concesso di esercitare il potere conferitogli da Dio. Questo è il risultato di un' espressione simmetrica, che sorregge la logica dell'«occhio per occhio», la quale proietta antropomorficamente su Dio procedure che derivano da un sistema che necessita della duale contrapposizione tra buoni e cattivi, tra bene e male per riuscire a sorreggersi. Pertanto, sebbene la lunga serie dei cosiddetti salmi imprecatori⁴⁸ che chiedono una vendetta definitiva contro i nemici, sembra appartenere a un universo tutto differente da quello in cui si impone di amare i nemici e di pregare a favore dei propri persecutori è necessario tenere presente che il linguaggio di Gesù non può segnare una cesura con la parola di Dio che è e resta quello dell'Esodo. Pertanto attraverso la rivendicazione costante dell'importanza che assume la discriminante radicale dell'azione umana, che merita premio o castigo a seconda che sia posta per Cristo o contro di Cristo l'espiazione della colpa non può che risolversi attraverso una giusta, in quanto Divina, retribuzione.

1.4 La strada dell'autoriabilitazione

Il significato che si attribuisce al binomio colpa-punizione ha nelle tradizioni giuridiche dell'India, così come nell'Antichità classica, un valore diverso da quello che si sviluppa in Occidente quando, come sostiene Foucault, con il Cristianesimo si passa, attraverso la religione del testo, l'idea di una volontà di Dio e il principio di un'obbedienza, da una morale che era essenzialmente ricerca di un'etica personale ad un sistema di regole⁴⁹. Il passaggio dall'Antichità al Cristianesimo allontana l'uomo dalla ricerca di quella libertà individuale che solo una profonda ed incondizionata comprensione delle proprie azioni può determinare. Diversamente, demandando l'esistenza e il fine dell'umanità, nel ricongiungimento con l'Essere supremo si determina una visione duale⁵⁰ che

⁴⁷ Cfr. N. JAGER, *Il diritto nella Bibbia. Giustizia individuale e sociale nell'Antico e nel Nuovo Testamento*, Assisi 1960.

⁴⁸ E. BIANCHI, *I salmi imprecatori Parola Spirito e Vita*, 21, (1990). p. 88.

⁴⁹ M. FOUCAULT, *Biopolitica e liberismo*, Milano 2001, pp. 21-22.

⁵⁰ Diversamente l'Oriente fa pensare sempre di più a una coappartenenza tra immanenza e trascendenza, o meglio a una trascendenza entro l'immanenza, allo spirito entro il corpo, a un divino come anima del mondo, facendo riflettere in maniera nuova e assai decisa, sulla possibilità di superare un modello dicotomico. Per un approfondimento sul tema Cfr A.N TERRIN, *L'Oriente come l'altra anima dell'Occidente*, in *Hermeneutica*, Annuario di filosofia e teologia fondato da Italo Mancini, nuova serie, 1999, pp. 303-344.

deresponsabilizza l'uomo da se stesso⁵¹. Il colpevole, infatti, è spinto al ripensamento delle proprie azioni attraverso il timore di una punizione. Del resto, l'esigenza che un atto esterno ponga un limite alla pulsione interiore e la convinzione che questo possa inquadrare in modo determinato e certo la capacità distruttiva dell'uomo, risponde all'idea di pena così come è intesa dal nostro sistema di diritto. In tale sistema il principio di retribuzione appare essere un principio originario, inerente agli impulsi, ai sentimenti, al pensiero e all'agire dell'uomo, che determina non soltanto la relazione al torto, ma costituisce altresì il fondamento di tutto il traffico giuridico nel rapporto di correlatività tra prestazione e controprestazione⁵². Ma Adimanto, in un dialogo sostiene, che l'idea di giustizia non è adeguatamente apprezzata se si continua a riferire solo alla ricompensa del bene e alla punizione del male. Pertanto, se si deve raccomandare a sufficienza la giustizia, la si deve rappresentare senza nessun riferimento alla retribuzione⁵³. I classici ritengono, infatti, che solo l'uomo che supera il conflitto tra la morale convenzionale e le sue spinte pulsionali, diventa libero nella propria profondità, edifica la sua personale scala di valori, la sua morale autonoma, la sua coscienza e la sua consapevolezza. Se egli diventa buono, questo è solo perché ha deciso di esserlo riconoscendo liberamente, che il centro del "governo della legge" è l'autodisciplina; è, in altre parole, l'esercizio del potere che nella prospettiva ellenica così come in quella che attribuisce valore normativo al *dharma* richiede una profonda relazione col sé, attraverso l'acquisizione della verità in questo mondo e non in un altro⁵⁴. Pertanto, nei dialoghi di Platone la pena si assume come un dovere morale da parte del colpevole che rivolgendosi al giudice al pari di un medico riconosce alla stessa un carattere medicinale e terapeutico in quanto naturale. In forma del tutto coerente con un pensiero diffuso che ricongiunge il logos all'ordine naturale delle cose l'uomo è, infatti, perfettamente consapevole che ad ogni azione corrisponde un'altra azione di pari intensità rispettando

⁵¹ Sono interessanti a questo proposito le tesi di Gauchet che nel suo libro *Il disincanto del mondo*, mette in evidenza come la storia delle religioni sia stata una progressiva alienazione dell'uomo nata da quel primo sdoppiamento circa l'origine e il senso della vita. L'uomo secondo l'autore si sarebbe consegnato nelle mani di un "altro", di un'alterità che ha fatto collassare totalmente la sua autonomia. Questo depauperamento si sarebbe poi mantenuto costantemente nella storia, anche se via via avrebbe rivestito forme diverse nei diversi contesti sociali. L'uomo così sarebbe stato condotto verso progressive e reiterate forme di organizzazione socio-politica basate sempre di nuovo su un'espropriazione, come rinuncia ai propri poteri fondamentali e dunque, spinto coscientemente o inconsciamente alla deriva da questa miseria, non sarebbe mai stato capace di costruire una storia del mondo in proprio. Cfr M. GAUCHET, *Il disincanto del mondo. Una storia politica della religione*, Torino, 1994.

⁵² M. RONCO, *Op.*, cit., p. 177.

⁵³ PLATONE, *Repubblica*, 362d ss. in *Dialoghi politici e lettere*, a cura di F. ADORNO, Torino 1970, vol. 1, pp. 257 ss.

⁵⁴ Cfr. M. FOUCAULT, *La cura di sé*, Milano 1985.

la legge fisica di causa ed effetto. La negatività prodotta da un'azione malvagia nei confronti di un'altra persona, secondo questa visione, inevitabilmente avrà dei riscontri negativi dei quali non risponde unicamente la vittima ma anche il colpevole. Il voler ricorrere alla punizione, in questo senso, equivale ad una richiesta di aiuto al fine di ritrovare in sé e non al di fuori di sé la verità perduta. In questo si riscontra una funzione rieducativa che opera in forma efficace dal momento in cui l'uomo percepisce e si sente parte integrante dell'ordine cosmico. Si esclude, pertanto, ogni forma di assimilazione a quel principio di retribuzione che si palesa come *bonum* in sé e che non trova giustificazione al di fuori di se stesso. Nessuna reale comprensione dell'accaduto e nessun ravvedimento potrà esserci, infatti, dal momento in cui la paura e il senso di colpa determinano le scelte di un uomo. Il senso del peccato e il suo contraltare rappresentato dal premio che deriva dal pentimento, allontanano l'uomo dalla possibilità di riconoscere la propria responsabilità e di intraprendere, pertanto, un cammino di consapevolezza e di conoscenza. Un sistema basato sulla paura e sul senso di colpa che rende l'uomo ancora più vulnerabile, ha un unico scopo, quello rintracciato da Foucault, e cioè, creare una "massa di pecore" che segua senza farsi troppe domande il percorso imposto dal pastore. e in cui nessun carattere rieducativo né tanto meno risocializzante può essere riscontrabile. Pertanto, nel momento in cui si tenta di attribuire una finalità derivata, nell'utilità che l'intero corpo sociale trae dall'esempio secondo una prospettiva generale preventiva o nel riconoscimento della dignità di uomo che si realizza solo ove si veda soddisfatto un discutibile diritto ad essere puniti, è possibile cogliere tutte le sfumature di una contraddizione in nuce ed in itinere che avvolge il concetto di retribuzione qualora lo si volesse percepire in una prospettiva che non sia unicamente quella di mantenere il potere religioso e politico attraverso una forma di coercizione che opera congiuntamente sul piano fisico e su quello morale. Equiparando, pertanto, il concetto di retribuzione, così come è inteso dal cristianesimo, con l'antico principio del contraccambio o dell'equivalente pitagorico, si rischia di sottovalutare il radicale cambiamento di prospettive e di vedute che il cristianesimo ha portato nella storia dell'uomo e nel pensiero giuridico occidentale. Diversamente dalle tradizioni occidentali in cui la forza vincolante della legalità ha un posto centrale, in quelle dell'India classica, il nucleo del governo della legge è costituito dall'autorità di ciò che è chiamato *dharmā*⁵⁵ e ogni forma di deviazione dallo stesso è considerata causa di

⁵⁵ R.LINGAT, *The Classical Law of India*, Thompson Press, New Delhi 1973, p. 258.

disordine e anarchia⁵⁶. Nelle tradizioni di riflessione e di pratica iniziate dai *Veda*, l'instaurazione dell'ordine della vita pubblica va, infatti, di pari passo con l'ordine nella vita del sé⁵⁷. Il medesimo inscindibile rapporto si ritrova anche nella prospettiva ellenica in cui l'idea della giustizia è indissolubilmente legata al concetto di armonia universale nell'ambito di un'assoluta unità tra necessità fisica e necessità morale⁵⁸. Così, in forma del tutto analoga, l'imperativo dell'autodisciplina da parte dei governanti che nella tradizione classica riceve la sua forza dal *logos* che vive nell'anima del governante e che non lo abbandona mai⁵⁹, nelle tradizioni giuridiche dell'India segue la via del *dharma*. In questo senso, il diritto a sanzionare presuppone il riconoscimento di un dovere morale del cittadino a non sottrarsi al potere del *dharma* e di conseguenza di non sottrarsi all'opportunità che gli viene offerta per poter ristabilire l'ordine violato. Nelle antiche tradizioni precristiane il diritto a sanzionare è un mezzo di conoscenza degli uomini nei loro reciproci rapporti e nel loro essere *in societate*⁶⁰, prima ancora di essere uno strumento di governo. Si evidenzia, pertanto, in entrambi i contesti la relazione con una realtà rigorosamente conoscitiva, epistemica e mutevole in cui la sanzione ha una funzione ad essa connaturata. Platone, infatti, riconosce alla legge un carattere del tutto naturale e ne esclude la violenza⁶¹, affermando che in nessun caso va commessa azione immorale e neanche chi la subisce dovrà ricambiarla, come invece crede la moltitudine⁶². Del resto, se l'idea di giustizia non è da affidare ad un contesto morale, bensì metafisico, volto alla ricerca delle cause prime da cui ogni cosa dipende⁶³, la pena ha motivo di esistere, solo se è in questo senso indirizzata. La legge nel diritto indiano classico regola l'attività umana a cui tutti sanno che nessuno può fuggire sebbene la stessa non abbia un potere vincolante e coercitivo, si pone in avanti, mostra la via che ciascuno dovrebbe seguire, ma non la impone⁶⁴. L'intelligibilmente necessario si

⁵⁶ Cfr. A.K. GIRI, "Il 'governo della legge' e la società indiana. Dal colonialismo al postcolonialismo", in P. COSTA- D. ZOLO, *Op.*, cit., p. 711.

⁵⁷ Ciò richiede all'individuo di vincere l'avidità, la passione e l'egoismo nella propria vita e di sviluppare la capacità di mettersi nei panni altrui e di concepire il bene pubblico Cfr. A.K. GIRI, *Op.*, cit., p. 711.

⁵⁸ E. OPOCHER, *Analisi dell'idea della giustizia*, Milano, 1977, p. 5.

⁵⁹ Si veda a questo proposito di M. FOUCAULT, *La cura di sé*, Milano 1985.

⁶⁰ PLATONE, *Il Minosse o della legge*, a cura di C. SBAILÒ, Macerata, 2002, p. XCVII. Non ha poi grande importanza che il termine *nomos*, presente nell'originale greco, sia significativo piuttosto del diritto in genere: anche la legge, infatti, è, o crea, diritto. Sulla legge come scoperta dell'essere vd. le osservazioni di E. OPOCHER, *Op.*, cit. pp. 111 ss., che nota la divergenza tra la funzione assegnata alla legge nel dialogo platonico e l'idea contemporanea (ma non nuova) per cui la legge è manifestazione di volontà tesa al mutamento, non al riconoscimento, dell'ontologia dei rapporti umani.

⁶¹ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Torino 2005, p. 41.

⁶² PLATONE, *Apologia di Socrate*, Milano 1994, p. 198.

⁶³ M. HEIDEGGER, *La dottrina platonica della verità*, Milano 1987, p. 182.

⁶⁴ R. LINGAT, *Op.*, cit. pp. 257-8

manifesta per definizione all'intelligenza e non all'obbedienza, escludendo una comunicazione di tipo autoritario⁶⁵. Si ritiene, infatti, che il tentativo personale di vincere le passioni per potersi realizzare, debba avvenire all'interno di un sistema politico e sociale coerente, che renda possibile il "reciproco adeguamento"⁶⁶ dei due elementi (struttura politico-sociale e singolo individuo). Si esclude, pertanto, la mera conformità esteriore in forza di un rapporto intenso e dinamico di mutua salvaguardia, che si stabilisce a un livello assoluto, intimo e profondo. Di fronte ad un delitto, Buddha prescrive di fare ammenda, invitando il praticante nella fede a confessare i propri sbagli, ricordando che la buona volontà, nel raccontare le proprie infrazioni, è fattore essenziale nel progresso lungo il cammino. «È crescita nella disciplina di una Persona Nobile- Egli dice- vedere una trasgressione propria come una trasgressione, fare ammenda per questa in accordo con il *dharma*, e compiere restrizioni nel futuro»⁶⁷. È importante precisare che la confessione dello sbaglio, in questo caso, non assume il valore di assoluzione o di perdono. Questi concetti non appartengono, infatti, alle tradizioni dell'India in cui la confessione non è espressione di pentimento ma è il segno di una crisi interna da cui ha principio l'annullamento delle conseguenze dell'errore. Il processo di liberazione è tutto interiore⁶⁸. «Da noi stessi si evita il male – diceva Buddha- e non possiamo essere purificati da un altro»⁶⁹. Nelle tradizioni giuridiche dell'India, l'idea di giustizia entra a far parte di un unico modello integrato, cosmico- religioso- etico- giuridico-sociale, in cui tutto è *dharma*. In questa prospettiva la sanzione auto-riabilitativa è considerata come la più alta in ordine di dignità etica in quanto promana dallo stesso colpevole che deve emettere e adempiere il voto *dharmicamente* prescritto per la sua emenda⁷⁰.

⁶⁵Ibidem.

⁶⁶Cfr. A K. GIRI, *Op.*, cit., p. 711.

⁶⁷K.E. NEUMANN - G. De LORENZO, *I discorsi di Gautama Buddha del Majjhimanikayo*, Bari, 1916, 3 volumi. Il discorso di Buddha riportato è il n. 140 del Majjhima Nikaya o "Discorsi di media lunghezza" (in lingua Pali *majjhima* = 'medio'), e' il secondo dei cinque *nikaya*(raccolte) del Sutta Pitaka, la collezione di discorsi, attribuiti al Buddha e a pochi suoi discepoli scelti, che contengono tutti gli insegnamenti fondamentali secondo il Buddhismo Theravada.

⁶⁸F. BECONCINI, *Il Patimokka*, in *Concezioni del diritto e diritti umani confronti Oriente- Occidente*, Di AA.VV. Atti del XXI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Salerno-Ravello, 1998, p. 249.

⁶⁹P. F. RONCONI *Dhammapada*, in *Canone buddista. Discorsi brevi*, Torino, 1968, p. 165.

⁷⁰Ibidem.

CAPITOLO II

La persona come essenza razionale indivisibile

2.1 Il valore persona nell'ordinamento giuridico.

L'accoglimento dei valori della persona è, nel nostro ordinamento giuridico, il primo atto di una comunità politica e costituisce un primo gruppo di beni appartenenti per ciò stesso al bene comune.⁷¹

Tuttavia il discorso sulla persona cambia prospettiva a seconda che la sua tutela rientri in una concezione in cui si attribuisce all'interesse dello Stato una posizione primaria o si rientri, viceversa, in una gerarchia di valori in cui primario è l'interesse dell'individuo e in cui di conseguenza lo Stato costituisce soltanto lo strumento per attuare l'interesse individuale⁷². Inevitabilmente tutte le volte in cui l'interesse dello Stato si pone al di sopra di tutto, anche il valore della persona e la sua relativa tutela avrà un ruolo di secondo ordine. Lo Stato, in questo caso, consente infatti, che «talune forme di tutela della personalità si esauriscano in quelle del soggetto nei confronti di altri soggetti simili ma non nella tutela della persona nei confronti dello Stato»⁷³. Al contrario in una concezione in cui la persona si trova «in una posizione primaria rispetto all'interesse della collettività, lo Stato costituirà il mezzo mediante il quale il soggetto può effettivamente realizzare se stesso»⁷⁴. Questa seconda ipotesi segna la nascita dello Stato sociale di diritto in cui la persona si assume come valore fondante che trova, all'interno dell'ordinamento, la sua tutela e la sua realizzazione⁷⁵. Questa è la risposta alla crisi del XX sec., è l'eco che risuona con forza all'indomani di Auschwitz⁷⁶ inteso come evento simbolo in cui l'ordinamento giuridico si piega ad esercitarsi contro l'uomo.

⁷¹G. GONELLA, *La persona nella filosofia del diritto*, Milano 1959, p. 162.

⁷²P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino 1982, p.13.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵A livello costituzionale è ravvisabile il collegamento della soggettività ad ogni persona fisica. La soggettività entra nel novero dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo (2 cost. – italiana –). La qualità di uomo si presenta come condizione imprescindibile affinché l'ordinamento possa assegnare la qualifica di soggetto di diritto: l'appartenenza al genere umano costituisce requisito necessario e al tempo stesso sufficiente ai fini del conferimento della soggettività e non sono ammesse (31 cost.) distinzioni di sorta tra individuo e individuo. Perciò la capacità-soggettività non può essere eliminata per alcun motivo, neanche di natura politica (22 cost.) P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli 1997, pp. 115-116.

⁷⁶ Cfr. G.P. CALABRÒ, *Il processo di Norimberga fra diritto naturale e giustizia politica*, in A. TARANTINO - R. ROCCO, *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano 1998, pp 109-111.

Il sistema dei diritti della persona come *valori* supremi, consente, da questo momento in poi, di cogliere l'orizzonte costituzionalistico della stessa democrazia pluralistica, facendo intravedere, così, quella *filosofia giuridica* che sottostà alle costituzioni contemporanee, filosofia che emerge e che si attiva, in particolare, nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali⁷⁷. Con la stesura della Dichiarazione del '48 e delle moderne Carte Costituzionali la dignità della persona si consolida, infatti, come fondamento democratico in forma congiunta al tema della libertà. In questo contesto i diritti umani fondamentali, cioè il diritto alla vita⁷⁸, il diritto alla libertà, che confermano la struttura ontologica della persona umana e i diritti costitutivi della sua dimensione sociale, che le consentono di affermare un'esistenza dignitosa, consolidano la consapevolezza dell'inviolabilità degli stessi⁷⁹. Ed infatti «in tutte le democrazie costituzionali del mondo occidentale i diritti dell'uomo verranno considerati come “diritti fondamentali”, diritti, cioè, che costituiscono il nucleo centrale, la ratio, il *principium essendi ac operandi* dell'intero ordinamento»⁸⁰. In questo contesto viene riconosciuto, in altri termini, l'esistenza di un *quid* che rende l'uomo indisponibile da parte degli altri. Ed ogni limitazione nei confronti del valore persona è giustificata solo se tende al suo sviluppo⁸¹. Si impone una risposta concreta che fa del principio personalista così come è desumibile dall'ordinamento, e segnatamente [...] dalle norme costituzionali, un «principio generale», che non può non influenzare l'attività di produzione normativa, legislativa o giurisprudenziale⁸².

Ed è in questo senso che «lo sviluppo della persona, costituisce, l'asse attorno a cui ruota l'art 2 della nostra Costituzione che innerva altresì l'intero ordinamento»⁸³

⁷⁷ G.P. CALABRÒ, *La tutela dei diritti della persona: parametro di legalità costituzionale e grundnorm dell'ordinamento giuridico* in AA.VV., *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*. Lungro - Cosenza 2000, p. 16.

⁷⁸ Il diritto alla vita è come osserva Calabrò «il diritto ad essere persona. Tra persona e vita vi è dunque un legame strettissimo, che incide profondamente non solo sull'ordine morale, ma anche su quello giuridico, in particolar modo se lo si considera all'interno del sistema a democrazia pluralista». G.P. CALABRÒ, *Diritto alla vita, principi costituzionali ed interpretazione per valori*, in *Medicina e Morale*, Roma 1997, si veda anche *La galassia dei diritti. Dai diritti dell'uomo ai diritti della persona*, Lungro-Cosenza, 2001.

⁷⁹ G.P. CALABRÒ, *La tutela dei diritti della persona: parametro di legalità costituzionale e grundnorm dell'ordinamento giuridico* in AA.VV., *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*. Lungro - Cosenza 2000, p. 16.

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ Ibidem.

⁸² F.C. PALAZZO, voce *Persona (delitti contro)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 297.

⁸³ G.P. CALABRÒ, *La galassia dei diritti, Dai diritti dell'uomo ai diritti della persona*. Lungro-Cosenza, 2001, p. 46.

2.2 *L'identificazione della persona con il diritto.*

Nei decenni centrali del secolo XX, la riflessione sulla centralità della persona da vita a varie correnti personalistiche denunciando tutte le teorie che in qualche modo possono rievocare delle forme di politica in cui non si riconosce alla persona e alla sua dignità il giusto valore. In questo senso, si sferra un attacco deciso nei confronti del pensiero utilitarista rivendicando che l'uomo non può, in nessun caso, essere ridotto ad oggetto⁸⁴. Ed in questo modo, la riflessione sulla centralità della persona, nei decenni centrali del secolo XX, da vita a varie correnti personalistiche. In questa prospettiva la persona non si riduce ad essere semplice punto di partenza di atti personali, non è pura sostanza, quanto piuttosto l'unità, immediatamente vissuta del vivere spirituale⁸⁵. Sul piano speculativo ed insieme etico-politico, si sviluppano le due più note forme di personalismo riconducibili a Maritain e a Mounier⁸⁶ e si rivaluta, contestualmente, la filosofia morale kantiana⁸⁷. Sulla stessa linea si riconosce l'importanza del pensiero di Antonio Rosmini, in cui «la persona è attività suprema per natura sua». «È manifesto - scrive il filosofo - che si deve trovare nell'altra persona il dovere morale

⁸⁴ F.C. PALAZZO, voce *Persona (delitti contro)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 297: «su un piano che diremmo 'giuridico-culturale', influenza in modo decisivo la tutela della persona umana il reciproco atteggiarsi degli opposti principi «personalistico» ed «utilitaristico», così come essi si pongono in un determinato momento storico. Il principio personalistico, non meno di quello utilitaristico, ha una natura ed un'efficacia giuridico-normativa nel duplice senso che, per un verso, esso è desumibile dall'ordinamento, e segnatamente [...] dalle norme costituzionali, quale «principio generale», e, per un altro, esso non può non influenzare l'attività di produzione normativa, legislativa o giurisprudenziale» *Op.*, cit., pp. 302-303. L'utilitarismo eredita dalla cultura settecentesca l'idea che la società è perfezionabile e che, attraverso una legislazione adeguata, si possa assicurare la felicità e il benessere dei cittadini: attraverso un calcolo, come quello che la scienza economica aveva sviluppato per studiare i rapporti di produzione e di scambio. Come suggerisce Singer: "Un'azione è giusta se essa produce, per coloro che ne sono interessati, un aumento del benessere uguale o maggiore rispetto a qualsiasi azione alternativa" (utilitarismo dell'atto). Attraverso una minimizzazione del dolore si arriva ad ampliare la sfera delle libertà personali per il maggior numero di soggetti. Per Jeremy Bentham le leggi sono comandi, espressione della volontà di chi governa, e operano se sono associate con sanzioni che provocano piaceri e dolori, i soli moventi per i quali gli uomini agiscono e l'unico vero contenuto delle nozioni di 'bene' e di 'male'. Anche per la società nel suo insieme bene e male sono la somma dei piaceri e dei dolori provati dai suoi membri J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, 1789 La legislazione non ha il compito di cambiare ciò per cui i governati provano piacere e dolore, ma anzi deve tener conto dei loro gusti. Se la somma algebrica dei piaceri e dei dolori prodotti dalle leggi e dalle loro sanzioni ha il maggior valore positivo possibile, il legislatore ha beneficiato la società. Bentham riprendeva una formula ben nota nella cultura settecentesca, secondo la quale compito dei governanti è quello di produrre 'il massimo benessere per il maggior numero di persone'.

⁸⁵ M. SCHELER, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, Milano 1944 p. 160.

⁸⁶ Mentre nel primo caso la concezione della persona ha una chiara base classico-tomista J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, Brescia 1948, nella seconda viene concepita come interiorità dinamica che si intuisce in forma originaria nella esperienza esistenziale situata storicamente E. MOUNIER, *Il personalismo*, VIII, Roma 1987.

⁸⁷ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, ed. Acc. Berlino, IV, 429 "agisci in modo tale da trattare l'umanità, nella tua persona come in quella di qualsiasi altri, sempre e contemporaneamente come fine e non come mezzo".

corrispondente di non lederla, di non fare pure un pensiero, un tentativo volto ad offenderla o sottometterla, spogliandola della sua supremazia naturale, come si scorge applicando il principio morale da noi stabilito di riconoscere *praticamente* le cose per quello che sono. Dunque la persona, nella sua stessa natura, ha tutti i costitutivi del diritto: essa è dunque il diritto sussistente, l'essenza del diritto»⁸⁸. Attraverso quella che Cattaneo definisce «una soluzione originale e intelligente»⁸⁹ Rosmini identifica la persona con il diritto. «La persona- come egli scrive- ha nella sua natura stessa tutti i costitutivi del diritto: essa è dunque il diritto sussistente, l'essenza del diritto».⁹⁰ Quel diritto che secondo Kant rappresenta «l'insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio dell'altro secondo una legge universale della libertà»⁹¹.

Tuttavia l'idea di ricondurre la fondazione metafisica della persona entro i confini del diritto e di conseguenza entro precise esigenze di ordine giuridico ed in senso lato, politico, apre la strada a molteplici interpretazioni.

Ci si chiede, infatti, alla luce dei continui abusi e delle incessanti violazioni che i diritti della persona continuano a subire, se il diritto possa considerarsi come «quell'attività volta alla creazione di mezzi idonei ad impedire attentati all'espansione dell'individualità»⁹², oppure quella tecnica che secondo Hans Kelsen, consiste «nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria»⁹³. Se così fosse dovremmo infatti ammettere che il diritto altro non è che una tecnica sociale che serve ad influire sulla condotta umana⁹⁴ e di conseguenza anche il concetto di persona perderebbe ogni forma di qualificazione metafisica venendo ricondotta all'interno di uno schema che prevede un'operazione di carattere logico e del tutto formale. La persona, in questo senso, non sarebbe altro che la mera trasfigurazione fittizia del concetto di “soggettività giuridica”. Kelsen, di certo il maggior esponente del formalismo giuridico⁹⁵ del secolo scorso, riduce, infatti, l'esperienza umana rilevante per il diritto, e – con essa – la persona, a semplice

⁸⁸ A. ROSMINI-SERBATI, *Filosofia del diritto*, vol I, libro I, cap. II, ed a cura di R. Orecchia, Padova 1969, pp. 191-192.

⁸⁹ M. A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino 1998, p. 276.

⁹⁰ A. ROSMINI-SERBATI, *Op.*, cit., pp. 191-192.

⁹¹ I. KANT, *Metafisica dei costumi*, in *Scritti politici*, Roma -Bari 2001, p. 407.

⁹² PIOVANI, *Linee d'una filosofia del diritto*, Padova, 1958, pp. 235-236.

⁹³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1952, p. 19.

⁹⁴ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 144.

⁹⁵ Per gli strettissimi collegamenti tra positivismo giuridico, normativismo e formalismo giuridico, si veda N. BOBBIO, *Op.*, cit., pp. 167 e ss..

qualificazione normativa: «L'unità di doveri e di diritti soggettivi, cioè l'unità delle norme giuridiche [...] le quali *formano* una persona fisica, è data dal fatto che è il comportamento del medesimo uomo a formare il contenuto di questi diritti e doveri», e la «cosiddetta persona fisica non è quindi un uomo, bensì l'unità personificata delle norme giuridiche che attribuiscono doveri e diritti al medesimo uomo». Il quale, a sua volta, non «è una realtà naturale, bensì una costruzione giuridica creata dalla scienza del diritto, un concetto ausiliario nella descrizione di fattispecie giuridicamente rilevanti [...] la cosiddetta persona fisica è una persona giuridica»⁹⁶. Oggetto delle attenzioni del diritto non sarebbe la persona nella concreta realtà del suo esistere, ma la finzione astratta della scienza, il «replicante» disumanizzato disegnato dall'ordinamento.

2.3 Persona ed essere umano.

Nel progetto scientifico moderno l'uomo si sdoppia tra un livello in cui è considerato soggetto inalienabile, rivestendo la qualità di persona intesa come titolare di diritti, e in un altro in cui è equiparabile ad un oggetto o parte della natura fisico-biologica, su cui sovrintende la mano della scienza⁹⁷.

Non esiste un punto d'incontro tra chi argomenta a favore di una separabilità di principio o di una separazione di fatto del concetto *di persona dall'essere umano e dalla vita umana* e tra chi, in linea con la *tendenza personalista*, giustifica una intrinseca *coincidenza* (di principio e di fatto) *tra persona ed essere umano*⁹⁸.

Le teorie *riduzioniste* ritengono che la vita non abbia un valore in sé, ma che abbia valore solo subordinatamente alla manifestazione di certe qualità (siano esse proprietà o funzioni)⁹⁹ ed in questo senso qualora siano carenti le qualità ritenute indispensabili per attribuire ad un essere umano lo statuto personale, nonostante sia vita umana, non ritengono che possa essere sufficientemente degna di essere rispettata in senso forte¹⁰⁰. Sia per Engelhart che per Singer non soltanto non tutti gli esseri umani sono persone, ma non tutte le persone sono esseri umani¹⁰¹. Da ciò consegue una restrizione dei

⁹⁶H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 198.

⁹⁷V. POSSENTI, *La bioetica alla ricerca dei principi: la persona*.in *Medicina e Morale*,1992, p 1078.

⁹⁸L. PALAZZANI, *Op.*, cit., p. 20.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ P. CATTORINI- E. D'ORAZIO - V. POCAR, *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana ,l'autonomia degli individui*, Milano 1999.

¹⁰¹ H.T. ENGELHART, *Manuale di bioetica*, Milano 1991, p. 126. “ I feti, gli infanti, i ritardati mentali gravi e coloro che sono in coma senza speranza costituiscono esempi di non persone umane . Tali entità sono membri della specie umana. Non hanno status, in sé e per sé, nella comunità morale”. Sulla stessa posizione vedi Cfr. P. SINGER, *Ripensare la vita*. Milano 1996.

confini della soggettività personale(iniziale o finale) rispetto all'estensione della corporeità umana e da ciò, come avverte la Palazzani, «l'inizio della soggettività è (o può essere) posticipata rispetto all'inizio del corpo umano e la fine della soggettività è (o può essere) anticipata rispetto alla fine del corpo umano»¹⁰². Da qui la conseguente gradazione, o degradazione, tra persona piena, semipersona, non-persona e anti-persona rappresentate rispettivamente dall'adulto, dall'infante o dal vecchio disabile, dal malato irrecuperabile e dal folle¹⁰³.

Laddove, invece, il concetto di persona non sia inteso secondo un'ottica riduttiva, l'uomo non è equiparabile ad un ammasso di cellule o di parti, ma si afferma come totalità e "consistenza"¹⁰⁴. Secondo questa linea interpretativa la persona ha una radice sostanziale precedente alla consapevolezza di sé e precedente a qualsiasi rapporto sociale. L'essere persona appartiene alla natura di ogni organismo biologicamente umano, in qualsiasi fase di sviluppo, a prescindere dalla manifestazione esterna di determinate operazioni o delle condizioni della loro espressione¹⁰⁵. Se l'uomo è persona lo è, infatti, dal momento in cui il suo corpo ha avuto inizio e lo sarà fino alla morte: non può diventarlo o cessarlo di esserlo, né in un momento determinato, né gradualmente¹⁰⁶. Persona in questa direzione è, in altri termini, l'individuo concreto, incarnato biologicamente in un corpo che ha una propria natura ontologica, che si manifesta (o meglio si può manifestare) in capacità e comportamenti ma che non è riducibile ad essi¹⁰⁷. Questa è l'ottica e lo spirito delle teorie personaliste che riportano l'attenzione sul concetto di persona consolidando la consapevolezza che, dopo le atroci esperienze storiche dei totalitarismi, il diritto non può più essere mero strumento asservito alla volontà del più forte¹⁰⁸. E questo è possibile solo dal momento in cui l'uomo non è ridotto ad un oggetto o ad un aggregato di cellule «non c'è infatti alcun dovere necessario alla protezione del corpo biologico umano privo di soggettività (la vita nascente, terminale e marginale): semmai ci sarebbero solo eventuali doveri "prima facie" e diritti " indiretti", deboli e provvisori, attribuiti occasionalmente, ma

¹⁰² L. PALAZZANI, *Op.*, cit., p. 142.

¹⁰³ R. ESPOSITO, *Terza persona* Torino 2007, p. 17.

¹⁰⁴ F. ZANUSO, *Neminem laedere*, Padova 2005, p. 88.

¹⁰⁵ L. PALAZZANI, *Op.*, cit., p. 37.

¹⁰⁶ R. LUCAS LUCAS, *Antropologia e problemi bioetica*, Milano 2001.

¹⁰⁷ E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Fondamenti di etica biomedica* vol I, Vita e Pensiero, Milano 1999.

¹⁰⁸ L. PALAZZANI, *Personalismo e biodiritto*, in *Medicina e Morale*, Roma 2005, p. 131. Per un inquadramento storico filosofico del personalismo si veda di A. RIGOBELLO, *Il personalismo* Roma 1978.

comunque rivedibili, revocabili o bilanciabili in base alle circostanze e a calcoli utilitaristici o di convenienza»¹⁰⁹.

È evidente, a questo punto, che è alquanto complesso cercare di articolare un discorso sulla persona senza imbattersi in quelle dispute teoriche che ancora oggi mantengono prerogative alquanto diverse e contrastanti.

2.4 La natura individua della persona nella prospettiva teologica dell'illuminismo.

Sotto la crosta spessa di una trasformazione vistosa nei suoi esiti lessicali, sul termine persona, trapelano i segni profondi di una presenza mai del tutto negata dai grandi giuristi. Non si tratta di continuità o tanto meno di analogia ma è come se gli opposti si unissero sul margine estremo del loro contrasto, come i punti di una circonferenza che, quanto più si allontanano tra loro, tanto più, per altro verso, finiscono per ricongiungersi¹¹⁰.

La prima approfondita definizione del concetto di persona nel pensiero filosofico occidentale è quella di Boezio, il quale sostiene che la persona è presente soltanto nelle sostanze e precisamente nelle sostanze razionali, e se ogni sostanza è natura e non consiste in elementi universali ma in elementi individuali, allora la definizione della persona è la seguente: «*naturae rationabilis individua substantia*»¹¹¹. Questa idea è ripresa, a nove secoli di distanza, da San Tommaso secondo il quale la ragione dell'uomo è la ragione di Dio all'interno dell'uomo e di conseguenza l'uomo creato da Dio ha la ragione nella misura in cui egli riceve l'impulso a comportarsi secondo la legge eterna¹¹². S. Tommaso sottolinea il supplemento del *valore* intrinseco a quella *natura razionale*, riconosciuta come forma *ontologica* di ogni individuo umano¹¹³. In

¹⁰⁹ L. PALAZZANI, *Op.*, cit., p. 144.

¹¹⁰ R. ESPOSITO, *Op.*, cit., p. 15.

¹¹¹ A. M. S. BOEZIO, *Contra Euttychen et Nestorium*, III, in A.M.S. BOETHIUS, *Die Theologischen Traktate*, a cura di M. Elsasser, Hamburg 1988, p. 74. Sul tema si veda anche di A. MILANO, *Persona in teologia. Alle origini del significato di persona nel cristianesimo antico*, Napoli 1984.

¹¹² S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, I, II, 90. .1

¹¹³ A. VERNACOTOLA, *La nozione di persona ed il problema della sostanza tra metafisica classica e teorie funzionalistiche nel dibattito bioetica*, in *Medicina e Morale*, Roma 2005, p. 303. L'autore sottolinea come l'appartenenza della natura razionale a ciascun individuo della specie umana è cognizione comune a tutto il pensiero classico: se il *proprium* dell'uomo è di essere un animale razionale, come riconosciuto da Aristotele ed in genere, dall'antropologia filosofica greca e medievale e *la natura* nel suo senso originario e fondamentale, è la sostanza delle cose che posseggono il principio del movimento in sé

questo modo emerge il carattere di «sostanza individua» propria della persona¹¹⁴ confermando, secondo Cattaneo, la radice religiosa dell'idea di dignità umana e dell'idea dei diritti dell'uomo così come si affermeranno nel giusnaturalismo moderno e nelle Dichiarazioni rivoluzionarie del Settecento. Emerge la matrice teologica dell'illuminismo (o di un certo filone illuministico). Del resto, come ancora Cattaneo suggerisce, al di là delle molte scolastiche banali contrapposizioni esiste una stretta parentela fra l'affermazione di S. Tommaso secondo il quale il concetto di persona indica ciò che è più nobile e perfetto nella natura razionale e la seconda formulazione dell'imperativo categorico di Kant che esprime il principio della umanità come fine a se stesso. Si afferma un'idea di continuità in tutto il pensiero filosofico occidentale che, nella difesa della dignità della persona, riconosce l'elemento della individualità razionale come parte integrante del concetto di persona¹¹⁵.

E in questo senso come afferma Maritain lo stesso diritto naturale è in realtà un'eredità del pensiero cristiano. Questo infatti non risale alla filosofia del XVIII secolo, che l'ha più o meno deformata ma a Grotius [...] e più oltre a S. Tommaso d'Aquino; e più oltre a S. Agostino e ai Padri della Chiesa, e a S. Paolo¹¹⁶. Così, anche se su presupposti evidentemente differenti anche Kelsen quando si sofferma sul diritto naturale mette in evidenza il carattere duale di una dottrina idealistica che trova la sua classica espressione nell'Idea platonica che sta alla base della teologia cristiana sotto la forma del dualismo fra aldiquà e aldilà e fra uomo e Dio¹¹⁷.

È difficile rintracciare nel corpus della tradizione occidentale, un concetto altrettanto caratterizzato da questa doppia tonalità, laica e religiosa a un tempo. Persona è la categoria che fin dall'origine del lessico cristiano connota la Trinità divina, ma anche il soggetto di diritto in quanto portatore di volontà razionale. Ora, a spiegare il successo plurisecolare del termine persona, più che l'autonomia finalmente conquistata nei confronti dell'ipoteca cristiana, è, al contrario, proprio la permanenza, pur all'interno della secolarizzazione moderna, di una risonanza da quella proveniente. Anche interpretata in senso laico, insomma, l'idea di persona non è mai interamente riducibile al sostrato biologico del soggetto che designa, ma trova, invece, il suo più grande significato precisamente in una sorta di eccedenza, di carattere spirituale o morale, che

medesimo e propria essenza, non si vede come possa sussistere un individuo umano che non abbia *natura ragionevole*.

¹¹⁴ S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, I, q. 29, art.1, Vol III, 1988, pp. 77-79.

¹¹⁵ M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino 1998 p. 278-279.

¹¹⁶ J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Milano 1977, p. 55.

¹¹⁷ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Torino 1975, p. 69.

ne fa qualcosa di più di esso, senza coincidere del tutto neanche con l'individuo autosufficiente della tradizione liberale¹¹⁸.

E secondo Esposito, è proprio questa prospettiva che reinstalla in ogni individuo la separazione tra soggetto personale ed essere umano. Il diritto soggettivo, riferendosi, infatti, soltanto a quella parte superiore, di tipo razionale o spirituale esercita il proprio dominio sulla zona residua, che sfornita delle stesse caratteristiche, anziché inerire all'integrità dell'uomo, lo spinge nel regime dell'oggetto¹¹⁹.

2.5 Cos'è la persona?

A questo punto è necessario soffermarsi sulla nozione di persona cercando di comprendere in che modo la stessa abbia subito, nel corso dei secoli, un processo di evoluzione semantica che ne ha profondamente mutato la significazione originaria¹²⁰. Secondo Marcel Mauss la parola persona, che letteralmente significa maschera, è di origine etrusca ma acquista rilevanza ed entra gradatamente nella terminologia giuridica dal momento in cui per opera dell'interpretazione dei Latini assume il significato di *per/sonare*, maschera attraverso (per) la quale risuona la voce (dell'attore)¹²¹.

Sappiamo dai ritrovamenti storici che nella civiltà etrusca la maschera è una costante ma sono stati i Latini a dare al termine il significato che è poi diventato il nostro. La maschera diventa presso questi ultimi un segno di riconoscimento e ciò è dimostrato dal fatto che si arrivò a confondere il *cognomen*, con *l'immagine*, la maschera di cera modellata sul viso. Sembrerebbe che l'uso di questo oggetto fosse riservato solo ed esclusivamente alle famiglie patrizie, ed infatti il Senato romano si è sempre considerato come composto da un numero determinato di *patres*, rappresentanti le persone, le immagini dei propri antenati, del proprio gruppo, del proprio clan di appartenenza.

Da questo si deduce come il carattere personale del diritto inizia a consolidarsi e come il termine persona diventa sinonimo della vera natura dell'individuo. Si stabilisce l'esistenza di un diritto della persona e contestualmente se ne esclude lo schiavo. *Servus non habet personam*. Egli non ha personalità, non possiede il suo corpo, non ha antenati, *nomen*, *cognomen*, beni propri¹²². Lo schiavo viene in questo modo collocato a metà strada, o nel

¹¹⁸R. ESPOSITO, *Op.*, cit., p. 88.

¹¹⁹Ibidem.

¹²⁰A. VERNACOTOLA, *Op.*, cit., p. 302.

¹²¹M. MAUSS, *Teoria generale della magia*, Torino 1991, p. 369.

¹²²Ibidem.

transito, tra persona e cosa. La sua condizione non è che la punta più visibile di un intero meccanismo di disciplinamento sociale funzionante precisamente attraverso lo spostamento continuo delle soglie categoriali che definiscono, o producono, lo status di tutti gli esseri viventi. Da qui quel movimento perpetuo di oscillazione che tra gli esseri della persona e della cosa fa dell'una insieme l'opposto e lo sfondo dell'altra – non solo nel senso generale che la definizione dell'uomo-persona emerge in negativo da quella dell'uomo cosa, ma in quello, più pregnante che essere pienamente persona vuol dire mantenere o spingere, altri individui viventi ai confini della cosa¹²³.

Il concetto di persona andrà a costituire una delle originalità più notevoli nella storia del pensiero occidentale¹²⁴, tuttavia, è necessario specificare che molte altre ancora saranno le influenze e le contaminazioni che riceverà prima di affermarsi come quel valore fondamentale e predominante che innerva oggi l'intero ordinamento giuridico. Dagli studi di Mauss, emerge che il termine così come inteso dai Latini, risente molto dell'influenza delle scuole di Atene e di Rodi è infatti per opera del pensiero classico che questo si estende all'individuo e alla sua nuda essenza togliendo via ogni maschera e conservando il senso dell'artificio: il senso di ciò che costituisce l'intimità della persona e il senso di ciò che è il personaggio. In questo modo si aggiunge al significato giuridico un significato morale, il senso di un essere cosciente, libero, responsabile. Ma la nozione di persona manca ancora di una base metafisica certa. Questa la darà il cristianesimo. Saranno infatti i cristiani a fare della persona morale un'entità metafisica dopo averne avvertita tutta la forza religiosa.

Il cristianesimo sottolinea l'importanza dell'istituzionalizzazione dell'individuo.

La Christianitas non è soltanto una fede ma anche una comunità sociale, un mondo, costruito secondo l'insegnamento e la volontà del Creatore e del Salvatore. Tra l'uomo "naturale", l'uomo "carnale" (*homo naturalis* o *homo carnalis*) e l'uomo che è stato trasformato dall'atto del battesimo in *homo Christianus*, c'è un abisso, superabile da questo atto di "iniziazione". L'atto del battesimo in questo senso rappresenta una profonda trasformazione dell'essenza dell'individuo, l'associazione dell'uomo naturale alla comunità dei credenti. Con ciò egli acquista la possibilità della salvezza. Egli accoglie in sé il codice culturale della comunità cristiana, i suoi principi, le sue norme, diventa una

¹²³ Sulle strategie contemporanee di depersonalizzazione s.v cfr. A. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano 1999.

¹²⁴ L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino 2002, p. 19.

personalità¹²⁵: «Con il battesimo nella Chiesa di Cristo» recitava un verso del 1234, «l'uomo diventa persona» (*Baptessimate homo constituitur in ecclesia Christi persona*)¹²⁶. Nell'antichità greco-romana il concetto di "personalità" non esisteva ancora. Il greco *prosopon* e il latino *persona* designavano una maschera teatrale. La maschera non solo non ha una persona, ma, piuttosto qualcosa di antitetico ad essa, e la strada percorsa dal termine *persona* nel corso dei molti secoli può servire da testimonianza degli sforzi intrapresi dalla cultura, prima che l'occidente abbia saputo riempire questo termine del contenuto che avrebbe espresso l'essenza della personalità umana. La *persona*, dietro alla quale l'attore del teatro nascondeva il proprio volto, non presupponeva una personalità, come non la presupponeva la persona giuridica astratta, il segno della piena capacità giuridica, che nel diritto romano portava la denominazione di *persona*. «Il pensiero antico vedeva nella *persona* prevalentemente il ruolo sociale, assegnato alla società dell'uno o dell'altro dei suoi membri.[...] L'identità della personalità viene definita al di fuori, prestabilita dalle istituzioni e dai rapporti oggettivi, ma non rappresenta la soggettività, l'unità dell'esperienza personale vissuta interiormente. L'uomo non aveva coscienza di sé come personalità, non recepiva in questa qualità neanche i suoi dei pagani, che erano concepiti come forze personificate, ma non come individui. È stato sicuramente il cristianesimo a progredire in modo essenziale nell'assimilazione dello spazio interiore dell'individuo e nell'approfondimento del concetto di personalità. Il centro del mondo diventa l'*ego* che sta dinanzi al Creatore»¹²⁷.

Le discussioni sulla persona costituiscono, infatti, una componente inscindibile dei dibattiti sulla trinità di Dio, unica sostanza, (*tres personae- una substantia*), e sulla duplice natura- divina e umana- di Cristo¹²⁸. La disputa si risolverà nel Concilio di Nicea in cui si affronterà la questione dell'unità della persona, dell'unità della Chiesa in rapporto all'unità di Dio e in cui, il concetto di trinità, troverà soluzione rifugiandosi nel mistero divino e affermando che *Unitas in tres personas, una persona in duas naturas*. In questo senso si afferma ancora oggi che il concetto di persona è fortemente influenzato dall'idea cristiana secondo la quale la persona umana è l'immagine di Dio – e secondo la quale il suo valore - la sua libertà, i suoi diritti, dipendono dall'ordine delle cose naturalmente sacre che portano l'impronta del Padre e che hanno in lui il termine del loro

¹²⁵ A. J. GUEREVIC, *La nascita dell'individuo nell'Europa Medievale*, Roma -Bari, 1996, p.106.

¹²⁶ G.LE BRAS, *La persone dans le droit classique de l'église*, di I.MEYERSON *Problèmes de la personne*, Parigi 1973, p193.

¹²⁷ A. J. GUEREVIC, *Op.*, cit., p111-112.

¹²⁸ J. RITTER, K.GUNDER, *Historisches Woterbuch der Philosophie*, vol. VII, Darmstadt 1989, s. v *Person*, pp. 276 ss.

movimento¹²⁹. Secondo questa visione per quanto indissolubilmente legata ad un corpo vivente, la persona non coincide integralmente con esso e anzi trova il suo elemento più intrinseco precisamente in quella coincidenza che le consente il transito nella vita ultraterrena. Si tratta di una connotazione tanto costitutiva da riproporsi, naturalmente, secolarizzata nel dualismo cartesiano tra *res cogitans* e *res extensa* e, attraverso di esso, nell'intera cultura moderna¹³⁰. Questa impostazione si consolida attraverso il pensiero dei teologi del Medioevo, con l'idea che l'uomo non è in relazione immediata con se stesso e che acquisisce la qualità di persona solo nella relazione con Dio, ossia nella sua partecipazione alla personalità Divina. Solo in questo senso la persona esiste non solo in sé, ma anche per sé, e si colloca al vertice dell'esistenza individuale, realizzando, nella maniera più piena, il concetto di individualità¹³¹ che influenza profondamente tutto il pensiero politico in Occidente¹³²: incrementando tutte quelle forme di violenza e di sopraffazione che si reggono sul presupposto che esiste una netta distinzione tra il mio essere e quello degli altri. È in questo senso, infatti, che quando si parla di individuo, non si può fare a meno di ricordare quell'uomo che Mounier definisce «astratto, senza legami con la natura [...] che manifesta verso gli altri diffidenza, calcolo, rivendicazione»¹³³. Proprio per questo, è forse corretto presupporre che il concetto di individuo e la sua traduzione teologica di persona siano ben lontani dall'esprimere una visione della vita comune a tutta l'umanità.

2.6 la persona nella tradizione buddista.

Nelle *Upanishad*, cioè nei testi sacri dell'India, scritti tra l' VIII e il VII secolo a. C. la riflessione religioso-filosofica elabora la dottrina della reincarnazione. Si ipotizza che l'esistenza umana si manifesti in un insieme strettamente collegato e concatenato di diverse esistenze e che la situazione di una data esistenza presente sia il risultato di una esistenza precedente in una serie causalmente connessa. Questa prospettiva è coerente con un contesto metafisico che ignora il "principio di creazione", concepisce conseguentemente il tempo in modo decisamente ciclico e interpreta l'esistenza del

¹²⁹ J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Milano 1977, pp. 5-6.

¹³⁰ R. ESPOSITO, *Op.*, cit., p. 12.

¹³¹ V. POSSENTI, *Op.*, cit., p. 1087.

¹³² C. MORRIS, *La scoperta dell'individuo*, Napoli, 1985, p. 22.

¹³³ E. MOUNIER, *Il personalismo.*, IV ed, Roma 1987, pp. 45-46.

contingente e diveniente come “manifestazione” di un Assoluto non personalmente inteso. Credere nella reincarnazione esclude di per se stessa l’individualità intesa nel senso occidentale, per cui ogni individuo non è altro che una manifestazione della vita attraverso di lui, che rinascerà dopo morte apparente, sotto altra forma¹³⁴. L’attaccamento all’impermanente è causa di sofferenza e di egoismo ed in questo senso la soluzione al problema è rappresentata dallo sradicamento dell’estinzione del sé. Nel mondo della Bibbia questa operazione è in maniera evidente impossibile. Diversamente i greci, pur trovando sconcertante l’idea di considerare come sommo bene, l’estinzione del sé¹³⁵ ne rimangono affascinati. Il “mito della biga alata” (presentato e discusso da Platone nel *Fedro*) ricorda, infatti, la “Parabola del carro”, contenuta nelle *Upanisad*¹³⁶ in cui si afferma puntualmente: «riconosci il sé come viaggiatore in un carro». «L’intelletto è il cocchiere, la mente sono le redini. I sensi, come si dice, sono i cavalli; gli oggetti dei sensi sono il terreno. I sensi di colui che non comprende, la cui mente è instabile, sono incontrollati come i cavalli bizzarri. Ma i sensi di colui che comprende, la cui mente è stabile, sono ben controllati come cavalli docili. Colui che non comprende, inconsapevole e sempre impuro, non raggiunge la meta, bensì resta prigioniero del samsara. Ma colui che comprende, che è consapevole e sempre puro, raggiunge la meta, il luogo donde si rinasce. Colui che ha la comprensione come cocchiere e sa usare le redini della mente, questi arriva alla fine del viaggio, al luogo eccelso di Visnù»¹³⁷. La parabola del carro evidenzia come nel pensiero orientale sia profonda la convinzione che la sofferenza e il mal-di-esistere siano intrinsecamente connessi all’attaccamento nei confronti della propria individualità. La sofferenza sorge in modo del tutto spontaneo e poi aumenta non appena la mente cerca di evitare il suo naturale insediarsi nell’impermanenza e nella mancanza del sé¹³⁸. Partendo, infatti, dal presupposto che tutte le cose sono impermanenti, attaccarsi alle stesse e trasformale in oggetti di desiderio significa voler andare contro corrente volendo fissare ciò che per natura è in continuo movimento. Solo nel momento in cui l’uomo riesce a liberarsi dal fardello della propria personalità riuscendo a trascendere il proprio sé, può sentirsi in uno stato di unione con il mondo. Il concetto di persona non trova spazio né giustificazione in un dottrina in cui la profondità e l’intensità della vita si fondano sulla

¹³⁴ C.MORRIS, *La scoperta dell’individuo*, Caserta 1985, p. 22.

¹³⁵ S. BATCHELOR, *Il risveglio dell’Occidente*, Roma 1995, p. 30.

¹³⁶ Cfr. *Upanisad*, trad. it a cura di A. Cerinotti, Prato 1997, pp. 81-82.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ F. J.VARELA-E. THOMPSON- E. ROSCH, *La via di mezzo della conoscenza*, Milano 1992, p.86.

profondità e l'intensità della propria identificazione con il tutto e di conseguenza con l'altro. «Come consideriamo le mani e le gambe parte dello stesso corpo, perché non consideriamo le creature incarnate come gli arti della vita? Come la mano si muove automaticamente per alleviare il dolore del piede, perché non mi sforzo con empatia per alleviare le pene altrui? Quando comprendo che l'impressione di essere un io separato è un'illusione, e che ciò che sono dipende dalle innumerevoli relazioni che ho e ho avuto con ciò che è altro da me, tale compassione altruistica dovrà essere senza dubbio la mia risposta alla sofferenza. Non ha senso preoccuparsi unicamente di porre fine alla propria sofferenza. Più comprendo la natura di questo mio "io" sofferente, più capisco l'assenza di io di ciò che soffre. Questa intuizione empirica mi apre alla non separazione e alla interconnessione di tutta la vita, come se la totalità della vita fosse davvero un singolo organismo».¹³⁹ In questa direzione i diritti umani diventano una questione ancillare rispetto alla più vasta e fondamentale questione della natura umana. Si tratta, infatti, di una cristallizzazione, anzi di una formalizzazione, del mutuo rispetto e della reciproco interesse di tutte le persone, che deriva dalla natura umana intesa come fonte ultima e fondamento in base al quale tutti gli altri attributi e caratteristiche vanno delineati e non come esaltazione del concetto di persona o di individuo. Solo la concreta e dinamica natura relazionale delle persone in reciproco contatto può evitare, infatti, di attardarsi in grovigli retorici o legalistici.¹⁴⁰ Questa è la grande dottrina del buddismo, forse la più grande dottrina esposta dal Buddha. Essa significa che, in ogni processo vitale, il sorgere di un evento empirico è un processo totalmente relazionale.¹⁴¹ Come una tempesta, i cui effetti distruggono tutto, un'esperienza in termini di origine relazionale coinvolge ogni cosa entro il suo orizzonte. In altre parole, ogni uomo è responsabile per l'attualizzazione di un "interesse estensivo" per ogni cosa che si trova sul suo sentiero di esperienza. Così, possiamo dire che la aggregazione degli "interessi estensivi" può essere riferita ad un regno esistenziale costituito nella reciprocità. Gli esseri umani, come ogni altra cosa, sono parte di un processo relazionale descritto nella dottrina del

¹³⁹ A. PEZZALI, *Santideva e il bodhicaryavatara*, Bologna 1982.

¹⁴⁰ K. INADA 1995. *A Buddhist response to the Nature of Human Rights* in *Journal of Buddhist Ethics* 2:55-66.

¹⁴¹ *Ibidem*

carattere relativo dell'origine; dal momento che nessuno esiste in modo indipendente è sempre necessario essere attenti all'altro.¹⁴²

2.7 I diritti come delimitazione della sfera individuale

Nonostante le innumerevoli Dichiarazioni e i continui appelli al rispetto della dignità della persona, mai come oggi il concetto stesso risulta avvolto da una pesante contraddizione. Esiste un problema di fondo che è rintracciabile, secondo Simone Weil, nella stessa nozione di diritto che si cela dietro il concetto di persona. Il diritto, infatti, si identifica sempre con la forza e attraverso la copertura dei diritti umani e della tutela della persona, mistifica se stesso ma per sua natura è e, sarà sempre, dipendente dalla forza. «La menzogna e gli errori che velano questa verità sono estremamente pericolosi»¹⁴³.

«Nelle rivendicazioni dei diritti umani, compiuta dalle grandi rivoluzioni borghesi, si cela e si manifesta la forza che accompagna comunque qualunque rivendicazione. Il prevalere del discorso dei diritti rispetto a quello degli obblighi nasconde ed esalta *eticizzandola*, la prova di forza cui qualcuno dovrà soccombere»¹⁴⁴. Questa è la dinamica del diritto «i diritti umani che si pongono come giusti come Bene, il Sacro e così lo tradiscono presentandolo mescolato alla forza e alla violenza»¹⁴⁵. D'altronde come sostiene Simon Weil «senza la forza il diritto è ridicolo»¹⁴⁶ ma questo non significa riconoscere la giustizia della forza. «Una forza giusta non esiste e la Giustizia è reale nella misura in cui fa cogliere come non beni le affermazioni di volontà di potenza nel mondo, dunque esiste nella sventura, nella condizione passiva del subire la forza. Non esiste come vorrebbe chi afferma i diritti umani, un partito del Bene, non esiste un luogo incontaminato della politica e del diritto. [... Sacra non è la persona, la volontà di potenza soggettiva, il *proprium*, le proprietà, *sacro*, è semplicemente quest'uomo, spogliato esattamente di tutte le sue rivendicazioni e proprietà, nudo e sofferente, oggetto cui viene applicata la forza, anonimo, impersonale, e, allora davvero universale»¹⁴⁷. Non attraverso la persona ma attraverso l'impersonalità si raggiunge il sacro: sacro è il dolore impersonale che

¹⁴² Un primo tentativo di fondare l'etica buddista nel carattere relativo dell'origine può essere trovato in J.MACY 1983. *Dharma and Development: Religion as Resource in the Sarvodaya Self-help Movement*. West Hartford, Conn.: Kumarian.

¹⁴³ S.WEIL, *La personalità umana, le giuste e l'ingiuste*, in *Oltre la politica, Antologia del pensiero politico*, a cura di R. ESPOSITO, Milano 1996, p. 74.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ L. BAZZICALUPO, *Il paradosso dei diritti umani: le prospettive di Arendt e Weil*, in AA.VV. *Filosofia e Politica dei diritti umani nel terzo millennio*, Milano 2003, p. 261

¹⁴⁶ S.WEIL, *Op.*, cit., p. 65.

¹⁴⁷ S.WEIL, *Op.*, cit., p. 66.

accomuna i vinti, è l'anonimo, al di là dell'io. Ecco perché la nozione di diritto che sta dietro la tradizione di persona è inadeguata a fondare qualsiasi dovere di rispetto verso gli sventurati, gli oppressi. Diritto e tirannide sono dalla parte del dominio; infatti le rivendicazioni sono personali, fatte per la persona e quindi irriducibilmente soggettive¹⁴⁸. Ma la concezione giuridica moderna ha da tempo stretto un nodo che lega la categoria di persona a quella di soggetto di diritto in una condizione di pensabilità del secondo e viceversa: per rivendicare quelli che hanno assunto il nome di diritti soggettivi – alla vita, al benessere, alla dignità – bisogna essere preventivamente entrati nel recinto della persona, così come, all'inverso, essere persona significa godere di per sé di quei diritti¹⁴⁹. Del resto, i diritti nascono, nella cultura giuspolitica moderna, esattamente per delimitare la sfera individuale. L'origine della cultura dei diritti viene, infatti, individuata nella nozione di *suum*, elaborata da Grozio e da Pufendorf nel diciassettesimo secolo¹⁵⁰. Con questo vocabolo si indica quel che è proprio di ciascuno delimitando la sfera individuale, in modo da stabilire un confine certo tra un soggetto e tutti gli altri¹⁵¹. In questo modo è possibile individuare le modalità lecite di accesso a tale sfera, nonché le conseguenze della trasgressione, ossia dello sconfinamento illecito. Nella sfera privata, seguendo il pensiero di Grozio e di Pufendorf¹⁵², vengono in primo luogo inseriti gli elementi corporei dell'individualità (la vita, l'incolumità fisica, l'integrità sessuale) e poi quelli immateriali, ossia la reputazione e soprattutto la libertà intesa come autonomia, per meglio dire la facoltà di determinare la propria condotta presente e futura. Anche i beni posseduti, che si assumono come una sorta di propaggine materiale del proprietario vengono ricompresi nella sfera privata. I diritti individuali si affermano per contrassegnare e tutelare un contesto soggettivo intangibile alle interferenze del potere politico; servono per delimitare l'ambito del dominio insindacabile di ciascuno su se stesso. E non è casuale, come suggerisce la Ripoli la circostanza per cui tra Sette e Ottocento, parallelamente al consolidarsi ed alla recezione positiva della distinzione tra pubblico e privato, emerge e si consolida la pena detentiva come modello punitivo prevalente. La vera pena inflitta dal penitenziario moderno e delle sue evoluzioni è il venir meno, la neutralizzazione di questa sfera virtuale protetta e perché funzioni e venga percepita come sofferenza rilevante,

¹⁴⁸ L. BAZZICALUPO, *Op.*, cit., p. 261.

¹⁴⁹ R. ESPOSITO, *Op.*, cit., p. 5.

¹⁵⁰ M. RIPOLI, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino 2006, p. 41.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² N. BOBBIO- M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano 1979, p. 498, vedi di S. VON PUFENDORF, *Principi di diritto naturale*, a cura di N. Bobbio, Torino 1943 (*Prefazione di Bobbio V-XIX*).

occorre preliminarmente l'attribuzione condivisa di un valore alle libertà individuali. La privazione della libertà assume un significato afflittivo solo a patto di poter concepire, e questo avviene grazie alla diffusione della cultura dei diritti, l'esistenza di una dotazione soggettiva non corporea o materiale ma altrettanto preziosa per la condizione umana¹⁵³. Secondo questa prospettiva, la pena moderna, sia nella sua forma detentiva che in quella patrimoniale, si configura come tecnica di privazione di diritti. E questo è reso possibile solo dal momento in cui determinati valori abbiano ricevuto una valorizzazione qualitativa e quantitativa anche agli effetti penali. La libertà astrattizzata come tempo di libertà viene privata dalle pene detentive, la proprietà, viene privata dalle pene pecuniarie, la potestà di scambio, come capacità d'agire o diritto di cittadinanza, viene meno attraverso le pene interdittive¹⁵⁴. «Come la moneta nella commisurazione convenzionale del valore di scambio dei beni, così anche il *tempo*, assume nel diritto penale moderno il ruolo di “equivalente generale” nella commisurazione generale dei reati in base al “valore” da essi lesi»¹⁵⁵.

2.8 La dignità della persona nell'iter punitivo.

L'idea che l'uomo in quanto tale possiede dei diritti per natura che nessuno, neppure lo Stato, gli può sottrarre e che egli stesso non può alienare¹⁵⁶ è, come abbiamo visto, una rielaborazione del giusnaturalismo moderno. E' infatti nel Seicento e nel primo Settecento in pieno assolutismo monarchico che la dottrina dei «diritti naturali» si trasforma nel «principio di liberazione a disposizione dell'uomo moderno nella sua sfida alle istituzioni esistenti»¹⁵⁷. «Ripetetevi spesso – afferma Diderot “*Sono uomo e non ho altri diritti naturali veramente inalienabili che quelli dell'umanità*”»¹⁵⁸ In questo contesto il diritto alla vita, alla felicità, al rispetto della persona fisica e alla libertà individuale trovano nello Stato, inteso come detentore del potere legittimo, la possibilità di trasformarsi in realtà. I teorici del diritto naturale concepiscono infatti l'organismo statale non più come espressione politica della gloria e della potenza del sovrano¹⁵⁹, bensì come uno strumento al servizio dell'interesse comune. Si tratta, in principio, di teorie prettamente filosofiche

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma - Bari 2004, p. 389.

¹⁵⁵ Ibidem..

¹⁵⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, p. 21.

¹⁵⁷ A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Milano 1980, p. 72.

¹⁵⁸ R. GHIRINGHELLI, Introduzione a di G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale Op cit*, p. 12, L'autore cita *Scritti politici di Denis Diderot con le «voci» politiche dell'Enciclopédie* a cura di F. DIAZ, Torino, 1967, p. 565.

¹⁵⁹ R. GHIRINGHELLI, *Op., cit.*, p. 13.

che nascono come espressione di un pensiero individuale e di conseguenza le stesse sono universali solo relativamente al contenuto ma estremamente limitate rispetto all'efficacia¹⁶⁰. Ma con le Dichiarazioni dei diritti degli Stati americani e con la Rivoluzione francese, le stesse proposte filosofiche vengono accolte da un legislatore e «poste alla base di una nuova concezione dello Stato, che non è più assoluto ma limitato, che non è più fine a se stesso ma mezzo per il raggiungimento di fini che sono posti prima e al di fuori della sua stessa esistenza»¹⁶¹. È il periodo in cui si segna il passaggio da un sistema che riconosce nel supplizio un cerimoniale di sovranità, durante il quale i marchi rituali della vendetta vengono inflitti al corpo del condannato, ad un sistema in cui la sanzione legale è vista come strumento per riqualificare gli individui come soggetti di diritto¹⁶². Con la pubblicazione del libro di Cesare Beccaria nel 64 *Dei delitti e delle pene*, con la rivoluzione francese e la proclamazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nell'89 e con l'emanazione del primo codice penale «rivoluzionario» nel 91, «l'immagine sacralizzata» del potere e l'idea che il suddito non avrebbe mai avuto alcun diritto senza la concessione del sovrano, vengono rovesciate¹⁶³. Beccaria afferma che, «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l'uomo cessi di essere persona, e diventi cosa»¹⁶⁴. La tutela dei diritti dell'uomo si impone come processo storico e i limiti a questi opponibili, vengono delineati con estremo rigore¹⁶⁵. Si arriverà al punto in cui la pena detentiva sarà intesa quale mezzo necessario per la rieducazione e il carcere non sarà più concepito come luogo di pena, ma come «casa di guarigione», come istituzione in cui il reo può, ed anzi deve, riabilitarsi e riadattarsi alla società civile¹⁶⁶. Così «l'impianto garantistico, formale e sostanziale, che contrassegna, o dovrebbe, il sistema penale, si assume come diretta conseguenza del fatto che quel sistema, in via di principio, è orientato ad incidere, anche in misura notevole, sui diritti di libertà e personalità individuale che, per definizione, sono posti all'apice dei valori sui quali si basa il patto sociale in democrazia»¹⁶⁷. Tuttavia ancora oggi uno dei problemi fondamentali della filosofia del diritto penale è quello che ha ad oggetto il rispetto per la dignità della persona umana nell'ambito del diritto penale e nel corso dell'iter punitivo¹⁶⁸. La storia del diritto ci

¹⁶⁰ N. BOBBIO, *Op.*, cit., p. 23.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² M. RIPOLI, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006, p. 37.

¹⁶³ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, pp. 115-116.

¹⁶⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, XXVII, ed. cit., p. 316.

¹⁶⁵ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, p. 11.

¹⁶⁶ A. CASSESE, *Umano-Disumano*, Roma - Bari, 1994, p. 147.

¹⁶⁷ S. MOCCIA, *Op.*, cit., pp. 11-12.

¹⁶⁸ M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino, 1990, p. 275.

dimostra, infatti, che il valore persona tanto ostentato dal pensiero filosofico occidentale, molte volte ancora svanisce di fronte alle forti ragioni di un sistema come quello giuridico che legittima l'uso della forza e della vendetta per non soccombere. Del resto come sostiene Bobbio nel corso della plurisecolare storia umana il significato e l'intensità di un principio, al di là delle interpretazioni possibili, muta profondamente in relazione alle contingenze politiche e di potere. In questo senso lo stesso afferma che i diritti dell'uomo costituiscono una classe variabile. Ed è così che mai come oggi la tutela dei diritti umani appare consegnata a una palese contraddizione. A un crescente successo sul piano dell'enunciazione attestato dal moltiplicarsi delle convenzioni ad essi ispirate corrisponde una sfiducia sempre più pronunciata su quello della loro effettiva attuazione.

Come del resto sostiene Stella, oggi più che mai «il carcere rappresenta nei Paesi occidentali industrializzati uno strumento di straordinaria ingiustizia, un luogo di esclusione di esseri superflui, di annullamento della persona umana»¹⁶⁹. Negli istituti penitenziari «la frantumazione dell'individualità e della personalità è, innanzitutto, rottura della certezza di se stessi e delle sfere di autogestione del proprio corpo, del proprio tempo e della propria psiche»¹⁷⁰. La violazione dei più intimi aspetti della esistenza, del possesso riservato alla conoscenza del proprio corpo come dell'esplicarsi del nucleo più ristretto della vita privata, non trovano nella legge alcuna garanzia. Non vi è infatti atto che non possa per motivi di sicurezza essere spiato, non vi è foglio (o scritto) che non possa essere letto¹⁷¹.

Il sistema carcerario occidentale è ancora oggi equiparabile ad un *gulag western style* che «non è destinato a sterminare, ma che ha la capacità di eliminare dall'ordinaria vita sociale un segmento consistente di persone che potrebbero potenzialmente generare dei problemi [...] esso ha la possibilità di trasformare ciò che altrimenti sarebbe stata la parte più attiva della vita di queste persone in una esistenza assai prossima a quella che i tedeschi chiamano «vita non degna di essere vissuta»»¹⁷².

Il concetto di dignità nel corso dell'iter punitivo si svilisce perdendo la sua formale rilevanza. Solo per fare un esempio, nella maggior parte delle carceri del mondo si assiste allo stravolgimento di quella che è definita personalità individuale attraverso un

¹⁶⁹ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006, p. 131.

¹⁷⁰ L. STORTONI, «Libertà» e «Diritti» del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, in *Il carcere "riformato"* a cura di F. BRICOLA, Bologna 1977, p. 37.

¹⁷¹ L. STORTONI, «Libertà» e «Diritti» del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, in *Il carcere "riformato"* a cura di F. BRICOLA, Bologna 1977, p. 45.

¹⁷² N. CHRISTIE, *Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Stile*, London-New York, IIIed, 2000, p.15.

radicale mutamento nella sfera sessuale (basti pensare che l'80 per cento dei detenuti finisce per accondiscendere a rapporti omosessuali)¹⁷³. Le conseguenze che la pena detentiva ha sui detenuti sono devastanti.

Da valori previ e fondanti, da valori universali e non relativizzabili, dignità e libertà, si privano della loro naturale assolutezza per entrare in un sistema di bilanciamento.

Il valore nei sistemi giuridici ha, infatti, la sua logica e la logica dei valori è come è noto quella della gerarchia tra di loro e delle relativizzazioni reciproche. Pertanto il diritto anche se fondamentale è, e sarà sempre, soggetto a restrizioni in nome di interessi più forti. La nostra società tende a rimuovere una realtà che ha imparato a considerare come sgradevole e a vedere certi criminali come intrinsecamente malvagi e per questo come dei diversi. «Il rapporto dell'amministrazione italiana è una burocratica raccolta di dati e statistiche che si guarda bene dall'indagare, ad esempio, quanti abusi sessuali ci sono nelle nostre carceri, quali e quante sindromi psichiche e fisiche di prigionizzazione vengono riscontrate nelle infermerie dei penitenziari, quanti atti di autolesionismo sfuggono alle statistiche ufficiali»¹⁷⁴. Il detenuto viene privato della sua dignità per questo «il farsi male e il tentativo di togliersi la vita costituiscono, spesso, la sola forma di auto-rappresentazione e l'unica voce (pur stenta e rotta) rimasta a chi, per definizione e per condizione è senza voce»¹⁷⁵.

Nella società dei diritti umani e dell'uguaglianza di principio fra tutti gli esseri umani appaiono, come scrive Stella «nuovi tipi di discriminazioni che si pretendono fondate sul grado di sviluppo fisico, psichico e sociale dell'essere umano, che appunto in base al possesso o meno di tali requisiti viene ritenuto degno o meno di piena protezione»¹⁷⁶. In questo modo, probabilmente, si «allevia il senso di colpa di chi sostiene la neutralizzazione di milioni di persone e, l'uccisione di alcune di loro»¹⁷⁷ in nome della sicurezza e del pubblico interesse. In altri termini si raggiunge, secondo meccanismi sociali oramai ben noti, *l'indifferenza morale* verso le condizioni di queste altre vite di scarto.¹⁷⁸ Proprio per questo anche se molti auspicano ancora in un'estensione della prassi punitiva, ritenendo che libertà e dignità siano valori che possono essere bilanciati o addirittura soccombere di fronte ad esigenze più forti, riteniamo sia doveroso dare

¹⁷³ F. STELLA, *Op.*, cit., p. 131.

¹⁷⁴ F. STELLA, *Op.*, cit., p. 145.

¹⁷⁵ L. MANCONI, *Così si muore in galera. Suicidi e atti di autolesionismo nei luoghi di pena*, in *Politica del diritto*, 2002, n 2, p. 319.

¹⁷⁶ F. ZANUSO, *Neminem laedere*, *Op.*, cit, p98.

¹⁷⁷ D. GARLAND, *La cultura del controllo*, *Op.*, cit., p. 301.

¹⁷⁸ F. STELLA, *Op.*, cit., p. 144.

maggior risonanza alla voce di chi condivide in linea con Lüdersen che nella nostra epoca il punire altro non sia che «un anacronismo»¹⁷⁹.

¹⁷⁹K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. EUSEBI, Milano 2005, p. 1. L'autore formula il suo assunto con diretto riferimento a H. EINSELE, *Mein Leben mit Frauen in Haft*, Stuttgart 1994, p. 321: "...l'anacronistico *recludere* quale forma di pena...".

CAPITOLO III

Lo scopo della pena

3.1 Le riforme dell'illuminismo penale:

Nell'Europa pre-illuminista la pena ha una funzione esclusivamente afflittiva. La Legge del taglione e della vendetta predominano nel sistema giurisdizionale medioevale, in cui il *malum actionis* deve essere compensato creando una sofferenza di egual misura a quella inflitta dal reo.

La crudeltà e la spettacolarità accompagnano le procedure di espiazione con una funzione prettamente deterrente nei confronti dell'intera collettività e, nei mezzi di esecuzione, assume rilievo l'associazione pena-castigo. Anche la tortura nel lungo contesto storico pre-illuminista non è soltanto un mezzo per ottenere la confessione ma, altresì, strumento di redenzione del reo. È un rituale in sostanza che vuole sia «il corpo del condannato a giocare il ruolo della verità vivente del crimine, mostrando pubblicamente a tutti, proprio in virtù dell'eccesso delle violenze esercitate contro di lui, la forza invincibile ed onnipotente che lo domina»¹⁸⁰. È questa una situazione di crudele repressione, priva di garanzie, che dura per secoli.

Il quadro storico inizia a mutare soltanto nella seconda metà del Settecento, quando il pensiero illuminista che accomuna filosofi e teorici del diritto di tutta Europa si schiera contro i supplizi¹⁸¹. È questo il periodo in cui si ravvisa la nascita di una cultura che si basa fortemente sulle idee del diritto: il diritto della coscienza personale, il diritto alla critica, il diritto della ragione, i diritti dell'uomo e del cittadino.

Il Settecento è, propriamente, il secolo in cui, nell'Europa continentale, si pongono le fondamenta dottrinali, normative e istituzionali, dello Stato moderno. La politica dell'assolutismo mette in crisi le strutture portanti del regime feudale, viene eroso il potere giurisdizionale e politico della classe nobiliare e del clero¹⁸².

In questo contesto, le leggi positive non devono ritrascrivere i contenuti della legge morale, o di quella religiosa. Una legge deve infatti semplicemente rappresentare ciò che è utile per la società, e definire riprovevole ciò che è nocivo. Attraverso la moderna scienza giuridica, emerge concretamente il problema inerente al fondamento di

¹⁸⁰G. PIERRO, *Diacronia della fase dell'esecuzione della pena e nascita del moderno sistema penitenziario*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli 2005, p.74.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Cfr., P. COMANDUCCI, *L'illuminismo giuridico*, Bologna 1978.

legittimità circa il diritto di punire da parte dello Stato e i limiti entro i quali tale potere punitivo possa essere esercitato. È questo il momento in cui si delinea un sistema di garanzie individuali, attorno al quale organizzare un assetto razionale del sistema penale in cui le pene sono tanto più giuste «quanto più sacra ed inviolabile è la libertà che il sovrano accorda e conserva ai sudditi»¹⁸³.

Da questo momento in poi «il crimine nel senso penale del termine, o più tecnicamente, l'infrazione non deve più avere, nessuna relazione con la matrice morale o religiosa»¹⁸⁴. Si propone pertanto la soppressione della pena di morte per gli pseudo-crimini dell'eresia e della magia¹⁸⁵ e per i delitti di non grave entità come il furto. Contro l'arbitrio giudiziario, si difende il principio di legalità e di certezza del diritto¹⁸⁶, il divieto di applicazione analogica e di retroattività della norma penale¹⁸⁷, il principio di proporzione fra gravità del reato e qualità e quantità della pena. La pena deve colpire l'autore del reato in misura proporzionale alla gravità del fatto commesso, e non deve superare il limite necessario per impedire il reato (efficacia preventivo-

¹⁸³ Secondo C. BECCARIA *Dei delitti e delle pene*, in Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, diretta da Luigi Firpo, vol. I, Medio Banca, Milano 1984, p. 29, Il diritto del sovrano di punire è fondato esclusivamente “sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la libertà che il sovrano accorda e conserva ai sudditi. Consultiamo il cuore umano e in esso troveremo i principi fondamentali del vero diritto del sovrano di punire i delitti, poiché non è da sperarsi alcun vantaggio durevole della politica morale se ella non sia fondata su i sentimenti indelebili dell'uomo.”

¹⁸⁴ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, Napoli 1994, p. 96.

¹⁸⁵ Sull'argomento s.v. T. SORRENTINO, *Storia del processo penale, dall'ordalia all'inquisizione*, Soveria Mannelli Catanzaro 1999.

¹⁸⁶ S.v., quanto sostiene F. ZANUSO, *I “fluidi” e “le bestie di servizio”. Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria in Ripensare la pena*, F. ZANUSO - S. FUSELLI, Padova 2004, p. 111, con riferimento al pensiero di Beccaria: «L'infallibilità, (l'inesorabilità e la certezza della risposta sanzionatoria all'atto criminoso) e la durata sono requisiti centrali poiché la loro opportuna considerazione consente di formulare una sanzione che funzioni da autentica contropinta alla tentazione delittuosa insita in tutti i cittadini. Notevole è anche il criterio della pubblica esemplarità poiché reale destinataria della sanzione penale è la collettività, che assiste alla punizione dei delitti constatando così la non convenienza dell'infrazione alle regole poste dall' “abile architetto” e l'efficacia della difesa sociale operata dai detentori del potere». Prosegue l'autrice, ancora, con riferimento a Beccaria, che della concezione penale illuministica è generalmente riconosciuto come il rappresentante paradigmatico: «La fama di Beccaria, dolce riformatore penale, è dovuta principalmente alla sua argomentazione a favore della sua argomentazione a favore della proporzionalità fra delitto e pena».

¹⁸⁷ Si veda di M.A. CATTANEO, *Hobbes e il fondamento del diritto di punire*, in *Politica e diritto in Hobbes*, a cura di G. Sorgi, Milano, 1995 p. 125 relativamente alle origini hobbesiane del principio di legalità e certezza del diritto: “Il maggior contributo dato da Hobbes al problema penale consiste a mio avviso nella precisa affermazione del principio della certezza del diritto [...] Per quanto riguarda il problema penale, nel *De Cive* Hobbes dichiara che una parte importante della libertà utile allo Stato e necessaria ai cittadini per vivere in tranquillità, consiste nel fatto che non si devono temere pene imprevedibili, come avviene quando le leggi non prevedono una pena o si vuole imporre una pena maggiore di quella stabilita dalla legge [...] Nel *Leviathan*, nel capitolo dedicato ai reati, Hobbes stabilisce il principio *nullum crimen sine lege*: «No Law, made after a Fact done, can make it a Crime». In questo modo è sancito il principio della irretroattività della legge penale e della necessità della punizione soltanto di un fatto preveduto in precedenza dalla legge come reato”.

generale della pena); la proporzione fra gravità dell'offesa cagionata dal reato e misura della pena deve riguardare sia la quantità sia il tipo della sanzione¹⁸⁸.

Infatti, il fine della pena secondo quanto osserva un rappresentante paradigmatico della concezione penale illuminista, quale è Cesare Beccaria, «non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile [...], non è altro che di impedire il reo dal fare nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne di uguali»¹⁸⁹.

Alla domanda perché si punisce, si risponde che la pena, nella sua essenza è un male, un dolore inflitto al condannato, ma questa non può trovare in se medesima la sua giustificazione, perché intanto da un punto di vista razionale un male può essere inflitto, in quanto attraverso tale inflizione si cerca di realizzare un bene. La pena deve avere quindi uno scopo; essa è un semplice mezzo per raggiungere un fine¹⁹⁰. E «perché una pena ottenga un suo effetto, basta che il male della pena, non ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male deve essere calcolata l'infallibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo, e perciò tirannico»¹⁹¹. La pena in questa prospettiva di razionalizzazione continua a mostrare la reale essenza retributiva, ma necessita ora di forti giustificazioni che si traducono in tutta una serie di regole rispondenti al cosiddetto criterio «utilitaristico»¹⁹².

¹⁸⁸ C. F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra 800 e 900*, in *Storia d'Italia*, Torino 1997, p. 8.

¹⁸⁹ C. BECCARIA, *Op.*, cit., pp. 54-55; sempre sull'argomento s.v. F. ZANUSO *Op.*, cit., p. 105. La Zanuso osserva che Beccaria, si muove in un ambito rigorosamente general - preventivo che ben rispecchia la sua concezione dell'uomo e delle ragioni del suo vivere in società, la caratteristica di ogni concezione general-preventiva - prosegue - è quella di supporre l'uomo condizionabile in base alla promessa di un premio o alla minaccia di un male notevole.

¹⁹⁰ G. BETTIOL, *Diritto penale parte generale*, Padova 1982, p. 750.

¹⁹¹ C. BECCARIA, *Op.*, cit., p. 84.

¹⁹² Si incomincia ad intravedere uno scopo utilitaristico nella pena, e si impone così il rispetto del principio di proporzionalità fra la gravità dell'offesa cagionata dal reato e la misura della pena stessa, sia per quanto riguarda la quantità sia per quanto attiene il tipo di sanzione. Il calcolo della nuova scienza penale tiene in considerazione che non rispettare il principio di proporzionalità, alla luce delle vicissitudini storiche, determinerebbe nel corpo sociale un senso di sfiducia nei confronti del potere. Nel pensiero di Beccaria, così come nel pensiero «di ogni altro costruttore di sistemi filosofici utilitaristici - scrive la Zanuso - l'umanitarismo deve essere aporeticamente ricondotto all'efficitismo utilitaristico». «Prioritario - come riconosce lo stesso Milanese - è infatti il privilegio assegnato alla tutela della sicurezza, intesa a sua volta come difesa dallo *status quo*». Ed infatti «L'individuo - prosegue la Zanuso - se opportunamente orientato dal calcolo razionale, deve vedere la sua utilità e la sua felicità espresse dalla sicurezza, dalla assenza del conflitto, e di conseguenza identificare la sua utilità con l'utilità generale e la sua felicità con la felicità del maggior numero, assicurate dall'efficienza dell'ordinamento». F. ZANUSO, *Op.*, cit., p. 135. Si veda, inoltre, a questo proposito, di J. BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, a cura di M. FOUCAULT - M. PERROT. Quanto viene affermato da Bentham, è decisamente delucidativo, rispetto allo spirito del tempo «Ciò che giustifica la pena, è la sua maggiore utilità, o, per dir meglio, la sua necessità. Il male prodotto dalle pene è una spesa che fa lo Stato in vista di un profitto. Il profitto è la privazione dei crimini. In questa operazione tutto deve essere calcolo del guadagno e della perdita». È

Ove il principio di proporzionalità venisse disatteso, si produrrebbe infatti un senso di sfiducia nei confronti del potere, che finirebbe certamente per diminuire l'efficacia dei suoi comandi. Infatti « tanto più sono giuste le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi »¹⁹³. Attraverso la punizione, si imprime nei cittadini un codice morale fatto di principi e valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico; lo scopo ultimo sarà quello di rafforzare la coscienza sociale proprio intorno a questi ultimi. Si punisce perché attraverso la pena si ottiene il riconoscimento delle norme e la fedeltà nei confronti del diritto da parte della maggioranza degli osservanti¹⁹⁴

I riformatori illuministi invocano un sistema che riconosca l'intangibilità dei diritti fondamentali della persona, un sistema di diritto penale razionale e certo e per questo idoneo a limitare il potere arbitrario del Sovrano. Da questo momento in poi, la commisurazione delle pene per i singoli delitti è funzione che spetta soltanto al legislatore e, per quanto riguarda l'applicazione delle pene al caso concreto, è compito che spetta soltanto al giudice¹⁹⁵. La pena non deve essere arbitraria: «trarre il delitto dal

questa l'espressione economico-morale di una penalità che monetizza i castighi in giorni, mesi, anni e che stabilisce equivalenze quantitative delitti-durata. In senso contrario la teoria kantiana della pena, che tanto influenzò le elaborazioni successive della retribuzione, muove dalla concezione dell'uomo come "personalità", per cui l'uomo non può essere "usato" quale strumento per qualsiasi scopo, né trattato alla stregua di una "cosa". Di conseguenza, la pena non può trovare la propria giustificazione nel perseguimento dell'utile della società né del reo stesso, ma deve avere un fondamento etico assoluto: ciò che giustifica la pena è soltanto la realizzazione dell'idea di giustizia, attuabile solo attraverso la retribuzione. Kant nella *Metafisica dei costumi* afferma, infatti, che la pena deve essere applicata a chi è colpevole di un delitto non per un utile dell'individuo stesso o della società ma soltanto perché egli ha commesso un crimine. I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Roma -Bari 2001, p. 164, vedi a riguardo di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, p. 42. Il diritto penale è secondo Kant « il diritto che ha il sovrano verso chi gli è soggetto, di infliggergli una pena, quando si sia reso colpevole di un delitto » I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Bari 1970, p. 164. Kant si interroga sul problema penale, per l'applicazione al tema della pena di un principio che rimanda al valore dell'uomo come fine in sé, si veda a questo proposito di M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981, p. 270. Tuttavia nel mettere una pietra tombale su ogni teoria relativa della pena, non esita ad affermare che la sola pena giusta in caso di omicidio è sempre e solo la pena di morte: «Anche quando la società civile si dissolvesse con il consenso di tutti i suoi membri... l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe venire giustiziato». I. KANT, *Op.*, cit., pp. 166-167 «Nella dottrina di Kant - scrive Cattaneo- l'atto illecito è un impedimento alla libertà di un altro; la coazione, che si contrappone a questo, è anch'essa un impedimento alla libertà, ma in quanto essa opera come un ostacolo a un impedimento alla libertà, è giusta, ovvero in accordo con la libertà secondo le leggi universali [...] In questo senso si esprime l'idea che in realtà la pena non è semplicemente un mezzo coattivo a tutela del diritto individuale, ma riveste un carattere di sanzione pubblica, dotata di particolari doti di assolutezza, doverosità e irrinunciabilità; la pena, secondo tale prospettiva, non mira semplicemente a riparare un danno o a ripristinare una condotta, ma a infliggere un male giuridico, a scoraggiare un tipo di condotta, guardando non soltanto al rapporto singolare tra vittima e offensore, ma a tutti i cittadini e all'interno dell'ordinamento giuridico ». M. A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, *Op.*, cit., pp. 20-23.

¹⁹³ C. BECCARIA, *Op.*, cit., p. 29

¹⁹⁴ M. PAVARINI, *Lo scopo della pena. Introduzione al sistema penale*, Torino 2006, p. 327.

¹⁹⁵ M. A. CATTANEO, *Op.*, cit., Torino 1990, p. 251.

castigo è il mezzo migliore per proporzionare la punizione al crimine. E se questo è il trionfo della giustizia - afferma Marat - questo è anche il trionfo della libertà, perché allora le pene non derivando più dalla volontà del legislatore ma dalla natura delle cose, non mostrano più l'uomo fare violenza sull'uomo»¹⁹⁶. La pena deve strettamente rispecchiare il reato. Bisogna dare «alla pena tutta la possibile conformità con la natura del delitto affinché il timore del castigo allontani lo spirito dalla strada dove lo conduceva la prospettiva di un crimine vantaggioso»¹⁹⁷.

3.2 La nascita della prigione

Superata la visione puramente afflittiva e vendicativa, escluso ogni ricorso alle punizioni corporali, la prigione si palesa come nuovo modello di sanzione. Questa viene considerata una forma di pena più umana, ma soprattutto più idonea a soddisfare una pluralità di esigenze. La detenzione è infatti in grado di garantire il rispetto del principio di certezza del diritto, in quanto suscettibile di essere rigorosamente misurata nella sua afflittività attraverso la durata del tempo sottratto alla libertà del condannato. La privazione della libertà è prospettabile, inoltre, «come castigo egualitario che accomuna il ricco e il povero, il nobile e il plebeo, il giovane e il vecchio, l'uomo e la donna; e risponde, pertanto, alla esigenza di un trattamento giuridico uniforme che è il riflesso della tutela assoluta di ogni persona quale centro di polarizzazione dei diritti costituzionali inviolabili»¹⁹⁸.

Ciò nondimeno la prigione incrementa un sistema che monetizza i castighi in giorni, mesi, anni e che stabilisce equivalenze quantitative delitti-durata. E da qui, probabilmente, l'espressione così frequente, così conforme al funzionamento delle punizioni, benché contraria alla teoria scritta del diritto penale, che si sta in prigione per pagare il proprio debito. Di fatto, attraverso l'opera dei riformatori si predispose un apparato normativo in cui sia il reato, sia la pena attraverso il calcolo del tempo di lavoro passato in carcere, possano essere suscettibili di una rigida valutazione economica (nel senso più ampio che si può dare a questo termine). Del resto, il tempo è denaro. Poiché in una società basata sullo scambio, qualsiasi bene colpito è valutabile economicamente, un tempo determinato da scontare (lavorando) in carcere può ben

¹⁹⁶ Cfr. J. P. MARAT, *Disegno di legislazione criminale*, Milano, 1971, p. 33.

¹⁹⁷ C. BECCARIA, *Op.*, cit., p. 119.

¹⁹⁸ G. PIERRO, *Op.*, cit., p. 75.

ripagare l'offesa commessa¹⁹⁹. Il doppio fondamento, giuridico-economico da una parte, e tecnico-disciplinare dall'altra, sono presenti anche nel pensiero di Beccaria: «la pena più opportuna – egli scrive - sarà quell'unica sorta di schiavitù che si possa chiamar giusta, cioè la schiavitù per un tempo, delle opere e della persona alla comune società, per risarcirla, con la propria e perfetta dipendenza, dall'ingiusto dispotismo usurpato sul patto sociale»²⁰⁰. Prelevando il tempo al condannato, secondo i riformatori, si traduce concretamente l'idea che l'infrazione lede, al di là della vittima, l'intera società, ed inoltre questa pratica consente allo Stato di affermare la propria presenza senza intaccare gli interessi di un'economia di mercato indispensabile alla sua stessa sopravvivenza.

Ed è così che la pena si impone come frutto di una scienza dagli effetti minuziosamente calcolati, prefiggendosi di difendere la società dal crimine e da ogni forma di attentato a quei valori fondamentali divenuti irrinunciabili, senza prescrivere una vendetta, o la redenzione di un peccato.

I riformatori affermano che le punizioni vanno eseguite pubblicamente, essendo un esempio per tutti. «Perché ciò accada, è necessario un repertorio molto articolato di pene pubbliche, capaci di rispecchiare le diverse fattispecie di reati, di commutare gli interessi particolari in generali e di trasmettere messaggi di ammonizione visibili a chiunque». È perciò un paradosso che dal XVIII sec in poi si sia invece sviluppato un sistema punitivo in cui la prigione diviene la modalità sanzionatoria applicabile virtualmente a tutti i tipi di reato²⁰¹.

L'impresa di riforma morale cessa a questo punto di essere un'autodifesa penale, per trasformarsi in un rafforzamento del potere dell'autorità stessa, che partendo dal concetto di «statalizzazione della giustizia», arriva a teorizzare forme di controllo

¹⁹⁹ D. MELOSSI - M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica alle origini del sistema penitenziario*, Bologna 1977, p. 109.

²⁰⁰ C. BECCARIA, *Op., cit.*, p. 97.

²⁰¹ D. GARLAND, *Pena, diritto e società moderna*, Milano 1999, p.186.

«panoptico»²⁰², in cui la repressione fisica è progressivamente sostituita da una struttura di dominio dolce, ma estremamente efficace²⁰³.

Nel progetto dei giuristi riformatori, scrive Foucault «la punizione è una procedura per riqualificare gli individui come soggetti di diritto»²⁰⁴. I regimi delle prigioni mirano alla correzione dell'individuo, mirano a riqualificare il reo come cittadino, ma la punizione è una tecnica di coercizione, e come tale opera processi di «addestramento del corpo». La prigione interviene mirando ad impossessarsi del corpo del detenuto, a esercitarlo, ad addestrarlo, ad organizzarne il tempo e il movimento per riuscire infine, a trasformarne l'anima²⁰⁵.

Foucault nelle sue opere evidenzia come il passaggio verso un sistema punitivo razionale e certo, è in realtà una manovra obbligata ai fini della conservazione del potere. La sua analisi mette in evidenza come una società uniformemente punitiva, in cui i castighi risultano inevitabili, necessari, simili, e senza scappatoie possibili, facilita il riconoscimento da parte dei cittadini di un codice morale fatto di principi e valori sui quali fondare la forza politica dello stesso ordinamento giuridico. Ed infatti, il senso di sfiducia nei confronti di un sistema come quello che nell'*ancien régime*, trascinava con sé, centinaia e migliaia di ordinanze mai applicate, di diritti che nessuno esercitava e di regole a cui masse di persone sfuggivano²⁰⁶. Ciò, non poteva assolutamente collimare con le nuove esigenze economiche e soprattutto con il timore del crescere dei movimenti popolari, che rendevano necessario un altro sistema di “quadrettatura” della società e un esercizio del potere ben più sottile e serrato. Proprio per questo, i grandi

²⁰² Il *panoptismo*, inteso come principio di sorveglianza centrale, comincia poco a poco a modificare il sistema carcerario e l'architettura penitenziaria. Da qui l'effetto del Panopticon: indurre nel detenuto uno stato cosciente di visibilità che assicuri il funzionamento automatico del potere. Secondo le parole di Bentham, «Far sì che la sorveglianza sia permanente nei suoi effetti, anche se è discontinua nella sua azione; far sì che la perfezione del potere tenda a rendere inutile la continuità del suo esercizio; che questo apparato architettonico sia una macchina per creare e sostenere un rapporto di potere indipendente da colui che lo esercita».

²⁰³ D. GARLAND, *Op.*, cit., p. 190. Prosegue l'autore: «I rapporti di potere così costruiti sono, in un certo senso, automatici e oggettivi, dipendono dalla distribuzione degli spazi e dalla visibilità, più che dalla forza o dalla volontà di coloro che ricoprono posizioni di potere».

²⁰⁴ M. FOUCAULT, *Op.*, cit., p. 143.

²⁰⁵ D. GARLAND, *Op.*, cit., p. 187. Vedi a cura di A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani, come oggetti e limite della legge penale*, in “*Dei delitti e delle pene*”, 1985, p. 446, in cui si evidenzia, come in realtà la situazione illustrata, rappresenti in realtà il successo storico dell'istituzione carceraria, se la si studia dal punto di vista delle sue funzioni reali. Essa serve innanzitutto a differenziare ed amministrare una parte dei conflitti esistenti nella società, come “criminalità”, cioè come un problema sociale legato alle caratteristiche personali di individui particolarmente pericolosi, il quale richiede una risposta istituzionale di natura tecnica: la pena, il trattamento del deviante. In secondo luogo il carcere serve alla produzione e riproduzione di “delinquenti” e serve sempre di più, a rappresentare come “normalità” i rapporti di disuguaglianza esistenti nella società, e alla loro riproduzione materiale e ideologica.

²⁰⁶ M. FOUCAULT, *Dalle torture alle celle*, Cosenza 1979, pp. 23-24.

rituali del castigo, costituiti dai supplizi destinati a provocare effetti di terrore esemplari ma a cui molti colpevoli sfuggivano, spariscono di fronte all'esigenza di una universalità punitiva che si concretizza gradualmente nel sistema penitenziario²⁰⁷. Il passaggio dalla brutalità delle pene proprie dell'*ancien regime* alla umanizzazione tanto ostentata dai riformatori è, secondo Foucault, il frutto di un calcolo razionale²⁰⁸. I movimenti di riforma difficilmente sono determinati da petizioni filosofiche o dall'improvvisa preoccupazione per i propri simili. Ma è, piuttosto, il principio fondamentale e ben conosciuto del tornaconto personale che determina l'introduzione di politiche differenti. In termini politici e di interessi di potere l'umanizzazione illuminata è il risultato di un processo di adattamento e di revisione proporzionale all'evoluzione dei processi storici ed in particolare di quelli economici²⁰⁹. Infatti, come Rusch e Kirchheimer²¹⁰ ci illustrano, verso la fine del XVI secolo, l'economia e lo sviluppo demografico di parecchi Stati europei iniziano a subire mutamenti profondi. In netto contrasto con quanto accadeva nel secolo precedente ci si trova a dover fronteggiare una spaventosa difficoltà nel reperire forza lavoro, idonea a soddisfare le esigenze delle nuove forme di produzione²¹¹. Da qui la necessità da parte dei governi, di predisporre politiche sociali che rispondano a queste esigenze. Si tenta pertanto di ovviare il problema con una serie di misure restrittive delle libertà personali per far fronte ad una rarefazione della forza lavoro che stava seriamente compromettendo la stabilità dello stesso ordine sociale. Nell'elaborazione di questa analisi, il contributo di Rusch e Kirchheimer mette in evidenza come il corpo del reo non può essere assolutamente danneggiato, in quanto considerato come un bene collettivo, utile ai fini

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in Dei delitti e delle pene 1985, pp. 504 -505. L'utilitarismo penale è a parere di Ferrajoli una dottrina ambivalente. L'autore distingue due differenti versioni, "a seconda- egli scrive- del tipo di scopo assegnato alla pena e al diritto penale". Prosegue spiegando che "Una prima versione è quella che commisura lo scopo alla *massima utilità possibile* da assicurare alla *maggioranza dei non devianti*. Una seconda versione è quella che commisura lo scopo alla *minima sofferenza necessaria* da infliggere alla *minoranza* dei devianti. Sta di fatto che a detta dello stesso Ferrajoli le dottrine utilitaristiche dell'Ottocento sono tutte orientate verso modelli correzionalistici o intimidazionistici di diritto penale massimo o illimitato. È questo il periodo storico in cui si incomincia a stabilire un rapporto diretto, tra l'utilità della pena e l'esigenza umanitaria di mitigazione delle pene. Si prospetta la soppressione della pena capitale a favore di pene che ledano la dignità umana il meno possibile ma, allo stesso tempo, si legittima lo sfruttamento del detenuto per un tempo illimitato all'interno di carceri che di umano hanno sicuramente ben poco. I riformatori del XVII sec. rivendicano un esercizio legittimo del potere: «La tirannia fronteggia la rivolta; esse si richiamano l'un l'altra. Doppio pericolo. Bisogna che la giustizia criminale, invece di vendicarsi, finalmente punisca».

²⁰⁹ D. GARLAND, *Op.*, cit., pp. 184-185.

²¹⁰ G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna 1978, pp. 62 – 64.

²¹¹ D. GARLAND, *Op.*, cit., pp. 138-139.

dell'incremento della forza lavoro²¹². Per comprendere la logica del tempo, basta soffermarsi sulla delibera di istituzione della *Zuchthause* di Amsterdam, che recita come segue: «Dal momento che numerosi malfattori, perlopiù giovani, vengono giornalmente arrestati nelle strade di questa città e la magistratura esita a condannarli a pene corporali o alla detenzione a vita, la questione è stata posta [...] se non sia consigliabile erigere una casa e decretare che i vagabondi i malfattori, i furfanti e qualsiasi altro individuo di questa razza vengano colà rinchiusi e posti al lavoro al fine della loro correzione»²¹³. Ecco perchè la pena non può più essere concepita come distruzione del corpo per vendetta o come esempio e si concretizza nell'infliggere la maggiore sofferenza possibile senza danneggiare il corpo²¹⁴.

Attraverso le analisi politico-sociologiche di Rusch e Kirchheimer ed in forma ben più sottile attraverso il contributo di Foucault, si interpreta il ricorso alla punizione alla stregua di uno strumento legale necessario per il raggiungimento di un più ampio fine. Un fine che risponde alla logica del controllo, esercitabile in modo efficace allorchè la paura e il timore derivanti dalla forza coattiva del diritto, svolgono un ruolo di primaria importanza.

3.3 L'influenza dei principi teologici nel sistema punitivo

Nel famoso capitolo XIII dell'*Epistola ai Romani*, S. Paolo, rivolgendosi ai cristiani della capitale, consiglia loro di sottomettersi alle autorità. Attraverso questo gesto S. Paolo introduce il concetto di autorità e di sanzione, di obbedienza e di paura, allontanandosi fortemente dall'amore fraterno di cui aveva parlato prima. In poche parole, rompendo l'appello all'amore reciproco, Paolo crea la figura dell'autorità secolare che punisce chi compie il male, introducendo quella violenza legittima fondata sulla giustizia, che egli definisce " il bene"²¹⁵. Attraverso questo emblematico episodio è evidente come le forme assunte dalle varie modalità sanzionatorie, i simboli con cui la penalità rivendica la sua legittimità, rappresentano elementi che vanno a caratterizzare e a rafforzare il potere politico, plasmandosi e adattandosi ai mutamenti storici²¹⁶.

²¹² F. GARREFFA, *Per una storia sociale della reclusione*, Working Paper n. 74, UNICAL, Dipartimento di Sociologia e di Scienze Politiche.

²¹³ G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Op.*, cit., pp. 62, 64.

²¹⁴ F. GARREFFA, *Ibidem*.

²¹⁵ P. RICOEUR, *La questione del potere*, Lungro di Cosenza 1991, p. 45.

²¹⁶ Ancora una volta ci riferiamo alle tesi dello scetticismo giuridico, riportate da L. DE OÑATE, *Op.*, cit., p. 96 e ss. « La diversità del diritto nel tempo e nello spazio porta alla conclusione che il diritto come diritto non esiste, ma esistono le infinite norme di legge, varie, mutevoli, arbitrarie, legate alla

Pensiamo alla forza politica e giuridica espressa *nell'ancien regime* dal sovrano. Questi traduce più che mai la simbiosi tra popolo e potere politico, in forza della sua diretta derivazione mistica e teologica. Attraverso il diffuso timore di una duplice punizione, terrena e ultraterrena, si determina una indiscutibile concordia intorno al suo potere e di conseguenza al diritto, rappresentato e incarnato nella volontà del Sovrano, non è posto alcun limite²¹⁷. Il re è sacro, unto dal Signore come legittimo sovrano e, di conseguenza, è del tutto evidente come l'eventuale attacco sferrato contro la sua persona e contro le sue leggi, diventa irrimediabilmente crimine punibile con atroce severità. Come avverte Garland, in questo contesto la pena si traduce in una vera e propria forma di vendetta che si giustifica in forza del diritto del Sovrano a dichiarare guerra ai suoi nemici²¹⁸. Le

contingenza e in particolare alla volontà singola ed individuale di chi comanda, nonché all'ambiente nel quale sono emanate e nel quale hanno la loro validità».

²¹⁷ A questo proposito è doveroso precisare che la situazione cambia dal momento in cui a partire dal XIV sec. l'universalità e la sovranità dell'Impero si vanno riducendo sempre più a una finzione e l'unità religiosa, dopo quella politica, del mondo medievale, si spezza. Il concetto stesso di diritto naturale che fino a Grozio era concepito prevalentemente in una accezione dogmatica e teologica, da questo momento in poi, verrà inteso come «norma umana posta dall'autonoma attività del soggetto, libera da ogni presupposto oggettivo (ed in particolare teologico) ed esplicatesi nella ragione, essenziale strumento della soggettività umana». In questo senso «lo Stato stesso è concepito come una libera e volontaria creazione degli individui per la protezione e la garanzia dei loro diritti naturali, che perde ogni sua giustificazione e che può essere modificata o soppressa quando non adempia questa sua essenziale funzione». Questo è l'aspetto politico della dottrina giusnaturalistica moderna, che venne preparando ideologicamente le grandi rivoluzioni liberali, quella inglese del 1688 e quella americana e francese della fine del XVIII sec. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol II, *L'età moderna*, Roma- Bari, 2003, pp. 85-90. Come scrive F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano 2001, p. 54, s per Grozio «la *societas* non è più nozione correlata ad un'antropologia teologica, ma è nozione autonoma e isolata, ricollegata all'essere umano, preso in sé e per sé, determinato e guidato dalla sua *ratio*. Prima ancora che attraverso la teoria del diritto naturale autonomo e immutabile, è attraverso l'idea dell'*appetitus societatis* che il giurista olandese fa un passo». Grozio riconduce il diritto all'uomo, rapportandosi e opponendosi al pensiero teologico-giuridico medievale; il diritto è per lo stesso un principio, che vale indipendentemente da ogni possibile fondazione teologica, morale o politica, vedi P. D'AMICO *Storia della Filosofia del Diritto*, Milano, 2001 pp. 36- 37. Tuttavia, come sostiene E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1983, p. 109, Grozio stesso finirà per ricondurre in ultima analisi, l'origine di tale diritto proprio a Dio. Grozio, infatti dopo aver riconosciuto che nemmeno Dio potrebbe cambiare ciò che è giusto per natura, aggiunge subito che questa limitazione è posta dallo stesso valore divino. Nel *De iuri belli ac pacis*, egli afferma che il diritto naturale conserverebbe il suo pieno valore anche se Dio non esistesse o non si curasse delle vicende umane, ma allo stesso tempo, sempre secondo l'interpretazione data da Opocher, si affretta a definire l'ipotesi come blasfema.

²¹⁸ Per quanto riguarda il concetto di vendetta, si veda R. GIRARD in *La violenza e il sacro*, Milano, 1992, p. 31. L'autore si sofferma sul significato intrinseco del concetto di vendetta evidenziando come in realtà l'uomo si trovi da sempre invischiato in un gioco di equivoci volutamente creati in cui inevitabilmente la violenza chiama violenza e la vendetta altra vendetta. «Perché la vendetta del sangue ovunque essa imperversa, costituisce un'insopportabile minaccia? La sola vendetta soddisfacente di fronte al sangue versato sta, nel versare il sangue del criminale. Non c'è differenza netta tra l'atto primitivo della vendetta e la vendetta stessa. La vendetta si vuole rappresaglia e ogni rappresaglia ne attira di nuove. Il delitto punito dalla vendetta non considera quasi mai se stesso come se fosse il primo si vuole già vendetta di un delitto più originario. La vendetta costituisce dunque un processo infinito, interminabile. Ogni qual volta affiora in un punto qualunque di una comunità essa tende ad estendersi e a raggiungere l'insieme del corpo sociale.[...] Ma curiosamente è proprio là dove vige il divieto più rigoroso che la vendetta è regina. Anche quando resta nell'ombra, quando il suo ruolo nell'apparenza è nullo, essa

modalità d'esecuzione riproducono esattamente quelle degli schemi bellici, la giustizia si pone infatti quale manifestazione di violenza armata, alla stregua «di un'esercitazione di terrore volta a ricordare al popolo il potere illimitato che sta dietro la legge»²¹⁹. La vendetta del sovrano rievoca quella espressa dal Dio dell'Antico Testamento in cui la pena punitiva e privatistica richiama la categoria etico-giuridica del taglione²²⁰, a cui si associa il concetto di *espiatio*. Il pensiero corre verso quei passi in cui si descrive la crudeltà di Geova e il terrore psicologico da lui prodotto, come superiore ad ogni immaginazione²²¹. Questo aspetto, purtroppo, non si perde per secoli. Anche quando nel XIII sec si affermerà, infatti, il principio secondo il quale la responsabilità penale è strettamente personale, alcuni reati tra i quali quello di lesa maestà, comunque, ammettono una eccezione nei confronti di un principio riconosciuto come fondamentale non solo dal diritto laico, ma anche da quello canonico. In questo caso il diritto penale utilizza alcuni libri dell'Antico Testamento, in cui si fa espresso riferimento alla responsabilità collettiva, per giustificare la sua severità²²². Non vi è pertanto da stupirsi se la crudeltà e la spettacolarità accompagnano le singole procedure di espiazione che diventano esse stesse delle vere e proprie esibizioni di forza²²³. Nel punire le offese commesse dagli uomini, ci

determina molte cose nei rapporti con gli uomini.[...] Il dovere di non versare mai il sangue, non è mai veramente distinto dal dovere di vendicare il sangue versato. Perciò per fare cessare la vendetta come ai giorni nostri per fare cessare la guerra, non basta convincere gli uomini che la violenza è odiosa, è proprio perché ne sono convinti che si sentono in dovere di vendicarla. In un mondo sul quale incombe tuttora la vendetta, è impossibile nutrire nei suoi riguardi idee prive di equivoci o parlarne senza contraddirsi.»

²¹⁹ D. GARLAND, *Op.*, cit., p. 183.

²²⁰ Nei libri sacri la formulazione della legge del *taglione* è netta « Se segue una disgrazia, tu pagherai vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, ustione per ustione, lividura per lividura ». «A chi fa uno sfregio al proprio congiunto sarà fatto come egli fece. Frattura per frattura, occhio per occhio, dente per dente: qual è lo sfregio inflitto da un uomo, tale sia quello inflitto a lui». N. JAEGER, *Il diritto nella Bibbia*, Spoleto 1960, p. 27. (*Esodo*, 21, 23-25). (*Levitico*, 24, 19-20).

²²¹ G. R. SCOTT, *Storia della tortura*, Milano, 1999, p. 74. «Coloro che lo dispiacciono, sono massacrati a migliaia. Colpi gli Israeliti con piaghe grandissime. Approvò, inoltre, che la negligenza e altri reati insignificanti, venissero puniti con torture come la lapidazione e il rogo».

²²² Il reato di lesa maestà è considerato essere talmente grave che alla fine dell'*ancien régime* si pone ancora come eccezione al principio enunciato già nel XIII secolo secondo il quale il delitto è un atto strettamente personale, «*A ce principe fondamental, le droit pénal laïc admet cependant, jusq' à la fin de l'Ancien Régime, une spectaculaire exception: le crime de lèse-majesté au premier chef, dont la sanction est familière. En effet, outre la peine terrible qui frappe le régicide lui-même (l'écartèlement à quatre chevaux, précédé de supplices affreux), ses proches sont de leur côté condamnés à l'exil, privés de leur nom, la maison familière est rasée*» J. M. CARBASSE, *Les fondements chrétiens de l'ancien droit pénal*, in *La faute, la peine et le pardon*, Parigi 1999, pp. 49-50.

²²³ Foucault descrive la crudeltà dell'esecuzione di Damiens. «Damiens era stato condannato, era il 2 marzo 1757, a fare confessione pubblica davanti alla porta principale della Chiesa di Parigi dove doveva essere condotto e posto dentro una carretta a due ruote, nudo, in camicia, tenendo una torcia di cera ardente del peso di due libbre; poi nella detta carretta, alla piazza di Grève, e su un patibolo che ivi sarà innalzato, tanagliato alle mammelle, braccia, cosce e grasso delle gambe, la mano destra tenente in essa il coltello con cui ha commesso il detto parricidio bruciata di zolfo e sui posti dove sarà tanagliato, sarà gettato piombo fuso, olio bollente, cera e zolfo fusi insieme e in seguito il suo corpo tirato e smembrato

si ispira infatti all'esempio di quel Dio che si adora e che allo stesso tempo si teme fortemente²²⁴. Nell'applicazione della pena si escludono la presenza di scopi specifici, particolari o anche relativi, quello che conta è che si elimini la paura collettiva del contagio originariamente provocato dalla violazione del precetto. «Ed è così che i sudditi avvertono tutta la forza delle regole morali e religiose, ma non meno potentemente avvertono quella della coazione esterna»²²⁵.

In questo è sicuramente grande l'opera della Chiesa, ma non meno grande quella dell'Impero. Queste supreme autorità, nell'ambito dei propri poteri e delle proprie forze, hanno infatti contribuito di comune accordo al progressivo sviluppo della sovranità assoluta. «Nei tentativi di impregnare di valori morali e religiosi il governo, nel rispetto della separazione tra Dio e Cesare»²²⁶ si intravede infatti una manovra ben calcolata. Si è parlato di “agostinismo politico”, tracciando il quadro di un nuovo disegno politico e giuridico dell'Occidente cristianizzato in cui il crimine si traduce in peccato, manifestandosi come rivolta volontaria e libera, per colpa della quale si “dimentica” Dio, lasciandosi abbagliare da altri interessi²²⁷. Le conseguenze sono facilmente deducibili, tra l'autorità ecclesiastica, infallibile e vincolante perché investita del carisma divino e l'individuo peccatore, non può che esserci una posizione di devota sottomissione e di obbedienza assoluta²²⁸.

Secondo la visione agostiniana «Dio ha creato l'uomo simile a lui nel dono prezioso ed esclusivo del libero arbitrio, ma il dono è ben presto sciupato dalla creatura, che ne abusa come meglio non si potrebbe, ribellandosi al suo Creatore e dandosi per legge suprema la propria volontà, capricciosa, incoerente e debole avanti a ogni appetito dei sensi»²²⁹.

Così la caccia al peccato richiede nuove pratiche penitenziali che non trovano alcuna giustificazione, se non nell'istinto di voler punire e giudicare²³⁰.

Come sostiene Mereu, forse, ci si trova di fronte ad una manovra politica ben calcolata e finalizzata ad addomesticare le anime attraverso l'uso della paura²³¹. L'idea di un'entità superiore che arbitrariamente determina ciò che è giusto e ciò che è sbagliato e così la

da quattro cavalli e le sue membra e il suo corpo consumati di fuoco, ridotti in cenere e le sue ceneri gettate al vento”. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino 1976, p. 5.

²²⁴ G. R. SCOTT, *Op.*, cit., p. 74.

²²⁵ B. BIONDI, *Giustiniano primo principe e legislatore cattolico*, Milano 1936, p. 357.

²²⁶ J. LE GOFF, *Op.*, cit., p. 22.

²²⁷ AA.VV., *La filosofia prima dei greci*, Torino 1963, p. 303.

²²⁸ I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, Milano 1988, p. 116.

²²⁹ N. JAEGER, *Op.*, cit., p. 30.

²³⁰ J. LE GOFF, *La nascita del purgatorio*, Torino, 1982, p. 241.

²³¹ I. MEREU, *Op.*, cit., p. 116.

paura del castigo divino, si traducono, infatti, in concetti fortemente strumentali. Di fatto l'influenza teologica si riflette fortemente nei testi legislativi e, ancor di più, nei sistemi punitivi, determinando quella che sarà la concezione teocratica di tutto il medioevo barocco²³².

Moltissimo materiale giuridico è costituito dalla rielaborazione del nucleo essenziale della dottrina cristiana, attraverso le parole dei Padri della Chiesa²³³. È in questo contesto, secondo Mereu, che si sostanziano e prendono forma tutte le idee portanti in relazione alla punizione. Quelle idee, che da allora sono rimaste immutate²³⁴.

Il rapporto *culpa-poena*, infatti, così come impostato dai Padri della Chiesa e in seguito dai teologi della scolastica, sarà ripreso e adottato dai giuristi laici del diritto comune. E il discorso si estende a tutti gli "istituti" (così come sono chiamate dal 500 le strutture giuridiche fondamentali) del diritto penale: dal concetto di dolo a quello di colpa, colpevolezza e preterintenzione, dalla capacità penale al concetto di reato e così agli elementi accidentali del reato, che ancora oggi sono concepiti secondo l'angolazione "tolemaica". Persino gli assiomi "*Nullum delictum sine lege*" e "*Nullum delictum sine culpa*" - presentati come i fondamenti del diritto penale moderno - esprimono due principi ideologicamente sempre ripetuti da tutti i teologi e giuristi del medioevo²³⁵.

Si consideri, infatti, che già alla metà del XIII sec., a seguito della diffusione delle opere di Aristotele, si apre la via ad un nuovo modo di pensare lo spazio della politica, nella positività e nella autonomia delle sue ragioni umane. La legge che sta al di sopra di tutte e che governa l'intero universo è, per S. Tommaso, la legge eterna che coincide con la sovranità di Dio su tutte le creature²³⁶. Allontanandosi pertanto da quelle forme di punizione unicamente vendicative e superata la visione puramente afflittiva e brutale, la nuova politica muove verso il tentativo di riabilitare spiritualmente il soggetto. Secondo S. Tommaso, la pena può avere anche una funzione preventiva e pedagogica «*quod aliquis incipit assuefieri ad vitandum mala et implendum bona propter metum poena, perducitur quandoque ad hoc, quod delectabiliter et ex propria, voluntate hoc faciat. Et secundum hoc lex etiam puniendo producit ad hoc quod homines sint boni*»²³⁷. L'Aquinate sostiene che gli uomini che delinquono possono essere non solo puniti, ma anche costretti dallo

²³² I. MEREU, *La morte come pena*, Milano 1982, p. 13.

²³³ J. LE GOFF, *Il cielo sceso in terra*, Roma-Bari, 2004, p. 20.

²³⁴ I. MEREU, *Op.*, cit., Milano 1979, pp. 9-12.

²³⁵ I. MEREU, *La morte come pena*, Milano 1982, pp. 9-10.

²³⁶ S. PETRUCCIANI, *Modelli di filosofia politica*, Torino 2003, p. 68.

²³⁷ S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, 1°, 2°, q. XCII, a. 2.

Stato a divenire buoni²³⁸. Del resto, il diritto in generale è finalizzato «*ut faciat homines bonos*»²³⁹. L'utilità sociale acquista una dimensione predominante divenendo sinonimo di socialità. La pena diventa giusta e necessaria solo qualora si dimostri utile per la società, andando a garantire la salvaguardia del bene comune.

Ancora una volta assistiamo a quella stessa manovra di mascheramento del potere (questa volta quello ecclesiastico) che è costretto a modificare le sue strategie di controllo, per non perdere il consenso del popolo e per non soccombere di fronte ad un mondo che inizia a mostrare i primi segni di insofferenza e a cercare degli spiragli di luce in un medioevo oscuro e claustrofobico. Ma il processo di umanizzazione e di revisione non può chiaramente spingersi oltre determinati limiti, infatti, se da un lato l'Aquinate sembra appellarsi ai principi evangelici nei confronti del reo-peccatore, al quale riconosce la possibilità di una riabilitazione spirituale, dall'altro proprio le sue idee utilitaristiche lo identificano, forse, come il maggior teorico della pena di morte di tutto il Medioevo²⁴⁰. «Se la vita di certi delinquenti è contraria al bene comune, cioè all'ordine nella società umana, -essi, secondo S. Tommaso - potranno anche essere uccisi»²⁴¹.

In questo modo tutto diventa più facile: si supera il comandamento divino di non uccidere, vengono messe da parte le implicazioni teologiche, si separano le responsabilità

²³⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma- Bari, 1989, p. 252.

²³⁹ S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, 1°, 2°, q, CVIII a. 1.

²⁴⁰ I. MEREU, *Op.*, cit., Milano 1982, p. 30.

²⁴¹ S. TOMMASO, *Summa contra gentiles*, lib. 3°, cap. 146. L'Aquinate specifica il concetto utilizzando metaforicamente la figura del medico: «E come il medico con le sue cure opera in vista della salute, la quale consiste nel giusto equilibrio dei diversi umori fra di loro, così il principe con la sua azione si sforza di raggiungere la pace, mantenendo l'ordine fra i cittadini. Ora se l'infezione minaccia tutto il corpo, il medico taglia a buon diritto e utilmente la parte malata; allo stesso modo il Principe, giustamente e senza peccare, mette a morte i delinquenti, nel timore che la pace sociale sia turbata.» Nella *Summa*, Tommaso critica la tesi - che in realtà discende immediatamente dai principi cristiani - secondo cui la *vindicatio* non è lecita. S. Tommaso afferma infatti che nella *vindicatio* che avviene mediante la pena, si deve considerare l'animo del puniente; se l'animo consiste meramente nel ricercare il male di chi subisce la pena, questa è del tutto illecita, perché rallegrarsi del male altrui è cosa propria dell'odio, e aliena dalla carità: «*quia delectari in malo alterius pertinet ad odium, quod caritati repugnat, qua homines debemus dirigere*». Se invece l'intenzione del puniente è quella di ottenere un qualche bene attraverso la pena, come l'emenda del colpevole o il frenare la sua tendenza malvagia, garantire la sicurezza degli altri, o conservare la giustizia e l'onore di Dio, allora la *vindicatio* può essere lecita. S. Tommaso difende la liceità della pena di morte: la *vindicatio* è per lui lecita in quanto tende a trattenerne i malvagi, e questo può avvenire anche con la morte. S. Tommaso, esige uno scopo un bene che la pena deve ottenere, in particolare egli indica, l'emenda del colpevole, oltre alla difesa dai malvagi e alla conservazione della giustizia. Il carattere "medicinale" delle pene terrene, che corrisponde in sostanza al significato dell'emenda, ha una posizione preminente nel pensiero tomista. Qui si nota una contraddizione, perché è un'indubbia incongruenza quella di far rientrare tra, fra le pene medicinali, emendanti anche la pena di morte, che eliminando il colpevole, rende impossibile un'emenda; ma S. Tommaso si rende conto di questo e in un altro passo sottolinea il carattere medicinale della pena di morte ma nei confronti degli altri. Prevale l'esigenza della prevenzione generale, ma tutto ciò dimostra che la posizione dell'Aquinate è assai varia e complessa, e non sempre coerente. M. A. CATTANEO., *Op.*, cit., pp. 86-87.

della Chiesa da quelle laiche ed, infine, si attribuisce al potere secolare una giustificazione ideologica autonoma che potrà superare ogni difficoltà, con l'avallo dei "motivi superiori"²⁴².

Non si tratta di un'affermazione priva di sostrato o attendibilità quella che ci porta a constatare come la storia dell'uomo sia sostanzialmente caratterizzata da corsi e ricorsi. Di fatto, senza troppo banalizzare, molte volte ancora constateremo come di fronte ad un'opera di umanizzazione del discorso attraverso l'attribuzione di una funzione ben precisa alla pena, in realtà, sono stati intravisti ben altri scopi. Ed ancora una volta diventa doveroso parafrasare Foucault, quando, analizzando il ruolo svolto dai riformatori²⁴³, ci avverte sostenendo che nonostante tutti i discorsi sull'umanizzazione delle pene, questi sono fondamentalmente interessati ad «inserire nel corpo sociale in profondità il potere di punire»²⁴⁴. Foucault concepisce, infatti, la pena sempre e comunque come una manovra studiata e calcolata da parte del potere, secolare o temporale. In termini di tornaconto personale, l'attribuzione di scopi di utilità²⁴⁵ è qualcosa che si muove politicamente in relazione al mutamento dei costumi sociali, alimentando quell'atteggiamento strumentale e funzionalista, che assegna alla sfera penale, sempre e comunque, istanze di controllo sociale²⁴⁶.

3.4 L'invenzione del purgatorio

Custode autentica della fede, tramite indispensabile per la vita beata, mediatrice fra Dio e l'uomo, la Chiesa per molti secoli si presenta come la sola autorità interprete per mandato ricevuto, della parola divina; la sola alla quale sia stato affidato il compito della propagazione e della difesa della fede, e alla cura delle anime per la salvezza di ognuna e di tutte. Fuori dalla Chiesa non c'è salvezza. "*Extra Ecclesiam nulla salus*"²⁴⁷.

Le autorità ecclesiastiche condannano pertanto qualsiasi professione religiosa estranea alla cristianità come demonologica. Questo fa sì che l'eresia, "il crimine contro Dio" venga

²⁴² I. MEREU, *Op.*, cit., p.30.

²⁴³ D. GARLAND, *Op.*, cit., Milano 1999, p. 203.

²⁴⁴ M. FOUCAULT, *Op.*, cit., p. 89.

²⁴⁵ Cfr J. BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, a cura di M. FOUCAULT e M. PERROT. Secondo Bentham, «ciò che giustifica la pena, è la sua maggiore utilità.[...]Il male prodotto dalle pene è una spesa che fa lo Stato in vista di un profitto. Il profitto è la privazione dei crimini. In questa operazione tutto deve essere calcolo del guadagno e della perdita». Sull'argomento vedi di F. ZANUSO, *Utopia e utilità, saggio sul pensiero filosofico di J. Bentham*, Padova 1989.

²⁴⁶ D. GARLAND, *Op.*, cit., p. 207. s.v. ancora L. DE OÑATE, *Op.*, cit., p. 102. Secondo l'autore la tesi che più sembra rispondere allo spirito della sofistica afferma che la giustizia non è altro che l'utile del più forte «Il giusto è sempre ciò che conviene alla classe dominante, al governo costituito».

²⁴⁷ I.MEREU, *Op.* .cit., p. 113.

considerato da tutti come la peggior offesa immaginabile, meritevole della punizione più severa come la condanna celeste²⁴⁸.

Nasce da qui la storia della Santa Inquisizione. L'inquisitore parte dalla presunzione che l'imputato è colpevole. Il che significa che l'inquisitore, non dovrà giudicare sulla base del fatto o del fatto provato, bensì sulla base del sospetto.²⁴⁹ Con Innocenzo III (1198-1216), la nuova procedura si delinea in tutti i suoi aspetti, si passa infatti da un processo fondato sull'accusa, che parte quasi sempre da una delazione a un procedimento che consentiva all'autorità ecclesiastica di procedere d'ufficio, incarcerando chiunque risultasse sospetto.²⁵⁰ Per quanto riguarda l'esecuzione della sentenza, la Chiesa non punisce direttamente gli eretici, poiché non intende farsi carico della loro morte. Le costituzioni papali dispongono secondo quali modalità il braccio secolare deve agire nei confronti degli eretici. I magistrati secolari sono tenuti, a osservare scrupolosamente le disposizioni ecclesiastiche, pena la rimozione del proprio incarico. Il loro è, come osserva Canfora, il lavoro sporco. La Chiesa per parte sua, si concede il lusso di raccomandare che la pena sia ispirata da clemenza e che la condanna avvenga senza profusione di sangue²⁵¹. Come scrive Kaspar Schoppe, giovane luterano convertito e testimone oculare del processo a Giordano Bruno, nessun modo migliore per evitare profusione di sangue che ardere vivo il condannato. Le cose, dal XII sec in poi sono destinate a cambiare, si modifica infatti la geografia dell'Aldilà. L'emergere e il costruirsi attraverso i secoli della credenza nel Purgatorio presuppone e comporta una modifica sostanziale dei quadri spazio-temporali dell'immaginario cristiano²⁵². Originale è il tipo di giudizio che implica l'esistenza di un Purgatorio, esso infatti si basa sull'esistenza di un doppio giudizio, il primo al momento della morte, il secondo alla fine dei tempi, e istituisce in questo spazio intermedio del destino escatologico di ciascun essere umano una complessa procedura giudiziaria di mitigazione delle pene, di un loro abbreviamento in vista di diversi fattori. Presuppone dunque la proiezione di un'idea di giustizia e di un sistema penale molto sofisticati²⁵³. La nozione di condanna "a tempo" si iscrive nell'ambito di un atteggiamento mentale più ampio, che, nato dal desiderio di giustizia, sfocia in una vera e propria contabilità dell'aldilà. L'idea fondamentale è quella di una proporzionalità delle pene in funzione

²⁴⁸ G.R.SCOTT, *Op.*, cit., p. 75.

²⁴⁹ I.MEREU, *Op.*, cit., p. 180.

²⁵⁰ L.RANGONI, *La tortura*, Milano 2003, p. 43.

²⁵¹ D.CANFORA, *La libertà al tempo dell'inquisizione*, Milano 1999, p. 75.

²⁵² J.LE GOFF, *La nascita del purgatorio*, Torino 1982, p. 3.

²⁵³ J.LE GOFF, *Op.*, cit., p. 8.

della gravità dei peccati²⁵⁴. Ma la novità più rilevante è rappresentata dal fatto che i tempi del purgatorio possono essere ridotti o annullati, grazie alle indulgenze che la Chiesa cattolica concede con sempre maggiore larghezza.²⁵⁵

La struttura ecclesiastica del XII secolo acquista sicuramente un grande potere dal nuovo sistema dell'aldilà, essa infatti amministra o controlla preghiere, elemosine, messe, offerte di ogni genere compiute dai vivi in favore dei loro morti, e ne trae beneficio. L'aldilà è uno dei grandi orizzonti delle religioni e delle società. La vita del credente, infatti, cambia molto quando egli pensa che non tutto finisce con la morte²⁵⁶. Il XII secolo è un periodo di fortissima espansione sociale ed economica, nelle campagne assistiamo infatti all'estendersi delle superfici, a un miglior rendimento determinato dal moltiplicarsi delle lavorazioni e a grandi progressi in campo tecnologico²⁵⁷. È questo il periodo in cui si instaura il sistema feudale, un sistema nel quale il clero è direttamente impegnato in quanto beneficiario della dominazione signorile. Ma il secolo XII è anche un secolo di espansione geografica e ideologica: è il grande secolo delle crociate. E la nascita del Purgatorio costituisce un elemento chiave e speculare in questa sorta di espansione nell'immaginario sociale, nella geografia dell'aldilà, nella certezza religiosa. È una conquista del secolo XII²⁵⁸. È un altro tassello del sistema.

3.5 La pena “come malum passionis propter malum actionis”.

Nel corso dei secoli, come abbiamo visto, il potere politico modifica le sue strategie di dominio. Ed ecco perché, seguendo questa prospettiva, possiamo ipotizzare che la pena nel tempo si è adattata e plasmata ai mutamenti sociali, culturali e soprattutto economici. Nondimeno la pena ha mantenuto la sua essenza invariata²⁵⁹. Essa è “*malum passionis propter malum actionis*” e, se il reato è un attentato ai danni dell'ordinamento giuridico, la sua fondazione teorica è rinvenibile unicamente nell'intento di ricomporre e salvaguardare l'ordine giuridico violato o minacciato dal reato stesso. Pertanto, la pena trova la sua ragion d'essere nel suo carattere retributivo, essendo questo espressamente finalizzato ad affermare l'autorità dello Stato²⁶⁰. Secondo tale visione, non sono solo le considerazioni di carattere strettamente

²⁵⁴ J.LE GOFF, *Op.*, cit., p. 257.

²⁵⁵ J. DELUMEAU, *La confessione e il perdono*, Milano 1982, p. 15.

²⁵⁶ J.LE GOFF, *Op.*, cit., p. 3.

²⁵⁷ J. LE GOFF, *Op.*, cit., p. 146.

²⁵⁸ J.LE GOFF, *Op.*, cit., p. 147.

²⁵⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano 1955, pp. 484-485.

²⁶⁰ *Ibidem*.

moralistico a giustificare la punizione esercitata nei confronti del reo-peccatore: retribuzione è anche e soprattutto riaffermazione delle supreme esigenze dell'ordinamento giuridico penale. Tuttavia, considerare la pena in un'ottica assolutamente retributiva, non poteva non perdere colpi sul terreno dello Stato laico-democratico. Come abbiamo precedentemente osservato tutte le teorie che si fondano sulla massima secondo cui è giusto "rendere male per male" e che ruotano fondamentalmente attorno alle tre elementari idee di stampo religioso: quella della vendetta, quella dell'espiazione e quella del riequilibrio tra pena e delitto, entrano in crisi tra il seicento e il settecento. Il processo di secolarizzazione porta nel sistema sanzionatorio, da un lato, alla graduale eliminazione di tutti i precetti morali e religiosi che durante il medioevo formavano un connubio del tutto inscindibile con i precetti giuridici, e, dall'altro, alla predisposizione di istituti atti a garantire maggiori forme di tutela per il detenuto e per il condannato. Le leggi positive non possono ritrascrivere i contenuti della legge morale, né tanto meno di quella religiosa, in quanto si rivendica oramai la netta distinzione tra peccato e delitto e tra espiazione e pena. Diventa pertanto evidente come in quest'ottica, la violazione della legge morale e religiosa non possa essere confusa con la violazione della norma giuridica, così come l'espiazione della colpa morale non può assimilarsi alla pena in senso giuridico. Ed a questo proposito, ci chiarisce il concetto Cattaneo, asserendo che d'ora in poi «i delitti sono puniti non a causa della loro intrinseca immoralità (benché sia possibile che un'azione anti-giuridica, sia nello stesso tempo anche un'azione immorale: tale è il caso, ad esempio, dell'omicidio), ma perché mettono in pericolo la convivenza civile e ledono i diritti altrui»²⁶¹. Nell'ambito degli ordinamenti penali moderni il grado di evoluzione sociale rende improponibile una teoria della pena che non si confronti con il parametro dell'utilità; parametro che indica come bisogno indifferibile, sia per il singolo che per i consociati, quello della prevenzione²⁶². La teoria della commisurazione retributiva, elabora pertanto criteri di proporzionalità che, garantendo la più ampia corrispondenza tra il realizzato *malum actionis* e l'infliggendo *malum passionis*, assicurino la giusta compensazione della colpevolezza materializzata nel fatto²⁶³. Diventa necessario selezionare ed impiegare degli strumenti più idonei a garantire il massimo risultato con il minimo sacrificio e strutturare la teoria retributiva con contenuti razionali.

²⁶¹ M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino 1990, p. 341.

²⁶² L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli 1984, p. 5.

²⁶³ *Ibidem*.

Anche solo in linea astrattamente teorica diventa impensabile che la contrapposizione tra repressione e prevenzione continui ad essere proposta in termini assoluti; anche la pena retributiva deve assolvere qualche funzione utile in vista dell'impedimento dei reati. E per quanto in modo non lineare e a prezzo di contraddizioni camuffate tramite espedienti talora verbalistici²⁶⁴, persino Bettiol, uno dei massimi sostenitori della teoria retributiva, si abbandona alla tentazione della teoria intesa in termini relativi. Non esita, cioè, a riconoscere che la pena esplica anche una efficacia preventiva. Questa è considerata sotto il profilo della prevenzione-generale, perché essa «educa nella coscienza sociale l'idea del giusto e dell'onesto»²⁶⁵; e dal punto di vista della stessa prevenzione-speciale, perché anche la pena retributiva è protesa verso l'emenda del reo. Essa infatti contribuisce a fare acquisire un nuovo atteggiamento psicologico incline all'osservanza della legge²⁶⁶.

In questo modo possiamo arrivare a considerare come la retribuzione sia l'unica teoria, cui storicamente ci si può richiamare «in vista delle finalità più diverse»²⁶⁷. Utilizzando infatti la distinzione tra pena intesa come categoria “logica” e pena intesa come categoria “storica”, è possibile affermare, in linea con quanto sostenuto da Nuvolone, che: «la prima in quanto castigo, non potrebbe non essere retributiva; mentre, la seconda si atteggierebbe invece a entità complessa nella quale cioè confluiscono sia l'immane momento afflittivo sia la finalità rieducativa»²⁶⁸.

²⁶⁴ G. FIANDACA, in AA.VV. *I rapporti civili*, Bologna 1991, p. 238.

²⁶⁵ G. BETTIOL, *Diritto penale parte generale*, Padova 1982, p. 749.

²⁶⁶ G. BETTIOL, *Op.*, cit., p. 754.

²⁶⁷ Cfr. P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in Atti del II convegno di diritto penale, p. 350.

²⁶⁸ Cfr. P. NUVOLONE, *Op.*, cit., p. 351 e ss

CAPITOLO IV

Il concetto di prevenzione

4.1 Il dibattito tra la scuola classica e la scuola positiva

Nel 1890 entra in vigore il codice penale Zanardelli attuando i principi liberali di quella che convenzionalmente viene chiamata “scuola classica del diritto penale”, scuola proiettata verso la prospettiva garantista tracciata dal pensiero illuminista. Negli stessi anni di elaborazione del codice si consolida un ulteriore e non meno importante indirizzo ideologico e culturale, espressione della cosiddetta scuola positiva, che ha nel giurista Enrico Ferri il suo esponente di massimo spicco. Relativamente al processo di codificazione, quest’ultimo studioso prende una forte posizione di contrasto lamentando la repentina conclusione dei lavori e la mancata valutazione delle sue proposte. Si apre pertanto un acceso dibattito che vede le due scuole contrapposte. La scuola classica, che si esprime attraverso il pensiero di Francesco Carrara, rivendica una forma di maggiore continuità rispetto ai principi espressi dall’illuminismo schierandosi contro quell’impostazione utilitaristica che aveva caratterizzato il pensiero liberale alla fine del settecento e promuovendo la sostituzione del concetto di utile sociale con una visione metafisica e storica del diritto penale²⁶⁹. La scuola classica si fa infatti promotrice di un sistema di diritto penale scientifico, astratto ed immutabile, indipendente dalle contingenze politiche e sociali, e ancorato ai valori della ragione assoluta²⁷⁰. «Tutta la immensa tela di regole che col definire la suprema ragione di vietare, di reprimere, e di giudicare le azioni dei cittadini, circoscrivere entro i dovuti confini la potestà legislativa e giudiziaria – deve infatti secondo Carrara - risalire, come alla radice maestra dell’albero, ad una verità fondamentale»²⁷¹. Questa verità è - prosegue ancora il Carrara - che «il delitto non è un ente di fatto, ma un ente giuridico [...], perché la sua essenzialità deve consistere impretebilmente nella violazione di un diritto»²⁷².

Secondo questa visione la scienza del diritto penale fonda il suo rigore non sul metodo sperimentale (come le scienze naturali), bensì sul fatto di operare con concetti precisi e rigorosi perché razionali ed universali basandosi non su un codice derivante dall’arbitrio e

²⁶⁹ C. F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra 800 e 900*, in *Storia d’Italia*, Torino 1997, p. 11.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*. Parte generale, vol. I Lucca 1889 pp. 27-

28

²⁷² *Ibidem*.

dalla volontà umana, ma su un codice eterno di ragione²⁷³. Su questa base il diritto penale, sganciato dalle contaminazioni del mondo e della politica e dalle tensioni sociali, viene presentato come un sistema che trova in se stesso e nella costruzione razionale degli istituti generali e speciali la sua ragion d'essere, a prescindere dalle finalità alle quali tendono concretamente le legislazioni nella seconda metà dell'Ottocento²⁷⁴.

Contrariamente la scuola positiva, con l'opera di Lombroso, Ferri e Garofalo, valuta il reato da una prospettiva sostanzialmente diversa. Questo è infatti ricondotto in una concezione deterministica della realtà, nella quale l'uomo risulta inserito, e di cui il suo comportamento è, in fin dei conti, espressione. Il reato è un fatto umano individuale casualmente determinato e la misura della pena risponde al principio della "pericolosità sociale" e non più alla gravità del fatto commesso.

La Scuola positiva traspone nel diritto penale i fermenti sollevati dagli studi naturalistici e da una cultura che ambisce darsi dimensioni europee, sulla scia dei profondi rivolgimenti operati da uomini come Comte, Darwin, e Spencer. La figura del delinquente sbiadisce dietro l'atomizzazione del delitto e la pretesa di ancorare la giustizia penale ad un'idea assoluta, configge con un metodo che si dichiara agnostico verso tutto ciò che trascende l'esperienza²⁷⁵. Il diritto penale si spoglia della sua «metafisicità» accantonando progressivamente i concetti di «colpa» e di «retribuzione». Riecheggia il principio che nessun condannato è colpevole, perché il suo delitto è figlio dei condizionamenti socio-economici che ne hanno determinato la genesi. La pena, pertanto, non può fungere da retribuzione di un fatto sganciato dalla colpa, perché se non c'è imputabilità, non c'è castigo²⁷⁶.

L'attenzione è rivolta alla pericolosità sociale del reo, intesa come vera e propria patologia da curarsi con appropriati trattamenti. Secondo Ferri, infatti, l'antisocialità è «determinata da tendenze congenite per atrofia del senso morale, oppure da condizioni psicopatologiche clinicamente precisate, o ancora da prevalenti influenze dell'ambiente familiare o sociale»²⁷⁷. La sanzione di conseguenza è un mezzo giuridico di difesa contro il delinquente che va riadattato alla vita sociale. Cambiano completamente i presupposti della responsabilità penale: i classici sostengono infatti che il reo è libero di scegliere fra il bene e il male, cioè fra l'osservanza o la violazione del diritto, e, se si sceglie il male, la

²⁷³ M. A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino 1990, p. 8.

²⁷⁴ C.F. GROSSO, *Op.*, cit., p. 12.

²⁷⁵ E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*. Bologna 1980, p. 24.

²⁷⁶ E. FASSONE, *Op.*, cit., p. 27.

²⁷⁷ E. FERRI, *Relazione al progetto preliminare del codice penale in ID.*, "La scuola positiva" Torino 1921.

punizione deve essere proporzionale alla gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito commesso e la pena in tale contesto assolve unicamente ad una funzione retributiva. I positivisti affermano invece l'esigenza di comprendere il reato non arrendendosi di fronte alla tesi indimostrabile di una causazione spontanea dello stesso attraverso un atto di libera volontà, ma cercando di ritrovare tutto il complesso delle cause nella totalità biologica e psicologica dell'individuo, e nella totalità sociale in cui la vita dell'individuo viene determinata²⁷⁸. Diventa prioritario il concetto di difesa sociale: laddove viene meno l'elemento della pericolosità la pena stessa potrebbe infatti essere derogabile. Si introduce un elemento di flessibilità, non legato alla "clemenza" dell'autorità, ma all'oggettiva e contingente condizione psichica e sociale del giudicato ed è così che si arriva ad ammettere che la condizione di recupero sociale diventa condizione del diritto di punire. La sanzione preventiva è specificatamente destinata a rimuovere le cause della devianza e della conseguente pericolosità sociale dell'autore del reato e la sua durata deve necessariamente essere indeterminata nel tempo. Alla tradizionale sanzione a termine fisso della scuola classica, proporzionata alla gravità del reato, viene pertanto sostituita una misura di difesa sociale "che non deve avere un termine prefisso ma durare tanto tempo quanto sia necessario perché l'individuo divenga adatto alla vita libera; e quando esso sia incorreggibile deve durare a tempo assolutamente indeterminato"²⁷⁹.

A chiusura del lungo dibattito tra le due scuole viene promulgato il codice Rocco che risente inevitabilmente dell'influenza ideologica di entrambi gli orientamenti teorici. Si afferma pertanto un sistema duale diviso tra il concetto di responsabilità individuale (libero arbitrio) e di pericolosità sociale (prevalenza di fattori socio-ambientali). Questo fa sì che nel sistema sanzionatorio sia prevista, da un lato, l'applicazione di una pena retributiva e, dall'altro, l'applicazione di quelle che vengono definite misure di sicurezza che rispondono al criterio preventivo²⁸⁰.

²⁷⁸ A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1989, p. 33.

²⁷⁹ Cfr. E. FERRI, *Relazione al progetto preliminare del codice penale*, Milano 2004.

²⁸⁰ E. DOLCINI, voce *Codice Penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1994, pp. 270-271. Sull'adesione espressa del legislatore del 1930 al general-prevenzionismo, si espresse lo stesso ministro Guardasigilli: "Delle varie funzioni, che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione cd. satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie" (*Relazione al Re sul codice penale*) come si può notare, al momento retributivo viene assegnato un ruolo non autonomo, "ma strumentale rispetto all'obiettivo dalla prevenzione generale" (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 648). Si veda a questo proposito di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, *Op.*, cit., p. 89. L'autore riferendosi a Roxin, afferma: "Considerazioni di prevenzione generale o speciale, potrebbero, infatti, portare all'inflizione di una sanzione sproporzionata, mentre la retribuzione di colpevolezza, legando l'entità della pena alla

4.2 Prevenzione generale negativa

L'originaria ed ancora prevalente lettura della finalità general-preventiva della pena è quella che confida nella capacità dissuasiva dei castighi legali per ragioni di deterrenza. Essa può definirsi, pertanto, più correttamente di prevenzione generale negativa²⁸¹. È esplicitativa a riguardo la teoria di Feuerbach, secondo la quale la minaccia di un castigo per ogni offesa, è il più efficace tra gli ostacoli di tipo psicologico²⁸². La rappresentazione del male penale minacciato dalla legge provoca, infatti, una “coazione psicologica” nell'animo dei consociati che li distoglie dal commettere il delitto che a quel male è connesso; la funzione penale di prevenzione opera di conseguenza prima dell'eventuale commissione di un delitto²⁸³. La teoria general preventiva negativa, non è esente da critiche. Queste si incentrano, infatti, sulla forte preoccupazione di colpire l'innocente, elevandolo a caprio espiatorio, nell'interesse generale della collettività. Francesco Carrara, nel saggio “Dottrina fondamentale della tutela giuridica”, si schiera apertamente contro la teoria general preventiva negativa definendola come un “sistema della difesa sociale indiretta”. Secondo il Carrara questo sistema «fa dell'uomo uno strumento nelle mani della società, la quale si serve del corpo di un cittadino per intimidire gli altri cittadini, martorizzandolo onde persuadere quelli a non offendere le leggi sociali»²⁸⁴. Dare spazio a tale finalità significa pertanto accollare al soggetto un

misura di colpevolezza, impedisce che la libertà individuale venga sacrificata, sia all'interesse per una intimidazione generale, che al perseguimento di finalità di riadattamento sociale indipendenti dall'effettiva gravità del reato commesso [...] Queste considerazioni hanno condotto un autorevole critico della teoria retributiva, Claus Roxin, a tentare, per finalità di tutela delle garanzie individuali, un'operazione di recupero del mero principio di colpevolezza, sciogliendolo dai suoi legami originari con la retribuzione, per utilizzarlo, senza l'impaccio di presupposti di ordine metafisico, nella sua funzione liberale di limite al potere punitivo statale”.

²⁸¹ M. PAVARINI, *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 3° ed. Torino 2006. p. 326.

²⁸² P.J.A. FEUERBACH, *Anti Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972 p. 112; in Feuerbach il ruolo della sanzione è essere minaccia di un male fisico. (*Androhung von physischen Übeln*) idonea a dissuadere i cittadini dal commettere atti illeciti. Vedi a questo proposito di M. RONCO, *Il problema della pena, Op.*, cit., pp. 52-73: l'Autore sottopone a critica il cd. liberalismo feurbachiano, in quanto fedele traduzione, sul piano della scienza penale, della complessiva rivoluzione antropologica operata dalla filosofia della pena dei lumi e mette in luce, in particolare, la contraddittorietà tra la pretesa dell'Autore tedesco di confinare la sanzione penale nell'ambito di una '*psychologische Zwangstheorie*' – dopo aver nettamente separato l'universo giuridico dall'universo morale, aver disconosciuto il rilievo della 'libertà' umana nel discorso giuridico ed aver privilegiato la rilevanza sensistica della frizione tra 'piacere' del delitto e 'dispiacere' della pena – e la finalità complessiva dell'esserci della pena, costituita dall'affermata necessità “*der Erhaltung der wechselseitigen Freiheit aller*”. Sul punto, si veda P.J.A. FEUERBACH.v, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Aalen, 1966; sull'Autore tedesco, si veda di M.A. CATTANEO., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, spec. pp. 46-52.

²⁸³ M. A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, Torino 1998, p. 129.

²⁸⁴ F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica* (1861), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol I, Lucca 1870, pp. 262-263.

quid di cui non è personalmente responsabile: un pericolo qualificato di reiterazione di fatti analoghi da parte di terzi, pericolo non innescato dal comportamento del reo ma preesistente ad esso, al quale la condanna offrirebbe l'occasione per opporre un utile esempio²⁸⁵.

4.3 Prevenzione generale positiva

Mentre la finalità di prevenzione generale negativa si rivolge prevalentemente alla minoranza dei potenziali violatori della legge penale, quella di prevenzione generale positiva è diretta alla maggioranza. Si punisce perché attraverso la pena si esercita quella che viene considerata funzione primaria che è di produrre il riconoscimento delle norme e la fedeltà nei confronti del diritto da parte della maggioranza degli osservanti²⁸⁶.

Questi principi sono presenti nella teoria sistemica di Luhman in cui la pena diventa strumentale alle finalità di stabilizzazione, rinnovando la fiducia del consociati nell'ordinamento minacciato dal comportamento illecito²⁸⁷. Secondo questa prospettiva, l'equilibrio del sistema dipende dalla capacità di "normalizzazione", cioè dalla facoltà di assorbire la pluralità di aspettative dei "sottosistemi" (uomini). L'essenziale, secondo Luhmann, è che il sistema possa infatti ottenere consenso²⁸⁸. Tuttavia, in molti ritengono che la teoria sistemica rappresenti una grave decadenza del pensiero dal momento in cui si arriva a liberarsi della verità per sostituirla interamente con ciò che è funzionale²⁸⁹. Il pericolo intravisto è quello di "stabilizzare il gruppo sociale intorno a valori imposti dall'ordinamento"²⁹⁰ e di allontanarsi dall'uomo che è ridotto a sottosistema, regredendo sostanzialmente ad un diritto penale stantio e conforme ad un paradigma fittizio che è sempre stato quello del discorso giuridico penale autoritario²⁹¹.

²⁸⁵ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, p. 219.

²⁸⁶ M. PAVARINI, *Op., cit.*, p. 327.

²⁸⁷ Cfr N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979

²⁸⁸ E. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, Napoli 1984, p. 100.

²⁸⁹ E. ZAFFARONI, *Op., cit.*, p. 101.

²⁹⁰ E. DOLCINI.- G. PAGLIERO, *Il carcere ha alternative?*, p.230. Milano.

²⁹¹ E. ZAFFARONI, *Op., cit.*, p. 100.

4.4 La special prevenzione

Dalla seconda metà del XIX sec., in linea con il pensiero positivista si afferma la dottrina della prevenzione speciale. Questa tende ad impedire che chi si è reso responsabile di un reato torni a delinquere anche in futuro²⁹². La scuola positiva si preoccupa della difesa sociale e delle misure strumentali alla sua realizzazione. Afferma la necessità di predisporre pene graduate, non sulla base della gravità del reato, ma sulla base della pericolosità del reo valutata in termini di potenziale e probabile recidiva²⁹³. L'idea centrale di questo orientamento è che il delinquente sia un essere antropologicamente inferiore, più o meno deviato o degenerato e che il problema della pena equivale perciò a quello della difesa più adeguata per la società²⁹⁴. In questa prospettiva, le pene assumono il carattere di misure tecnicamente appropriate alle diverse esigenze terapeutiche e ortopediche della difesa sociale: misure igienico-preventive, misure terapeutico-repressive, misure chirurgico-eliminatrici, a seconda dei tipi di delinquenza²⁹⁵.

Alla pena Ferri affianca i mezzi preventivi di difesa sociale contro il reato, che assumono la forma e la denominazione di “sostitutivi penali”, rendendo, in un certo senso marginale, il ruolo della pena stessa.

La special prevenzione focalizza l'attenzione su alcuni soggetti specifici ritenuti, in base a diversi criteri, particolarmente inclini a delinquere e cioè pericolosi²⁹⁶. Nei confronti di questi soggetti, come sostiene l'Antolisei, lo Stato deve promuovere la risocializzazione e «ove questo non sia possibile, separare dal consorzio umano gli individui pericolosi, rendendoli innoqui. Coloro che, d'altro canto, - prosegue lo stesso - ritengono che si debba mirare esclusivamente all'emenda dei condannati - anche a prescindere dal fatto che in parecchi casi, più che l'emenda occorre la cura, non considerano che esistono autori di reato che sono ribelli a qualsiasi tentativo di rieducazione (gli incorreggibili), mentre ve ne sono altri che non hanno bisogno di essere emendati, come avviene per la maggior parte dei contravventori e delinquenti occasionali, passionali e politici²⁹⁷».

²⁹² G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna 2005, p. 651.

²⁹³ G. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999.

²⁹⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione - teorie del garantismo penale* p. 254 Roma Bari, 1989

²⁹⁵ E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino 1900 p. 864.

²⁹⁶ F. CAVALLA, *La pena come problema, il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale* Padova 1979 p. 27.

²⁹⁷ F. ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, p. 210.

La teoria special preventiva, come traspare anche dal pensiero dell'Antolisei, ha dato luogo ad una serie diversificata di soluzioni; infatti l'obiettivo prefisso può essere perseguito attraverso tecniche sanzionatorie molto differenti. Differenti sono del resto i principi ispiratori della teoria stessa, che, da un lato, risente dell'influenza del determinismo positivista e, dall'altro, dell'ottimismo riformatore convinto che anche il delitto sia una questione sociale risolvibile²⁹⁸.

4.5 L'art. 27 della Costituzione e le sue interpretazioni.

Sebbene l'art. 27 nel suo terzo comma indichi espressamente quale debba essere la finalità della pena, e cioè quella di rieducare il condannato al fine di permetterne il recupero sociale, è necessario tenere presente che nel momento in cui si svolgono i lavori preparatori della Costituente, il dibattito sulla funzione della pena ruota ancora attorno ai postulati della scuola classica e della scuola positiva; di conseguenza se la norma costituzionale corrisponda alla scelta inequivoca per un finalismo special-preventivo di tipo positivo delle pene e del sistema penale, non è facilmente deducibile.

- Negli anni '50 un elevato livello di criminalità desta un forte allarme sociale, pertanto le interpretazioni della dottrina ruotano apertamente attorno a preoccupazioni general-preventive, cui si accompagnano "revival" di teorie retributive per lo più orientate in senso religioso. I presupposti politici ostacolano il finalismo rieducativo espresso dalla norma e le argomentazioni di studiosi retribuzionisti come Petrocelli e Bettiol utilizzano strumentalmente elementi testuali contenuti nello stesso art. 27. Secondo Petrocelli, infatti, «se le pene avessero dovuto avere un contenuto essenzialmente ed esclusivamente rieducativo; se, insomma, le pene non avessero dovuto avere carattere (...) punitivo, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità non avrebbe avuto ragion di essere, perché una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita»²⁹⁹.

²⁹⁸ M. PAVARINI *Introduzione al sistema penale*, Op., cit., p. 328.

²⁹⁹ B. PETROCCELLI *Retribuzione e difesa nel progetto del codice del 1949* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1950, p. 549.

- Negli anni '60, caratterizzati da un certo sviluppo economico, e incentivati politicamente da un "incipiente" e riformista centro sinistra, la concezione polifunzionale della pena conosce sicuramente il suo più alto riconoscimento e il problema del recupero sociale dei detenuti, si va ad inquadrare in un'ottica di miglioramento delle condizioni di vita di tutti i cittadini. Nel 1963 durante il convegno di Bressanone dedicato al "problema della rieducazione del condannato", retribuizionisti e non retribuizionisti raggiungono un compromesso, identificando la rieducazione del condannato con un processo pedagogico e/o terapeutico, tendente a favorirne l'attitudine a vivere nell'osservanza della legge.

- Nei primi anni '70 cresce la consapevolezza che «quanto più un sistema penale è caratterizzato nel senso della prevenzione speciale, tanto maggiore deve essere la gamma di strumenti sanzionatori o di mezzi alternativi alle sanzioni penali»³⁰⁰.

In questo periodo il principio di rieducazione vive indubbiamente la sua stagione più felice tanto da venire assunto a principio ispiratore nelle proposte di modifica relative al catalogo delle sanzioni. Tuttavia, dalla fine degli anni '70 in poi, l'ondata progressista si interrompe bruscamente, la critica relativa alla funzione rieducativa della pena è decisamente forte e dirompente. Non vale e non basta, sostiene Bricola, «che la pena sia conforme al senso di umanità e assicuri il rispetto della dignità umana. Si tratta - precisa- di formule vaghe e di rito, buone per ogni uso, capaci di ospitare qualsiasi contenuto»³⁰¹. I riscontri sono oggettivi, considerando che nonostante le positive premesse, il sistema complessivo di controllo delle libertà, negli anni successivi, si estende fortemente, contribuendo a far raggiungere al nostro paese le vette più alte della classifica europea, in termini di più elevata repressione penale.³⁰²

Il fallimento consiste in modo visibile nella mancata realizzazione della promessa di "restituire" soggetti "recuperati e rieducati" alla vita societaria. I tassi di recidiva, (circa il 70%), non lasciano dubbi al riguardo. Ma ciò che colpisce è che la reiterazione

³⁰⁰ Cfr. G. FIANCACA, *Rapporti civili*, Bologna 1991.

³⁰¹ F. BRICOLA, *Il carcere riformato*, Bologna 1977, p. 48. La critica, coinvolge di riflesso anche l'art. 15 ord. Pen., in base al quale il trattamento rieducativo si «svolge avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, delle attività culturali, ricreative e sportive, agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia». La triade: *istruzione, lavoro, religione*, attraverso contenuti decisamente conservatori, la costante del trattamento carcerario dall'unità d'Italia in poi, senza alcun tipo di risultato concreto, vedi a questo proposito di G. NEPPI MODONA, *I rischi di una riforma settoriale. In margine al disegno di legge sul'ordinamento penitenziario*, in *"Quale giustizia"* 1971, p. 469.

³⁰² M. PAVARINI, Relazione al convegno *"Le competenze del giudice di pace e nuove pene non detentive"*; Trento 22 febbraio 2002.

del reato non avviene tanto durante la concessione dei “benefici”, ma successivamente al riacquisto della libertà, quindi, a conclusione del procedimento riabilitativo.

La progressiva decadenza dell’idea rieducativa si accompagna alla contemporanea crisi del *Welfare State*, che oltre a non aver prodotto risultati convincenti, manifesta, secondo Bricola, tutta l’inadeguatezza di una politica illusoriamente alternativa. «La grave carenza e l’inadeguatezza dei servizi assistenziali, hanno finito- secondo lo stesso- con l’accentuare la funzione di controllo a discapito di quella finalizzata ad un efficace reinserimento sociale»³⁰³. Il fallimento delle pratiche di risocializzazione genera un fenomeno di proliferazione della repressione penale di tipo forte. Si rivalutano le esigenze di difesa sociale e di conseguenza di prevenzione-generale e la legislazione d’emergenza è la risposta alla situazione di allarme sociale, che, da un lato, legittima l’impegno dello Stato nella lotta alla criminalità e, dall’altro, appaga i bisogni emotivi di una società portata a credere nella repressione come unica soluzione possibile. Riemergono le dottrine neoclassiche, riportando in auge l’idea hobbesiana dello Stato concepito come tutore dell’ordine, che agisce attraverso la legittimazione dell’uso del potere punitivo assoluto, nei confronti di chi ha ingiustamente violato l’ordine sociale prestabilito. Contemporaneamente, si consolida una concezione di responsabilità individuale che richiama le teorizzazioni filosofiche proprie del pensiero idealista ed in particolare di quello di Kant, secondo il quale la pena risponde ad un’esigenza etica assoluta. La pena ritorna ad essere vista come imperativo categorico, “giusto compenso”, di una legge morale inesorabilmente infranta, ragion per cui non abbisogna di nessuna giustificazione utilitaristica: solo la realizzazione dell’idea di giustizia, attuabile attraverso la retribuzione, giustifica la pena³⁰⁴.

³⁰³ BRICOLA F – *Le misure alternative della pena nel quadro di una nuova politica criminale in AA.VV- Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*, Milano 1977, p. 400.

³⁰⁴ S. CIAPPI, A. COLUCCI., *Op.*, cit., pp. 18-19. Si veda a questo proposito la posizione di M. RONCO in *Il problema della pena*, Torino 1996. L’autore afferma che la pena non può non possedere un’essenza retributiva essendo questa l’unica teoria che non strumentalizza l’individuo a beneficio dei molti; essa, secondo l’autore, “rendendo efficacemente noto al colpevole il significato del suo delitto conferma nei consociati il giudizio della propria coscienza”. Si veda ancora di M. RONCO, *Principi di diritto penale e certezze del senso comune*, p. 17: in cui l’autore riprende il concetto asserendo che “La realtà intima della pena, a prescindere dagli scopi esteriori che essa può accidentalmente raggiungere, tra tutti importante, l’eventuale contributo *ab externo* al raffreddamento della baldanza e dell’arroganza di coloro che, per inveterata dedizione al crimine, più non sentono nella coscienza il morso e l’angoscia della pena naturale, sembra comporsi [...] di distinti elementi, che debbono essere visti nella loro profonda unità perché sia colto il senso e il significato della pena [...] In primo luogo, la pena deve essere vista come strettamente connessa al delitto, come atto con cui l’autore abusa della sua libertà, violando così il principio fondamentale di responsabilità. In secondo luogo, occorre vedere, come punto di passaggio dalla colpa alla pena, lo *status* di separatività da Dio e dagli uomini in cui il reo viene a trovarsi per il fatto stesso del delitto. In terzo luogo, occorre scorgere, come principio che muove la società a punire, il dovere di riaffermare la giustizia offesa, promanante dall’inclinazione al giusto che è infusa nella mente dell’uomo.

CAPITOLO V

Gli attuali termini del dibattito

5.1 Il fallimento del criterio rieducativo

Arriviamo così agli attuali termini del dibattito in cui si ritorna ad affermare che «In un moderno Stato democratico, ispirato ai principi del laicismo e del pluralismo ideologico, la sanzione penale, in tanto riceve legittimazione, in quanto costituisce uno strumento destinato a perseguire scopi socialmente utili»³⁰⁵. Alla stregua dei principi costituzionali espressi dall'art. 27 terzo comma, il neutro o aperto concetto di rieducazione è comunque secondo quanto afferma Fiandaca, l'unico legittimo e praticabile volendo collocarsi in una prospettiva pragmatica ed evitando fughe utopistiche. Tuttavia è legittimo constatare che il principio stenta ancora oggi a trovare piena realizzazione constatando come la pena detentiva, continua a rendere evidente tutta la sua inadeguatezza ad incarnare il principio rieducativo.

Una serie di mali oramai cronicizzati (sovraffollamento, alto tasso di recidiva, inefficacia dei programmi rieducativi, forte presenza di persone in attesa di giudizio), determinano un vero e proprio stato di crisi, pertanto la pena, come sottolinea Maliverni, non risponde minimamente né alla esigenza general-preventiva in termini di intimidazione, né alla esigenza di prevenzione speciale in termini di risocializzazione³⁰⁶. Da ciò è derivata una sorta di “fuga dalla pena detentiva” che diventa quasi il *leit motiv* di ogni intervento legislativo a partire dalla legge Gozzini. Ma nonostante questo, non sono voci isolate quelle di chi, in questa prospettiva, non intravede una consapevole scelta di politica criminale rivolta al “reinserimento mediante le misure alternative”, quanto piuttosto una manovra dettata dall'emergenza e dalla preoccupazione di un repentino collasso del sistema penitenziario.

In ogni caso, accertata l'inefficacia della pena detentiva e anche il suo valore controproducente, si cercano delle alternative che, proprio per essere tali, purtroppo non

In quarto luogo, occorre vedere, con sguardo un poco raffinato, l'efficacia purificatoria e riconciliatrice della pena”. A questo proposito si veda anche di M.A. CATTANEO, *Op.*, cit., p. 234. L'autore riporta le tesi di Nagler, (sostenitore della retribuzione giuridica). Questi afferma che le garanzie dello Stato di diritto possono essere realizzate esclusivamente sulla base della retribuzione, in quanto il colpevole non è consegnato ad una reazione arbitraria ma riceve la pena dovuta entro i limiti della violazione del diritto. J. NEGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Leipzig 1918, pp. 573-577.

³⁰⁵ FIANDACA, *Op.*, cit., p. 263.

³⁰⁶ A. MALIVERNI, *Op.*, cit., 1976;

fanno che confermare il fallimento del sistema sanzionatorio e della pena detentiva. Si afferma che in nome del principio rieducativo si è istituita una “grande opera demagogica”³⁰⁷ e che si è creato un ambiguo binomio tra trattamento ed “ergoterapia”, identificando il lavoro e le attività ricreative come “cura” per il soggetto. Si è infatti favorito un processo di “adeguamento-convenienza” alle regole societarie premiando solo chi partecipa proficuamente al trattamento riabilitativo.³⁰⁸

5.2 Il potere di controllo nella prospettiva di M. Foucault

«Quando penso alla macchina del potere – scrive Foucault – penso alla sua forma di esistenza capillare, al punto in cui il potere tocca il granello stesso degli individui, raggiunge il loro corpo, viene ad inserirsi nei loro gesti, i loro atteggiamenti, i loro discorsi, il loro apprendimento, la loro vita quotidiana»³⁰⁹. I sistemi di produzione, di socializzazione e di dominio, si fondano, secondo Foucault, quasi esclusivamente sulla loro capacità di assoggettamento e di controllo. Da ciò utilizzando questa chiave di lettura, la pena si palesa come diretta espressione del potere, come una vera e propria «tecnologia politica», una «tattica» anche nella sua evoluzione storica. Ed infatti, secondo il filosofo francese, il passaggio da un sistema punitivo arcaico e brutale ad un sistema in cui le dimostrazioni di forza e di violenza, che si esplicano nei pubblici rituali, vengono progressivamente sostituite da un potere che si basa sulla gradualità delle pene, è indice di un calcolo razionale e di un atteggiamento strumentale e funzionalista che assegna alla sfera penale, sempre e comunque, istanze di controllo³¹⁰.

Il potere di cui parla Foucault è qualcosa che sottintende sempre una relazione, è il nome che secondo Garland si dà alla capacità di realizzare un fine desiderato in una certa situazione e, nelle differenti culture, i fini ai quali può essere attribuita l’etichetta di valore perseguibile sono molteplici. Il potere, in questo senso, viene inteso come un insieme di mezzi o capacità suscettibili di essere variamente utilizzate a prescindere da ogni questione relativa ai valori³¹¹. Secondo Kelsen, il diritto « è un meccanismo coattivo a cui in sé e per sé non corrisponde nessun valore politico o etico, un meccanismo coattivo il cui

³⁰⁷ G. ARENA; *Psicologia e regime carcerario. La pena, il reato, il reo e il problema della riabilitazione-rieducazione*; in www.psicologiaforense.it.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Torino 1977, p. 121.

³¹⁰ D. GARLAND, *Pena e società moderna*, Milano 1989, p. 207.

³¹¹ D. GARLAND, *Op.,cit.*, p.213.

valore dipende piuttosto dallo scopo che lo trascende in quanto mezzo»³¹². Le due concezioni prese in esame, evidenziano entrambe l'esistenza di un'impalcatura tecnologica. Secondo Kelsen il diritto è, infatti, un mezzo attraverso il quale è possibile perseguire qualsiasi scopo sociale e, precisamente, ricollegando «un comportamento umano ritenuto socialmente nocivo a un atto coattivo considerato come un male»³¹³. Analoga è l'analisi di Foucault che finisce per concepire il potere proprio come un apparato costrittivo. Tuttavia, il filosofo francese omette di specificare cosa intende quando parla di potere. Ma, secondo Garland, affermare correttamente che la pena è una forma di potere, costringe a chiedersi di che tipo di potere si tratta. A questo punto, il tentativo è quello di rispondere utilizzando la teoria kelseniana, secondo la quale lo Stato si identifica con il potere e il diritto è sua diretta espressione rappresentandone il suo strumento per eccellenza. Kelsen è critico nei confronti di quelle teorie del diritto e dello Stato che differenziano il concetto di Stato da quello di diritto, perdendosi in contraddizioni insolubili³¹⁴. Lo Stato onnipotente, la cui essenza è il potere, non può sottomettersi effettivamente all'ordinamento giuridico, che è sua propria creazione e che quindi può abrogare, in generale e in particolare in ogni momento³¹⁵.

Di conseguenza, non vi è pena né diritto penale in assenza di autorità statale, come afferma l'Impallomeni, quando «un potere sociale si è formato, un potere capace di imporre e di far rispettare una norma di condotta, avente la qualità di norma giuridica, cioè quando è nato lo Stato»³¹⁶. Ecco perché, per comprendere il problema relativo alla *ratio essendi* del diritto di punire, è forse necessario risalire a quella impercettibile forma di giuridicità che Natalino Irti rintraccia nella «potestà di dominazione»³¹⁷ che si esprime nell'originaria capacità di imporre la propria all'altrui volontà, contro ogni ostacolo e contro ogni rifiuto. Alla luce di quanto detto finora, la coazione definisce il mondo del diritto³¹⁸ e la «titolarità del diritto di punire»³¹⁹, si assume compiutamente con la nascita dello Stato³²⁰. Pertanto, a questo punto, l'analisi non può prescindere dal prendere in considerazione il pensiero di Hobbes. L'architettura entro cui i concetti hobbesiani vanno

³¹² H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit p. 71.

³¹³ H. KELSEN, *Op.*, cit., p. 71.

³¹⁴ H. KELSEN, *L'anima e il diritto*, Roma 1989, p. 4.

³¹⁵ H. KELSEN, *Op.*, cit., p. 5.

³¹⁶ G. B. IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, terza edizione a cura di V. LANZA, Torino 1921 cap. II p. 33

³¹⁷ N. IRTI, *Norma e luoghi*, Roma-Bari, 2001, p. 4.

³¹⁸ G. P. CALABRÒ, *Ordine e libertà*, Lungro di Cosenza 1995, p. 70.

³¹⁹ G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano 1921, p. 368.

³²⁰ G. P. CALABRÒ, *Op.*, cit., 1995, p. 70.

inseriti per comprenderne pienamente il senso è costituita, infatti, da quella geometria legale³²¹ che si presenta come un vero e proprio «sistema di concetti elaborato per padroneggiare, *per phantasmata sensus et imaginationis*, l'insieme coercitivo che si chiamerà Stato»³²². Gli individui creano lo Stato affinché le leggi naturali possano essere osservate senza il timore di dover soccombere. Si attribuiscono al sovrano tutti i poteri necessari, affinché le leggi naturali diventino vere e proprie leggi, ossia leggi civili; compito del sovrano è quello di rendere coattive le leggi naturali ma, allo stesso tempo, spetta a lui stabilire attraverso l'emanazione delle leggi civili, ciò che è giusto e ciò che non lo è. Una volta costituito lo Stato, non ci sono per i sudditi altri criteri del giusto e dell'ingiusto che le leggi civili³²³. «Il giusto e l'ingiusto, non esistevano prima che fosse istituita la sovranità; la loro natura dipende da ciò che è comandato e ogni azione, per se stessa, è indifferente: che sia giusta o ingiusta, dipende dal diritto del sovrano. Pertanto i re legittimi, ordinando una cosa, la rendono giusta per il solo fatto che la ordinano e, vietandola, la rendono ingiusta appunto perché la proibiscono»³²⁴. Hobbes del resto definisce leggi civili ciò che per ogni suddito rappresenta «l'insieme delle norme che, oralmente, per iscritto, o con altro segno sufficiente a manifestare la volontà, lo Stato gli ha ordinato di applicare per distinguere il diritto dal torto, vale a dire ciò che è contrario alla norma da ciò che non lo è»³²⁵. «Per quanto la legge di natura proibisca il furto ecc., se poi quella civile comanda di commettere una qualche usurpazione, tale usurpazione, non è più furto»³²⁶.

Secondo questa prospettiva, è palese come la violenza della vendetta privata viene sostanzialmente ad essere istituzionalizzata e sfruttata come elemento di controllo da parte del potere sovrano ed è così che la punizione non può che sostanzinarsi come «un male inflitto dalla autorità pubblica a colui che ha fatto o ommesso di fare qualcosa che la stessa autorità giudica essere una trasgressione della legge affinché la volontà degli uomini possa, per mezzo di ciò, esser meglio disposta dall'obbedienza»³²⁷. Tutto ciò trova il suo punto più alto nella dottrina kelseniana allorché si afferma che il diritto stesso altro non sia che organizzazione della forza³²⁸. Il diritto agisce, infatti, secondo il filosofo praghese,

³²¹ G.P. CALABRÓ, *La galassia dei diritti*, Lungo di Cosenza 2001, p. 26.

³²² F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1983.

³²³ N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino 1989, p. 56.

³²⁴ T. HOBBS, *De cive*, XII, Roma 1979, p. 183.

³²⁵ T. HOBBS, *Leviatano*, Roma - Bari, 2000, p. 217.

³²⁶ T. HOBBS, *De cive*, XIV, 10. *Op.*, cit., p. 210.

³²⁷ T. HOBBS, *Leviatano*, cit, p. 254.

³²⁸ Per quanto riguarda l'identificazione del diritto con la forza, è necessario fare un riferimento alle tesi dello scetticismo giuridico, riportate da F. LOPEZ DE OÑATE., *Op.*, cit., Milano 1955, pp. 95-112. Le

sulla realtà per modificarla a propria immagine. Il diritto non incide mai con il fatto quanto piuttosto tende a determinarlo imperiosamente. Ed è così che per quanto riguarda l'individuazione di ciò che costituisce, o meglio che va ad identificarsi, come reato è, secondo *La dottrina pura del diritto*, un'operazione schematicamente rintracciabile nel codice: «La norma, infatti, funziona come schema qualificativo. Essa viene prodotta da un atto giuridico che da parte sua riceve di nuovo il suo significato da un'altra norma. La qualificazione di un fatto come esecuzione di una sentenza capitale e non come omicidio non risulta affatto da una percezione sensibile ma soltanto da un processo di pensiero: dal riferimento al codice penale e al codice di procedura penale»³²⁹. È evidente come nel pensiero di Kelsen la conseguenza enunciata dalla norma giuridica è *voluta* dallo Stato³³⁰: Stato che proprio per questo Kelsen identifica col diritto³³¹. Il diritto è concepito come ordinamento giuridico, come sistema di norme³³².

Possiamo, pertanto, affermare che, attraverso la teoria kelseniana, è possibile visualizzare una triade, diritto/ordinamento giuridico/Stato che va risolvendosi ed incarnandosi in una sola ed esclusiva figura totalizzante che in se stessa racchiude il potere di determinare il bene e il male il lecito e l'illecito, e di conseguenza il premio e il castigo.

Secondo questa prospettiva, l'unica finalità in grado di reggere la struttura portante dello stesso ordinamento giuridico³³³ è la retribuzione penale. A riprova di ciò Kelsen afferma

tesi dello scetticismo giuridico propriamente detto possono raggrupparsi in due direzioni o in due nuclei sostiene l'autore: «la prima direzione di pensiero concerne la negazione dell'esistenza di un universale giuridico, sul fondamento della infinita varietà dei sistemi giuridici che l'esperienza storica offre all'indagine dello studioso; la seconda [...] osserva che, mancando un diritto costante ed univocamente inteso, il diritto in senso vero e proprio non esiste, e che al suo posto, al posto cioè di ciò che si chiama diritto, non esiste che la forza.» La dottrina del diritto come forza, nel pensiero scettico, non può non concludersi sostiene ancora DE OÑATE «nell'affermazione dell'utile del singolo soggetto che comanda, che detiene la forza e la usa, secondo la logica possibile per un utilitarista, a suo beneficio personale».

³²⁹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1934, cap. I, p. 4.

³³¹ G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto, III vol.*, Roma-Bari, 2003, p. 276.

³³² H. KELSEN, *Op.*, cit., Torino 1952, p. 94.

³³³ Il riferimento è alle tesi G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in "La Giustizia penale" 1939, pp. 153-155. Giuseppe Maggiore, rappresentante della tendenza più estrema nell'ambito del pensiero giuridico fascista, nel suo scritto del 1939 sostiene le tesi del totalitarismo giuridico-penale prendendo forti posizioni a favore della concezione retributiva. Egli afferma che la teoria della retribuzione «più si accosta ad una visione totalitaria del diritto penale, giacché pone l'accento della penalità tanto sull'individuo chiamato a rispondere del suo fallo, quanto sullo Stato-portatore dell'ordinamento giuridico verso cui rispondere». La tesi del Maggiore è rifiutata da Bettiol, il quale disconosce il carattere totalitario della teoria retributiva ponendo una distinzione tra politica totalitaria e politica autoritaria che innegabilmente è individuabile nella pena retributiva. Egli sostiene che i termini "autorità" e "democrazia" non sono affatto in contrasto, «solo in un reggimento democratico- egli scrive- l'autorità statale si rivela anche di quel prestigio morale senza del quale finisce per diventare forza brutta da intendersi in termini puramente naturalistici». G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo 1953, pp. 88-89. Sul carattere assoluto e altamente morale della teoria retributiva vedi ancora di A. AMATO MANGIAMELI, *Diritto e morale. Osservazioni in margine alla*

che «nella misura in cui il diritto è un ordinamento che statuisce sanzioni e le sanzioni consistono nell'infliggere coercitivamente un male come reazione contro un reato, il diritto- cioè ogni diritto - è conforme al principio della retribuzione»³³⁴. Ne consegue, parafrasando nuovamente Foucault, che «le evoluzioni della teoria giuridica, i mutamenti nei programmi dei riformatori penali e le più grandi trasformazioni culturali[...]invece di essere il motore dei cambiamenti in campo penale e politico, sono il riflesso di modificazioni molto più profonde, rintracciabili nei rapporti di potere»³³⁵.

5.3 Il diritto penale minimo.

La presa di posizione più radicale nei confronti del sistema penale, è oggi, quella portata avanti da Louk Hulsman, Henry Bianchi e di Nils Christie che riprendendo il pensiero di Max Stirner ipotizzano l'abolizione dell'intero sistema penale opponendosi a qualsiasi forma di coercizione, non solo penale, ma anche sociale, nella convinzione che la ribellione dell'uomo sia ad esso connaturata e perciò, non solo ineludibile, ma anche non giudicabile da parte degli altri uomini. Da questa prospettiva si distanziano, da un lato, coloro i quali promuovono la sola abolizione dell'istituzione carceraria prospettando la riduzione dell'intervento penale e il ricorso a forme sanzionatorie meno afflittive, e coloro i quali Ferrajoli definisce "sostituzionisti" perché indirizzati verso forme di trattamento pedagogico o terapeutico di tipo informale, ma pur sempre istituzionale e coercitivo. Tra questi ultimi rientrano i sostenitori delle cosiddette dottrine "della difesa sociale", come Barbara Wootton e Pasukanis³³⁶ L'abolizionismo radicale parte da una attenta analisi dei fini dichiarati dal sistema penale per evidenziare come questi vengano costantemente disattesi e come, di conseguenza, la mole di sofferenza inflitta non trova alcuna giustificazione, né in termini di deterrenza, né in termini di trattamento correzionale. Si evidenzia la totale inefficacia del sistema e, soprattutto, il suo carattere controproducente. In questo senso si afferma che il concetto di pena, poco si addice ad una società multiforme, che non può accettare una risposta univoca relativamente alla varietà dei conflitti. Il sistema penale è, infatti, distante dai conflitti sociali e il suo ruolo si riduce ad una mera espropriazione degli stessi alle parti interessate³³⁷. La soppressione del sistema

teorie della pena come retribuzione "morale" e ancora di F. ZANUSO, A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris: oltre la visione moderna della retribuzione, Padova, 2000.

³³⁴ H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Torino 1975, p. 31.

³³⁵ D. GARLAND, *Op.*, cit, p 182.

³³⁶ L. FERRAJOLI 1989, *Op.*, cit., p 234.

³³⁷ *Ibidem*.

penale è in questo senso l'unica soluzione praticabile laddove si ritiene che non siano necessarie grosse modifiche sociali di fronte alla totale insussistenza del sistema medesimo. L'obiettivo è duplice, da un lato, l'abolizione del diritto penale e dall'altro la riappropriazione sociale dei conflitti tra offensori e parti lese³³⁸.

Si ritiene che non sia opportuno delegare allo Stato il ruolo che può svolgere la Comunità per far fronte ai conflitti³³⁹ ma diversamente da Hulsman, che prospetta forme d'intervento che esulano dal sistema penale, Christie prospetta un modello riduzionista, nella consapevolezza che un approccio radicalmente abolizionista non sia praticabile laddove lo Stato mantiene fermi i suoi sistemi di controllo. Il tentativo prospettato è la canalizzazione dei conflitti verso forme riconciliative che vedano la comunità come protagonista e realizzino non una giustizia alternativa, ma una "*justice douce*". In questo senso si fa strada la scelta riduzionista -in favore di un *diritto penale minimo*- come snodo necessario, sia pure non sufficiente per ripristinare la legalità³⁴⁰. La possibilità di affermare un livello accettabile di legalità è secondo Ferrajoli subordinata alla riduzione delle definizioni legali di illiceità; pertanto, egli prospetta «un'opera radicale e concreta di depenalizzazione e di contrazione al massimo del sistema punitivo»³⁴¹. La strategia della depenalizzazione consiste nell'avvio «a processi alternativi di *socializzazione* del controllo della devianza e nella ricerca di forme di *privatizzazione* dei conflitti, per le ipotesi in cui ciò sia possibile»³⁴². Il "diritto penale minimo" guarda al diritto penale stesso come «l'estremo strumento di gestione dei conflitti e come mezzo per conferire tutte le possibili garanzie all'imputato»³⁴³. L'obiettivo è quello di togliere la centralità al carcere e di ricondurlo attraverso un programma di minimizzazione dell'intervento penale ad una alternativa estrema. Ferrajoli considera come il punto debole delle politiche penali risieda nell'essersi occupate unicamente della «massima sicurezza possibile per la maggioranza dei non devianti», tralasciando lo scopo della «minima sofferenza necessaria da infliggere alla minoranza dei devianti»³⁴⁴. In tal modo, secondo lo stesso, ci si è limitati a valutare un problema di sicurezza sociale, senza però porre alcun freno all'intervento penale nell'interesse dei suoi destinatari. Il diritto penale minimo deve, in risposta a suddetta mancanza, fondarsi sulla massima riduzione quantitativa dell'intervento penale, sulla più

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ N. CHRISTI, *Il criminale non esiste*; intervista in "Diritto e Diritti"; Gen.2002.

³⁴⁰ M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità*, Bologna 1996, p. 155.

³⁴¹ Cfr., L. FERRAJOLI – D. ZOLO, *Marxismo e questione criminale*, in "La questione criminale", Bologna 1977, pp. 197 e ss.

³⁴² A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, p. 205.

³⁴³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari 1989, pp. 325 e ss.

³⁴⁴ Ibidem.

ampia estensione dei suoi vincoli e limiti garantistici e sulla rigida esclusione di altri metodi d'intervento coercitivo”³⁴⁵. Anche Baratta sottolinea come il diritto penale minimo sia la necessaria risposta ai fallimentari risultati raggiunti dal sistema sanzionatorio che fino ad oggi ha reso la pena una “violenza istituzionale”, poiché legalmente riconosciuta e diretta alla limitazione dei “bisogni reali fondamentali”.

³⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Op.*, cit., p 329.

CAPITOLO VI

La giustizia penale riconciliativa

6.1 La mediazione penale

La pena detentiva, liberata dalle sue istanze di mera vendetta - ormai insostenibile sia da un punto di vista giuridico che logico e filosofico- e sconfessata empiricamente nella sua presunta funzione di deterrenza, vive un momento di crisi. Crisi dovuta essenzialmente al fatto che, se, da un lato, l'unica funzione sostenibile del carcere è quella di rieducazione, dall'altro la realtà ha, in modo anche drammatico, evidenziato non solo il fallimento di ogni strumento rieducativo concretamente praticato, ma anche e soprattutto la paradossale natura criminogena dell'attuale modello carcerario.

Di fronte a tale situazione si è pertanto avvertita la necessità di proporre dei nuovi paradigmi concettuali. E nell'ambito di questa ricerca si è fatta strada, a partire dagli anni ottanta, nella maggior parte dei paesi occidentali, anche se con differenza di tempi e modalità attuative, l'idea di una "giustizia penale riconciliativa". Si tratta di un tipo di giustizia che parte dalla necessità di offrire, relativamente al conflitto tra le parti, una soluzione differente rispetto a quella proposta dal modello tradizionale³⁴⁶. Si parte dal presupposto che l'approccio occidentale si è sempre caratterizzato per una "devitalizzazione dell'evento biografico" in cui si sostanzia ogni situazione problematica concreta³⁴⁷. Nell'ambito della finzione giuridica, l'evento perde infatti ogni connotazione caratteristica e sostanziale, per essere ricondotto in schemi precostituiti ed in fattispecie generali ed astratte. Il conflitto viene affrontato senza lasciare spazio alla "psiche e alle credenze", intendendo così la mancanza di attenzione a quelli che sono i processi psicologici e le credenze soggettive delle parti in causa³⁴⁸. E nel quadro di un modello che oggettivizza ogni fattispecie concreta, si inserisce come conseguenza una risposta sanzionatoria che segue lo schema della "bilancia", ossia che

³⁴⁶ M. VENTURA, *Diritto, psiche e credenze*; in "Mediazione, conciliazione, riparazione"; Torino, 1999; p. 92.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ "L'evento perde la propria variante genetica, il proprio irripetibile assortimento di caratteri, la propria vitalità: esso è ridotto a connotati schematici...l'unità non giuridicizzabile non interessa...La mediazione funzionale ignora la molteplicità di interpretazioni, la gamma dei sentimenti possibili, il contesto socio-psicologico, i dettagli; essa riduce l'evento biografico alla fattispecie giuridica che interessa." Così M. VENTURA in "Mediazione, conciliazione, riparazione"; *Op.*, cit. pp. 92-93.

contrappone ad una frattura un'altra frattura, secondo una logica illogica, per cui la ritorzione del male dovrebbe produrre del bene³⁴⁹.

La giustizia riconciliativa apre un varco, nel tentativo di fornire una risposta diversa dal modello della “bilancia”, una risposta che secondo Eusebi si concretizza nel “gettare un ponte su una frattura dolorosa”³⁵⁰.

È un modello che si estrinseca in una serie di interventi, alcuni dei quali noti al sistema classico (es: risarcimento del danno), altri meno noti come la “mediazione penale”.

La mediazione da reato, verso la quale si avverte una crescente attenzione, si inserisce, in quel complesso procedimento evolutivo che[...]tende al superamento di un'ottica di mera regolazione repressiva dei fatti cosiddetti di devianza per l'affermazione di modelli politico-criminali alternativi, tendenti all'integrazione sociale, intesa come concetto di genere, comprensivo delle specie della prevenzione speciale e generale positiva.³⁵¹ Il superamento della contrapposizione tra i due ruoli, vittima e autore di reato, è uno dei cardini della mediazione penale; l'obiettivo è, infatti, quello di creare una nuova situazione fattuale, che consiste nella costruzione di uno spazio dialogico-comunicativo tra le parti configgenti³⁵².

Bonafè Schmitt definisce la mediazione penale come «un processo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutrale tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere a queste ultime di confrontare i loro punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione del conflitto che le oppone»³⁵³. Ma la mediazione è vista anche come una modalità per realizzare il passaggio dal piano conflittuale a quello consensuale, essendo essa orientata verso il duplice obiettivo di costituire da un lato una risposta alle richieste di giustizia del singolo e della collettività e dall'altro di riaffermare il principio del rispetto della norma violata. A questo punto, è però necessario soffermarsi sull'analisi degli “elementi chiave” nel discorso riconciliativo, ossia: la vittima, il reo, il mediatore ed infine, la collettività. Il ruolo che la vittima assume in questo contesto è del tutto peculiare considerando come la storia del diritto penale sia sostanzialmente la storia della sottrazione del reo alla vendetta privata e della attribuzione del potere sanzionatorio direttamente ed esclusivamente allo Stato. Così anche nell'ambito del

³⁴⁹ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*; in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 2002, p 32.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ S. MOCCIA, *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli 2005, p36.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ B. SCHMITT, *La mediation: un Justice douce*; Parigi, 1992.

processo moderno, l'accertamento del delitto prescinde dall'intervento della vittima, diventando una esigenza sociale; in questo modo la punizione del reo non assume il carattere di vendetta ed acquista quello di "affermazione di giustizia", ma la dimensione della parte offesa, continua ad avere un ruolo del tutto marginale. La vittima è protagonista solo sul piano civilistico nel caso di un'eventuale risarcimento. Di contro attraverso la pratica mediatrice, si predispone un passaggio verso un sistema penale non più esclusivamente incentrato sul reato e sull'autore dello stesso. L'idea è quella infatti di mettere in risalto congiuntamente alle esigenze risarcitorie, anche il vissuto emozionale della parte lesa. Attraverso il dialogo mediatore l'obiettivo è infatti quello di ottenere, non solo una soluzione del conflitto su un piano esclusivamente giuridico, ma anche e soprattutto una rilettura del medesimo su un piano umano. Si ritiene infatti che solo in questo modo si possa garantire alla vittima una maggiore comprensione dell'evento vissuto, limitando il suo senso di insicurezza e offrendole la possibilità di estrinsecare le sue esigenze post factum.

Per quanto riguarda la posizione del reo, la mediazione viene indicata come la strada per raggiungere una maggiore autoresponsabilità dello stesso offrendogli la possibilità di esprimere il proprio vissuto e le proprie motivazioni. Rivisitare l'evento anche secondo il punto di vista dell'altra parte è considerata, infatti, una strada che possa offrire la possibilità di adoperarsi attivamente nei confronti della vittima, con notevoli benefici giuridici per se stesso. Proprio per questo la mediazione, nelle varie esposizioni dottrinarie, viene presentata come un incontro tra due persone, piuttosto che tra reo=colpevole e vittima=innocente, e come un cammino di responsabilizzazione e di rimarginazione di una ferita, individuale e sociale. Secondo Ceretti «la logica della mediazione appare assimilabile piuttosto a quella della tragedia, dove i protagonisti danno ciascuno la propria versione del fatto e, tramite questo incontro con l'altro (la crisi), giungono a trasformare il conflitto iniziale in un fatto nuovo (la catarsi), fino a prendere forma di riparazione simbolica o materiale»³⁵⁴.

In questo un ruolo fondamentale è svolto da colui che questo incontro deve favorire: il mediatore³⁵⁵. Quest'ultimo trova la sua trasfigurazione empirica in un soggetto terzo, il più delle volte un operatore sociale, che ha il compito di creare il contatto e promuovere un incontro emozionale tra le parti. In una forma di "mediazione pura", si esige che il

³⁵⁴ A. CERETTI; *Mediazione una ricognizione filosofica*; in "La mediazione nel sistema penale minorile" a cura di L. PICOTTI; Padova 1998; p 78.

³⁵⁵ J. MORINAU; *Lo spirito della mediazione*; Milano 2002, p.30.

mediatore sia del tutto esterno al conflitto che gli viene sottoposto. Il suo compito non è infatti quello di giudicare, di individuare delle colpe e dei colpevoli e non deve in nessun caso imporre o indurre la 'sua' soluzione³⁵⁶. Il suo approccio deve essere disinteressato ed imparziale, solo così il mediatore può essere un catalizzatore umano della ricerca di soluzioni che vengono individuate nella necessità di fare chiarezza su ciò che è successo e nell'impedire che ciò possa riaccadere.

Queste esigenze devono essere soddisfatte anche al fine di superare l'insicurezza che la collettività prova a seguito della commissione di un reato³⁵⁷. Troppo spesso, infatti, la vittima e l'intera collettività si appellano a delle pene fortemente repressive ritenendo che queste siano l'unica risposta offerta dall'ordinamento per stigmatizzare il male subito, ma questo non significa che non esistano altri tipi di risposta, che meglio possano realizzare le esigenze non solo della vittima ma anche della Comunità³⁵⁸. Proprio il modello riconciliativo viene indicato come il più idoneo a fornire tali risposte. Al suo interno, come afferma Ceretti, la Comunità partecipa alla gestione del conflitto, per cui non le è riservato un ruolo passivo di attesa rispetto ad un intervento duro da parte delle istituzioni³⁵⁹. «In concreto, essa può attivarsi per proteggere le vittime da ulteriori offese da parte del reo, per proteggere il reo dalla vendetta della vittima o dei suoi familiari o per creare le condizioni favorevoli perché possa essere attivato un percorso di riconciliazione o per definire i contenuti della condotta riparativa e per verificare la correttezza del suo espletamento. Assicurare alla Comunità il potere di gestire, almeno in parte, i conflitti che si verificano al suo interno significa allora restituire alla Comunità la capacità di allontanare il disagio e la paura per il reato»³⁶⁰. A questo si ricollega il discorso sulle capacità preventive della mediazione. Eusebi sostiene infatti che le finalità preventive vengano maggiormente soddisfatte da un sistema che mira ad una libera adesione al precetto normativo, rispetto a quei sistemi che ricercano l'adesione mediante l'utilizzo del fattore coercizione³⁶¹. Secondo quanto affermato in dottrina, seguendo le nuove metodiche, attraverso l'incontro e il dialogo tra l'autore del reato e la vittima e attraverso la rivalutazione e l'esaltazione dei due

³⁵⁶ J. FAJET; *Le tensioni della mediazione penale*; in "Dei delitti e delle pene", III; ED, Napoli 2000, p 80.

³⁵⁷ L. EUSEBI; *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*; *Op.*, cit., p 46.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ A. CERETTI - G. MANNOZZI, "Più riparazione meno pena", in Galileo, Archivio Dossier, marzo/aprile 2000.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ L. EUSEBI, 2002; *Op.*, cit., pp. 47-50.

ruoli la pretesa punitiva da parte dello Stato passa in secondo piano, poiché il sistema protende verso l'individuazione di una soluzione che possa ristorare (di qui la definizione di "*restorative justice*") materialmente e moralmente la vittima, responsabilizzando allo stesso tempo il reo.³⁶² L'idea che un tale modello di giustizia possa risultare vincente laddove altri modelli hanno fallito, si diffonde rapidamente in molti paesi europei che hanno sancito l'ingresso nel proprio ordinamento di questo modello di giustizia legittimando tutti i percorsi rinvenibili al suo interno, primo fra tutti la mediazione penale.

6.2 L'esperienza francese

L'esperienza francese è particolarmente interessante perché rappresenta la prima spinta verso le pratiche di mediazione che parte dal basso, a livello locale. Nel 1985, il procuratore di Valence, inaugura una vera e propria "mediazione di quartiere", nella convinzione che questa possa essere più efficace rispetto all'azione del tribunale. Lo stesso ritiene che relativamente ai reati minori, un tentativo di mediazione realizzata da operatori che conoscono e che possibilmente vivono la realtà sociale locale³⁶³ potrebbe risultare vincente. Sul suo esempio si sviluppano pratiche di mediazione in tutto il territorio con estensione anche ai conflitti familiari.

Sul finire degli anni ottanta si diffondono sul territorio francese le *maisons de justice et du droit*, ossia delle strutture giudiziarie di quartiere adibite proprio al trattamento dei piccoli reati attraverso l'attività di mediazione e attraverso la fornitura di alcuni "servizi di accesso al diritto", che vanno dalla consulenza gratuita di avvocati alle associazioni di aiuto alle vittime. Si inizia a parlare di "mediazione-conoscenza", indicando una pratica informativa inerente a tutti gli strumenti messi a disposizione dell'utente per risolvere i conflitti nei quali è coinvolto. Secondo la dottrina francese, proprio attraverso la radicalizzazione nel quartiere con l'utilizzo di mediatori "locali", si evidenzia che l'intento non è esclusivamente quello di "fare giustizia", bensì quello più complesso e forse più nobile di ricostruire luoghi di socializzazione nelle zone più "emarginate".

³⁶² S. CIAPPI - A. COLUCCIA ; *Giustizia criminale .Retribuzione ,riabilitazione e riparazione :modelli e strategie d'intervento e confronto*, Milano 1997 p. 35.

³⁶³ A. WYVEKENS; *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza*; in "*Dei delitti e delle pene*", III, 2000; p. 20.

A queste pratiche si aggiunge il cosiddetto “trattamento in tempo reale” relativamente alla gestione della piccola delinquenza. Questo sistema, si sostanzia nell’informare il sostituto procuratore immediatamente dopo la commissione del reato, al fine di decidere, in tempo reale per l’appunto, il seguito del caso medesimo. Le metodiche illustrate rientrano tutte in un programma che viene definito “giustizia di prossimità” e con ciò si suole indicare un giustizia che tratta «i problemi il più vicino possibile al luogo in cui emergono, a partire da istanze locali che si ritengono maggiormente in grado di afferrare la particolarità di ciascuna situazione»³⁶⁴. A partire dal 1993 la pratica della mediazione si conquista un posto ufficiale nell’ordinamento francese, il nuovo art 41 c.p.p. a riguardo recita che:«Il procuratore della Repubblica può, prima di decidere in merito all’azione penale e con l’accordo delle parti, decidere di ricorrere ad una mediazione, se gli sembra che una tal misura possa assicurare il risarcimento del danno causato alla vittima, mettere fine alla turbativa risultante dal reato, e contribuire al reinserimento dell’autore del reato». La procedura sospende la prescrizione dell’azione penale che, però, può essere ripresa se l’accordo non è raggiunto o è giudicato poco soddisfacente dal procuratore. Attualmente il coordinamento dei programmi di mediazione è gestito dall’ INAVEM (*Institut national d’aide aux victimes et de médiation*). Tra i programmi di mediazione più conosciuti del territorio vi sono quello di Valenza, che utilizza mediatori non specializzati ma conoscitori dell’ambito locale e rappresentativi dell’etnie ivi presenti; l’associazione di Parigi “SOS *Aggression-Conflicts*” che utilizza nella scelta dei suoi operatori gli stessi criteri utilizzati a Valenza e infine quello di Strasburgo, denominato ACCORD (*Association Conviviale de Coodination pour la Réinsertion des détenus, la Prevention et l’Aide aux Victimes*), che utilizza invece mediatori specialisti (psicologi)³⁶⁵. Nonostante gli sforzi come da molti sottolineato, in Francia, l’attività di mediazione che teoricamente nasce come una procedura al di fuori dai binari tradizionali, una volta inglobata nel sistema a seguito degli interventi normativi si “giuridicizza” e subisce una radicale trasformazione, perdendo il suo carattere “puro”. Il “trattamento in tempo reale”, si parifica ad una forma di “archiviazione condizionata” finalizzata ad un repentino raggiungimento dell’accordo. In poche parole, la mediazione si corrompe camuffandosi in un’azione controllata dai magistrati che mira, non tanto alla reale riconciliazione tra

³⁶⁴ A. WYVEKENS, 2000; *Op.*, cit., p. 17.

³⁶⁵ G. SCARDACCIONE- G. BALDRY -A . SCALI, *La mediazione penale Ipotesi d’intervento nella giustizia minorile* Milano 1998, pp. 88-89.

le parti, quanto piuttosto alla risoluzione, in tempi rapidi, attraverso la concessione di “vantaggi processuali” autorizzati dall’ordinamento medesimo³⁶⁶. Come constatato da Wyvekens, in questo modo, si perdono i contorni che contraddistinguevano la cosiddetta mediazione “pura” e si osserva il passaggio progressivo da una logica di alternative alla giustizia ad una logica di alternative giudiziarie. Infatti «l’iscrizione nel sistema giudiziario comporta una contaminazione con la logica istituzionale i cui imperativi quantitativi, di rapidità, di gestione dei flussi, annientano ogni possibilità di un mutamento qualitativo»³⁶⁷.

6.3 L’esperienza Italiana

Per quanto riguarda il nostro paese, nei primi anni ’80, sulla base delle esperienze straniere, si focalizza l’attenzione sui seguenti punti:

- a) Il reato inteso come conflitto tra le parti;
- b) Il sistema reo-vittima come centro dell’intervento;
- c) L’accordo tra le parti come risoluzione del conflitto;
- d) La flessibilità di attuazione della mediazione dentro e fuori il sistema penale³⁶⁸.

Tuttavia è interessante osservare che, al di là degli stimoli ricevuti dalle testimonianze degli altri paesi, forme di giustizia riconciliativa sono già da tempo presenti nel sistema penale italiano. Un primo esempio è rinvenibile nel co. 2 dell’art.1 del r.d. 773/31 (Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza), il quale recita che l’autorità di pubblica sicurezza «per mezzo dei suoi ufficiali, ed a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composizione dei dissidi privati». Una più convinta affermazione si evince poi dall’art 555 c.p.p. al co.3 (come sostituito dall’art. 44 della l. 479/99), laddove, nella udienza di comparizione a seguito della citazione diretta, si impone al giudice, per la prima volta di verificare se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione quando il reato è perseguibile a querela.

Ma le prime attività di mediazione vera e propria trovano spazio nel procedimento minorile in cui è forte l’esigenza di predisporre un superamento dei modelli retributivi ed educativi. Si parte, infatti, dal presupposto che i comportamenti antisociali costituiscano un’interazione deviante e che i soggetti, siano essi autori o vittime, si

³⁶⁶ G. FORNASARI. *Profili di una giustizia nell’esperienza di diritto comparato*, in *Verso una giustizia penale conciliativa* (a cura di) L. PICOTTI - G. SPANGHER Milano 2002, pp. 82-83.

³⁶⁷ A. WYVEKENS, 2000; *Op.*, cit., pp. 31- 32.

³⁶⁸ L. VOLPINI, *La mediazione penale minorile*; in “*Manuale di criminologia clinica*” di M. GIANNANTONIO - S. DE RISIO; Citta di Castello, 2000.

riflettono in una dimensione in cui le azioni sono parti interconnesse di variabili di personalità e contesto, ed in questo senso la risposta alla devianza si assume come un problema comunitario e di interconnessione. La mediazione, partendo da queste considerazioni, viene indicata come la metodica più idonea ad affrontare il conflitto oggetto del procedimento minorile. Essa viene vista, infatti, come l'occasione per superare i limiti di un procedimento in cui la vittima non ha alcuna voce, non potendosi costituire parte civile. In questi casi con il processo riconciliativo uno dei risultati che si vuole, infatti, ottenere è quello di reintegrare moralmente e materialmente, proprio, la vittima del reato. Si procede, pertanto, alla rilettura critica della normativa del procedimento minorile che su questo punto esclude l'ammissibilità dell'azione civile a norma dell'art. 10 DPR. 448/88. Tale esclusione ha lo scopo di evitare, in questi casi, l'espandersi della tensione tra le parti ma non quello di impedire la reintegrazione della persona offesa. Del resto secondo i sostenitori della giustizia penale riconciliativa, se la reintegrazione della vittima può realizzarsi senza snaturare i fini del processo in questione, essa è non solo praticabile, ma anche e soprattutto coerente con la finalità responsabilizzante del procedimento medesimo. «L'offeso – scrive Rossi- svolge un ruolo funzionale agli accertamenti sulla personalità del minorenne, dei fatti e della loro rilevanza, esclusivamente ai fini dell'applicazione di una adeguata misura penale. Ma, essendo la condanna epilogo residuale, la persona offesa è indotta a finalizzare l'esercizio dei suoi diritti alla determinazione di una alternativa riparazione ben compatibile con la valenza responsabilizzante del processo»³⁶⁹.

Il contesto normativo che prevede la possibilità di un intervento riconciliativo è rappresentato:

- Art. 9 del D.P.R. 448/88 “*accertamenti della personalità del minore*” che prevede in fase di indagini preliminari, l'acquisizione, da parte del P.M. e del giudice, di elementi per una valutazione delle risorse e condizioni personali, familiari, ambientali del minore al fine di accertarne l'imputabilità ed il grado di responsabilità, e di valutare la rilevanza sociale del fatto. A tal fine è prevista la possibilità di ascoltare le persone che hanno avuto rapporti con il minore ed il parere di esperti. In questo caso, anche se la mediazione non è esplicitamente prevista, può essere utilizzata per valutare la responsabilità del minore e la consapevolezza di questo circa le conseguenze della sua azione. Si consente,

³⁶⁹ G. ROSSI ; *La riparazione nell'ordinamento penale italiano* ; in *Mediazione, conciliazione, riparazione* di C. R. BRUTTI Torino 1999, p. 58.

attivando il minore e seguendo i comportamenti nel corso della attività di mediazione, di raggiungere il risultato di una più valida conoscenza della sua personalità, di un approfondimento “dinamico” della medesima. Le indagini, previste dall’articolo in questione, non sono solo indirizzate a stabilire la capacità di intendere e volere del minore e le cause della sua condotta, ma anche a valutare la “rilevanza sociale del fatto”. Quest’ultimo elemento implica un riferimento al danno subito dalla vittima ed un suo intervento, attraverso la sua audizione, disposta dal giudice, nell’ambito dell’attività prevista dall’art27 del DPR citato.

- Art. 27 D.P.R. 448/88 “*assoluzione per irrilevanza del fatto*” prevede la pronuncia di non luogo a procedere su richiesta del P.M., dopo l’audizione, da parte del G.I.P., del minorenne, dell’esercente la potestà dei genitori e della persona offesa dal reato. Anche in questo caso la mediazione può essere utilizzata per una valutazione del danno prodotto dal minorenne nei confronti della vittima e per realizzare una conciliazione tra le parti. Secondo alcuni l’istituto previsto dall’art. 27 può contenere un percorso di mediazione, sia anteriore che successivo alla pronuncia, in grado di svolgere un duplice ruolo, ossia, da una parte, evitare di arrivare all’irrilevanza del fatto” per fini deflativi del carico penale, e dall’altra, aiutare il minore a prendere coscienza dell’entità antiggiuridica dell’atto posto in essere, anche se caratterizzato dalla lieve entità.
- Art. 28 D.P.R. 448/88 e art. 27 D.Lgs. 272/89 “*sospensione del processo e messa alla prova*” comporta la sospensione del procedimento quando il giudice ritiene di dover valutare la personalità del minore solo all’esito di una prova. Da ciò si evince che l’istituto in questione viene applicato dal giudice a seguito di un giudizio di “non innocenza” e cioè, quando si è in mancanza dei presupposti necessari per una sentenza di non luogo a procedere a norma dell’art. 425 c.p.p. Proprio questa considerazione, secondo Rossi, traccia il margine di separazione tra la misura penale disposta nell’udienza preliminare e la misura amministrativa dell’“affidamento al servizio sociale” previsto dall’art. 25 r.d.l. 1404 del 1934³⁷⁰. Il contenuto della prova è stabilito dal giudice sulla base di un intervento elaborato dai servizi minorili. All’interno di questa misura è prevista la partecipazione del minore ad un percorso di riconciliazione con la vittima e le

³⁷⁰ G.ROSSI; *Op.*, cit., p. 52.

prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato. Da più parti è stato sottolineato come, a differenza della legislazione inglese minorile, la messa alla prova è applicabile senza alcuna limitazione oggettiva, quindi anche per i reati più gravi. L'unica limitazione, originariamente prevista, era l'inapplicabilità dell'istituto all'imputato che avesse fatto richiesta di giudizio abbreviato o immediato, limitazione dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale nella sentenza n 125 del 1995. De Leo si mostra contrario all'assenza di limitazioni oggettive all'applicazione dell'istituto in questione: «almeno per il più grave reato contro la persona, quale l'omicidio volontario, si potrebbe spostare la messa alla prova dalla fase processuale a quella dell'esecuzione della pena, con esito che, invece di estinzione del reato, potrebbe essere quello di estinzione della pena che ha altre valenze simboliche ed è più comprensibile ed integrabile ad ogni livello»³⁷¹. I tempi per la richiesta e l'applicazione dell'istituto sono l'udienza preliminare e quella dibattimentale. Tuttavia la messa alla prova in fase dibattimentale, presupponendo l'accertamento della responsabilità, potrebbe configurarsi come alternativa all'inflizione di una pena, pertanto, come sostiene Rossi, la metodica potrebbe risultare più simile alla misura rieducativa dell'affidamento in prova al servizio sociale applicato prima dell'emissione dell'ordine di carcerazione. La messa alla prova disposta nell'udienza preliminare, diversamente, presuppone solo un giudizio di non innocenza³⁷².

Da più parti si osserva che, se la sospensione del processo deve essere subordinata ad una confessione piena dell'imputato o almeno ad una sua accettazione dell'addebito penale, ciò non è costituzionalmente accettabile. Si arriva, infatti, a far dipendere la concessione della misura «da una sorta di pentimento del soggetto imputato »³⁷³. Altre perplessità si sollevano relativamente alla previsione di prescrizioni del giudice dirette a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa. Ci si chiede, infatti, come sia possibile prevedere l'impegno conciliativo, che per sua natura dovrebbe essere fondato sulla libera scelta, con le prescrizioni attraverso cui il giudice obbliga il minore ad un dato comportamento. E la contraddizione è talmente evidente che sono intervenute proposte relative alla

³⁷¹ DE LEO; *Estinzione del reato nella nuova messa alla prova*; in "Minori e Giustizia", 1996.

³⁷² G. ROSSI, 1999, *Op.*, cit., p. 52.

³⁷³ F. MAZZA GALANTI; *La messa alla prova nel procedimento penale minorile*; In "Dei delitti e delle pene"; Napoli, 1993.

modifica del comma 2, contenente tale previsione. E non tutti sono concordi nel ritenere che ci sia stata una “svista” da parte del legislatore. Non sono isolate, infatti, le voci di chi ritiene che l’attenzione di quest’ultimo non si sia rivolta all’incontro reale tra le parti, quanto piuttosto alla materiale attività riparativa da parte dell’autore del reato nei confronti della persona offesa.

- Art. 30 D.P.R. 448/88 “*libertà controllata*”, nell’ambito di questa misura alternativa il giudice può prevedere come attività prevalente che il minore svolga un percorso di mediazione, sempre che vi sia la disponibilità del minore stesso.
- Art. 101 L. 689/81. In tema di pene pecuniarie spazi alla mediazione possono essere ritagliati nel caso in cui il giudice debba procedere alla conversione della pena pecuniaria per insolvenza del condannato.

Per quanto attiene alle modalità concrete attraverso le quali si inizia un percorso di mediazione, si constata che gli Uffici di Mediazione ricevono direttamente i casi dalla Procura della Repubblica o dalla magistratura giudicante e invitano le parti, dopo colloqui individuali, ad acconsentire alla partecipazione al programma di mediazione.

La fase definita di “pre-mediazione” è considerata dagli operatori molto importante, in quanto, serve a stabilire la disponibilità emotiva e fattiva delle parti ad un incontro diretto e necessario per una riconciliazione tra le stesse. Tuttavia può accadere che la vittima abbia difficoltà a percepire l’attività di mediazione come un vantaggio per se stessa considerando questa, piuttosto, come un’opportunità premiale per l’autore del reato soprattutto se l’attività di conciliazione viene svolta durante il percorso penale e non a seguito di una sentenza di condanna.

Inoltre, non sempre i tempi processuali coincidono con quelli necessari per l’opera di mediazione, di conseguenza, è facile trovarsi in presenza di un rifiuto della vittima a partecipare al percorso riconciliativo durante il periodo di messa alla prova, considerando che la rielaborazione del proprio vissuto emozionale molto spesso necessita di periodi riflessivi molto intensi e lunghi. Da ciò derivano altre perplessità rispetto all’efficacia della mediazione dando luogo a un dibattito relativo alla necessità

di sviluppare interventi normativi e nuove scelte organizzative per realizzare un istituto che sia realmente conciliabile con il sistema penale³⁷⁴.

Se è vero, infatti, che «la mediazione ha esito positivo ogniqualvolta il mediatore percepisce che le parti giungono ad un riconoscimento reciproco ritrovando la propria dignità di persone»³⁷⁵ è altrettanto vero che a prescindere dall'esito, segue, di prassi, la riparazione materiale del danno. Solo in questo modo è possibile parlare di estinzione del reato così come previsto dall'art. 28 D.P.R. 448/88. Di conseguenza, l'aspetto materiale, che teoricamente avrebbe dovuto essere del tutto accessorio e secondario rispetto alla ricostituzione del rapporto, svolge in realtà un ruolo primario. Da esso dipende infatti l'estinzione del reato ex art. 28, inoltre, sempre questo è l'oggetto delle prescrizioni previste dal comma 2 del medesimo articolo, prescrizioni, che come già affermato, non possono riferirsi ad un percorso che sia liberamente voluto dalle parti. E questo è confermato dal fatto che all'esito negativo della "riconciliazione" fa seguito, nella pratica, una ripresa del procedimento giudiziario. Quest'ultimo, tuttavia, non potendosi palesare come una "sanzione" per un mancato percorso di maturazione interiore del reo, si afferma come un provvedimento nei confronti del reo che non ha voluto provvedere verso la vittima, nonostante la *chance* offertagli dall'ordinamento che prevedono, come infatti, di riequilibrare materialmente i rapporti estinguendo, così, il suo debito anche con l'ordinamento.

6.4 Riflessioni a margine di una riforma

A questo punto diventa doveroso soffermarsi, ancora una volta, sul distacco che ormai si è palesemente creato tra la mediazione "pura" e la mediazione penale. Il distacco si evidenzia nel momento in cui il principio viene applicato al campo giuridico. È necessario, pertanto, stabilire se ci si è trovati di fronte alla contaminazione di un concetto o allo smascheramento dello stesso. La massima attenzione si è mostrata per una teoria che voleva indicare un percorso per arrivare all'incontro reale tra le parti e creare uno spazio all'interno del quale poter intraprendere un'attività per la risoluzione dei conflitti, che maturano all'interno di determinati contesti³⁷⁶. Si è mostrato interesse per una pratica che è stata traslata nell'ambito penalistico al fine di costruire un'alternativa alla giustizia tradizionale, sebbene le sue origini prescindessero dal contesto giuridico. Nonostante gli sforzi non si è riusciti a dare all'istituto in questione

³⁷⁴ DE LEO; *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*; Milano, 1999;

³⁷⁵ A. CERETTI; *Più riparazione meno pena*; in www.galileo.it

³⁷⁶ G.V. PISAPIA; in *Editoria Rassegna di Criminologia*; anno II, n 4.

la credibilità auspicata, tanto che i sostenitori della cosiddetta mediazione “pura” lamentano la contaminazione dell’istituto che si è irreversibilmente piegato alla logica del diritto.

Il diritto penale rappresenta il mondo della staticità, dei fatti già accaduti di cui si vuole scoprire la “verità”, individuare un responsabile, irrogare una sanzione, il tutto per riaffermare l’ordine stabilito dalla legge³⁷⁷. La mediazione si prefigge, invece, l’obiettivo di confrontare e comporre verità relative, perché connesse ai vissuti personali dei protagonisti della vicenda e così di entrare all’interno di rapporti vivi, dinamici, e di tentare un incontro personale, che coinvolge, ma allo stesso tempo trascende, l’evento puntuale. È sicuramente molto difficile far parlare tra loro due persone che utilizzano lingue diverse, a meno che una delle due faccia proprio il linguaggio dell’altra. Questo è quello che probabilmente è accaduto nel momento in cui la mediazione è stata inglobata dal sistema penale. Si è raggiunto un compromesso e questo ha reso illusoria l’idea di poter creare un’alternativa al modello tradizionale di giustizia dal momento in cui la mediazione vi è stata inserita pienamente. Il risultato è che «si osserva il passaggio da una logica di alternativa alla giustizia ad una logica di alternative giudiziarie»³⁷⁸. Nell’ambito del procedimento risulta difficile immaginare, come sia possibile arrivare a quella compartecipazione a livello emozionale e di conseguenza alla comprensione dell’evento medesimo, come viene indicato in ambito teorico. Come evidenziato da Messner, in realtà, la mediazione è orientata primariamente alla soddisfazione degli interessi della vittima, non siamo di fronte a “partner contraenti” che sulla base dell’autonomia privata possono determinare in prima persona, se pervenire ad una risoluzione del conflitto e con che modalità³⁷⁹. Qui si tratta di stabilire unicamente il tipo e l’entità della riparazione che il reo dovrà offrire alla vittima. I ruoli delle parti sono già predefiniti, da un lato la vittima, dall’altro il reo. Non potrà accadere che lungo il percorso di mediazione risulti il reo stesso vittima. Infatti in dottrina si sconsiglia l’utilizzo della mediazione nei reati in cui la posizione della vittima e dell’autore del reato non sono nettamente distinte, ossia quei reati in cui entrambe le parti sono ugualmente responsabili³⁸⁰.

³⁷⁷ G. MOSCONI, *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*; in “*Dei delitti e delle pene*”; 2000, III; p. 58.

³⁷⁸ A. WYVEKENS, *Op.*, cit., p. 31.

³⁷⁹ C. MESSNER, *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*; in “*Dei Delitti e del pene*”; 2000, III; p. 101.

³⁸⁰ G. SCARDACCIONE, 1998; *Op.*, cit., p. 53.

La mediazione viene proposta, quindi, solo davanti ad un reo che ammette la propria colpevolezza e si dimostri pentito e intenzionato a riparare le conseguenze del suo atto. Ovviamente, da ciò si evince che la questione su chi riceverà giustizia non si pone: se l'assegnazione dei ruoli non è più in discussione, quando la mediazione inizia essa non è che un rituale, un cerimoniale dal finale già prestabilito.

Forse a questo punto potremmo addirittura affermare che risulta difficile contaminare un concetto che in realtà mostra dei punti oscuri, anche se considerato nei suoi aspetti più puri. Se realmente si riuscisse a raggiungere un livello di comunicazione superiore, un incontro a livello del cuore, i ruoli stessi non avrebbero più senso di esistere. Quando invece si sostiene di poter riconoscere la sofferenza dell'alto attraverso il perdono, si presuppone comunque un livello di colpevolezza. Si rientra ancora una volta nella contrapposizione tra ciò che astrattamente è definito "bene" e ciò che è definito "male" utilizzando quelle verità artificiali e del tutto relative che alimentano un diritto in cui la divisione rappresenta la regola e l'unione, l'eccezione. Il perdono è un concetto che male si colloca laddove una fusione reale si vuole raggiungere ma sicuramente risulta estremamente appropriato se lo si applica ad un istituto in cui, il più delle volte, l'autore del reato è costretto a recitare una parte per ottenere un procedimento di indulgenza sottomettendosi alla volontà di un altro uomo che difficilmente si considererà un suo pari. E ancora una volta il timore del castigo, si traduce in quella "minaccia penale" che, in questo caso, induce il reo alla conciliazione. In caso di esito negativo si prevede, infatti, la prosecuzione del procedimento e l'applicazione di sanzioni meno dure ma sicuramente effettive considerando il divieto di sospensione condizionale della pena. Una conciliazione così impostata, non solo risulta ben lontana da quella volontarietà, da quella spontaneità che la dovrebbe contraddistinguere, quanto si caratterizza per essere essa stessa una sanzione, o comunque per avere un valore ad essa equivalente. La pena non è unicamente quella che determina una incidenza sulla libertà personale del reo, pena può essere anche l'imposizione di un'attività riparativa verso la vittima. La finalità perseguita è la stessa, ossia, la ricerca di un riequilibrio dell'ordine violato, ottenibile

sia attraverso l'inflizione della pena propriamente detta, sia attraverso un sacrificio dei diritti patrimoniali del colpevole a favore della vittima³⁸¹.

La mediazione risulta così uno strumento-sanzione per mettere d'accordo le parti al fine di ottenere un risarcimento o altra modalità compensativa. Gli aspetti materiali, vista la loro centralità, non possono certo essere considerati accessori. Il diritto cerca di stabilire delle certezze di fronte alla complessità dei rapporti e dei conflitti intersoggettivi e questo tentativo necessita di concretezze. Da qui la rilevanza dell'aspetto materiale della riparazione intesa come quel qualcosa che attesta in maniera incontrovertibile che le parti si sono confrontate e hanno raggiunto un accordo talmente soddisfacente da giustificare l'abbandono dell'inflizione di una pena tradizionale. Di fronte agli occhi dell'ordinamento non sarebbe mai sufficiente una maturazione interiore dei due soggetti, un incontro "a livello del cuore" privo di qualsiasi conseguenza, si necessiterebbe sempre di una prova, anche simbolica, perché in questo sistema la materialità equivale a certezza. Non solo quindi l'aspetto materiale, la riparazione, nel procedimento in questione ha carattere fondamentale e non accessorio, ma l'aspetto più propriamente personale, come già evidenziato, non trova reale collocazione. A tutto ciò dobbiamo aggiungere che nell'ordinamento italiano l'opera di conciliatore è affidata direttamente al giudice, quella stessa figura chiamata a irrogare la sanzione in caso di prosecuzione del procedimento per esito negativo della conciliazione. Potrebbe sembrare una contraddizione in termini, ma non lo è, o meglio non lo è nell'ambito della visione prima descritta. Se l'intento fosse stato quello di promuovere un incontro delle parti su un piano interpersonale, interiore, apparirebbe ancor più lampante la assoluta incompetenza del giudice in questione, che per quanti corsi integrativi possa frequentare, non potrebbe mai assumere un ruolo, che difficilmente gli stessi "professionisti" (operatori psico-sociali) possono affermare di svolgere efficientemente. Ma se si tratta di favorire un incontro tra le parti al fine di raggiungere un accordo sull'aspetto della riparazione delle conseguenze del reato, allora la figura del giudice appare appropriata.

³⁸¹ G. FLORA, 2002, *Op.*, cit., p. 150.

6.5 Mediazione Come “Strumento Tampone”

L'allarme sociale legittima l'esistenza di incrementare forme di controllo. Ciò che conta, da parte dell'ordinamento, è adoperarsi per garantire la sicurezza, ma come afferma Messner, si cerca di garantirla non attraverso una reale analisi delle condizioni sociali della devianza e, quindi, attraverso delle pratiche che, almeno, rappresentino dei tentativi di risoluzione del problema, ma attraverso dei processi di riduzione dei danni, processi di “contenimento della criminalità” orientati secondo il principio della minimizzazione dei costi³⁸². Prima la via seguita era quella delle pratiche dirette ad arginare la devianza tramite interventi di modifica del comportamento dei soggetti agenti volto alla “normalizzazione” dei medesimi. Una volta constatato il fallimento di un tale approccio, lo Stato ripiega su una nuova politica di deresponsabilizzazione e di “delega” ai cittadini. Lo Stato si dichiara non esclusivamente responsabile del controllo della criminalità, e richiede la cooperazione della collettività attuando una sorta di “suddivisione del lavoro”. In questo senso la mediazione opera come strumento per la riduzione del danno criminalità attraverso il coinvolgimento dei privati. I vantaggi per lo Stato sono notevoli. Se il fallimento delle precedenti pratiche aveva minato la credibilità del sistema la mediazione rappresenta una nuova *chance*. Si afferma infatti che con essa si pongono in primo piano le esigenze della vittima fino ad ora relegata in un ambito marginale e che al reo viene fornita la possibilità di autoresponsabilizzarsi con notevoli vantaggi anche sul piano procedurale, ed infine, si afferma che ad entrambi è data la possibilità di riconciliarsi, con vantaggi per l'intera comunità che risentirà delle influenze positive della raggiunta stabilità dei rapporti. Una romantica favola dalla quale, però, “le istituzioni traggono profitto, perché nella misura in cui riescono a giustificare il dominio paternalistico sulla vittima e l'intervento repressivo nei confronti del reo, rinsaldano il loro fondamento di legittimità e la loro violenza simbolica”³⁸³. Considerando poi che il sistema penale rischiava una implosione per il pesante carico giudiziario che non riusciva ad affrontare non solo in termini economici ma, soprattutto, in termini di gestione pratica, si riscontra un ulteriore vantaggio. Le tipologie di reato che sono state affidate alla pratica della mediazione di solito rientrano nella categoria dei reati contro il patrimonio e non è un caso che questi, più facilmente,

³⁸² Ibidem.

³⁸³ C. MESSNER, *Op.*, cit., p. 109.

si prestano alla ricerca di un accordo sull'entità della riparazione. Per i reati violenti si afferma che è troppo complesso giungere ad un incontro tra le parti, considerando che il reo difficilmente ammette le sue colpe facendo venire meno quel carattere consensuale che come si dice è alla base del rapporto. In tali casi, secondo la dottrina, se la mediazione può trovare un margine di applicazione, questo non può che esser dopo la sentenza e mai come pratica alternativa al procedimento penale³⁸⁴.

Nei reati di violenza domestica, secondo i dati delle autrici Hester e Person, addirittura l'utilizzo della mediazione potrebbe ingenerare degli effetti negativi. Si afferma che l'uomo, in molti casi, solo apparentemente si dimostra conciliante e ammette le proprie responsabilità³⁸⁵. La riappacificazione risulta essere una finzione, questo perché in genere si tratta di violenze ripetute e protratte per molti anni, per cui difficilmente la pratica mediatoria può avere un effetto deterrente. Infatti dai dati risulta una percentuale altissima di insuccessi dei programmi di conciliazione ed un aumento dei rischi per la donna di subire ulteriori violenze³⁸⁶.

Questi esempi sono indice di una difficile attuazione pratica della mediazione ad ampio spettro, ossia estesa anche a quelle tipologie di reato in cui è assente l'aspetto patrimoniale, mentre predomina quello personale.

Gli studi sugli effetti della mediazione parlano di riuscita della medesima, di soddisfazione della vittima, ma il parametro di riferimento considerando anche la tipologia di reati cui viene applicata risulta il più delle volte legato alla conclusione di un accordo sul risarcimento materiale.

Non tutte le coppie antagoniste reo-vittima possono accedere all'istituto in questione.

Per l'autore di reato, come già affermato, in genere, si richiede una disponibilità alla ammissione della propria responsabilità e alla riparazione delle conseguenze del reato, per cui sono esclusi i soggetti che lamentano una responsabilità non esclusiva dell'accaduto e che ritengono la vittima compartecipe. Rispetto ai soggetti disponibili ad una ammissione totale di colpa, è facile immaginare una disponibilità massima alla riparazione non fosse altro che per evitare le conseguenze infauste del processo.

³⁸⁴ G. SCARDACCIONE, 1998, *Op.*, cit., cap. V.

³⁸⁵ M. HESTER - C. PEARSON; *Domestic violence, mediation and child contact arrangements: issues from current research*; in "Family Mediation"; 1993, n. 3.

³⁸⁶ *Ibidem*.

Rispetto alla disponibilità delle vittime, dalla ricerca di Maguire e Corbett, frutto di un'analisi delle esperienze straniere, è molto più elevata la disponibilità delle vittime di reati contro il patrimonio a partecipare ad una mediazione con il reo, rispetto alle vittime di reati violenti (19%)³⁸⁷.

Da queste considerazioni si deduce che per le mediazioni intraprese nell'ambito dei reati a sfondo patrimoniale con disponibilità dei soggetti sopra considerati, la percentuale di successo non può che essere elevata. Non esistono ricerche, nonostante la mediazione sia una pratica non nuova in alcuni paesi stranieri, atte a comprovare degli effetti positivi in termini di riduzione della criminalità ed incidenza sui tassi di recidiva. Viene, pertanto, da chiedersi se la mancanza di tali dati derivi dall'incompletezza delle statistiche a riguardo, oppure dalla considerazione che la mediazione, così impostata, non sia realmente efficace. Sicuramente rappresenta un vantaggio per tutti i paesi che soffrono di un ormai cronico "eccessivo carico giudiziario", ma se non se ne può ammettere il carattere realmente conciliativo, dobbiamo affermare che siamo di fronte ad un nuovo "strumento-tampone", utilizzabile in pochi casi, che alla lunga mostrerà sicuramente i suoi limiti. Le perplessità sono molte e non investono solo il passaggio, seppur difficile, dalla teoria all'atto pratico, ma si incentrano anche sull'idea stessa di mediazione che, come osserva Pavarini, potrebbe aver subito un uso distorto e strumentale da parte del sistema penale che dal momento in cui si ibrida con altre sostanze le corrompe o le annulla³⁸⁸. Messner, definisce la mediazione, non come una modalità privata di composizione dei conflitti ma, come "una teatralizzazione statale-penalistica dettata dall'urgenza di giustizia"³⁸⁹ evidenziando con questa espressione che solo apparentemente la mediazione tenta un incontro tra reo e vittima mentre, nella realtà, essa si struttura per tutelare gli unicamente gli interessi della parte offesa. Non a caso le parti non sono realmente libere di determinare l'esito del loro incontro, né è in dubbio chi sia il soggetto meritevole di ottenere giustizia, né è possibile ipotizzare che, alla fine, sia il reo a risultare vittima. I ruoli sono stabiliti e con essi l'esito finale. Il tutto si risolve in un mero rituale. « È la legge che pone un premio per un dato comportamento procedurale

³⁸⁷ M. MAGUIRE - C. CORBETT; *The effects of crime and work of Victim Support Schemes*; in G. SCARDACCIONE, *Op.*, cit., p. 51.

³⁸⁸ M. PAVARINI; Relazione al convegno per la presentazione del libro "Lo spirito della mediazione di J. MORINEAU, Bologna, 2001.

³⁸⁹ C. MESSNER *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*; in " *Dei delitti e delle pene*"; 2000, III; pp. 101-103.

delle parti coinvolte e che ricambia con caramelle nel caso in cui le parti pervengano ad una soluzione “autonoma”; nel caso contrario tiene ferma la minaccia»³⁹⁰. Agli occhi di Messner la mediazione si presenta come una nuova forma di controllo sociale, funzionale ad un sistema penale sovraccarico, e soprattutto fortemente legittimante il potere istituzionale, tramite un “dominio paternalistico” sulla vittima e un intervento comunque contenitivo nei confronti del reo. Ai fini di una corretta formulazione ed attuazione dell’istituto, l’incontro tra i soggetti coinvolti dovrebbe essere libero ed incondizionato. Solo così la comunicazione può svolgersi su un piano “sentito”, elemento indispensabile per raggiungere una riconciliazione reale tra le parti. Ma questo, rappresenta forse il problema più serio. Sostenere infatti che il consenso non venga viziato dalla prospettiva di un procedimento d’indulgenza o dalla minaccia di un ritorno al penale, significa avere un’idea della mediazione del tutto “romantica”.

³⁹⁰ C. MESSNER, *Op.*, cit., p. 102.

CAPITOLO VII

Il superamento della logica del contrappasso attraverso il risveglio della coscienza di sé .

(Un personale appello in un'ottica possibilista)

7.1 La necessità di porsi degli interrogativi

Quando si tenta di ipotizzare una soluzione per il “male” che affligge il sistema penale, incapace di fornire una risposta adeguata alla piaga della criminalità, spesso si dimentica che ci si muove all'interno di un *corpus* più grande, che è la società stessa

Se partiamo dal presupposto che la malattia di un organo non riguarda mai questo soltanto, ma coinvolge l'intero organismo, possiamo affermare che non si può parlare di un sistema penale “malato” all'interno di una società “sana”, ma di un male diffuso che si estende a tutti i sistemi strutturanti la società stessa.

Di conseguenza la ricerca di una soluzione reale al problema criminalità, ristretto nei confini del solo campo penale, è illusoria e fallimentare, come hanno dimostrato i contributi evolutivi caratterizzati da una prospettiva unilaterale, finalizzata alla individuazione degli strumenti coercitivi più idonei alla lotta alla criminalità.

I percorsi seguiti sono stati i più svariati: dalla eliminazione materiale del soggetto colpevole, alla sua emarginazione attraverso luoghi di segregazione, al trattamento individualizzato del soggetto al fine di un recupero, fino all'odierna riconciliazione tra le parti. I risultati, sia in termini risolutivi che di reale incidenza sui tassi di criminalità, sono stati scarsamente incoraggianti.

Del resto, ogni modello prospettato nasce dalla spinta conseguente al fallimento di quello precedente; lo stesso modello conciliativo viene prospettato in alternativa ai sistemi giuridici tradizionalmente intesi. Ora, se i risultati sono mancati, c'è da chiedersi se il fallimento risieda negli strumenti utilizzati, oppure in un erroneo approccio al problema. Le strade battute sono state molte per cui risulta difficile affermare una generale inefficacia limitata agli strumenti utilizzati, pertanto è più probabile ipotizzare che il difetto sia a monte, e che sia caratterizzato non solo dall'isolamento della problematica dal contesto generale, dal quale non si può prescindere, ma anche

dall'analisi riduttiva svolta e diretta al modo migliore per ridurre il fenomeno delinquenziale, senza indagare sulle cause del delinquere stesso.

In questo ambito si è commesso l'errore ulteriore di relegare la filosofia del diritto a mera branca culturale, priva di qualsiasi attuazione pratica, invece di rivalutarla come ambito importante di riflessione sull'essenza del diritto e sulle cause del delinquere. Una strategia di politica criminale, che voglia risultare efficace, non può prescindere da una seria riflessione sulle stesse. Si potrebbe replicare che ci si è soffermati sulle motivazioni, sulle cause, ambientali e sociali, che spingono a delinquere, nell'intento di "recuperare" in qualche modo l'autore del reato. In questa direzione si sono individuate e classificate due categorie distinte, da una parte la categoria "reo", dall'altra la categoria "innocente" (nell'ambito della quale è stata anche ritagliata la sub-categoria della vittima), per poi focalizzare l'attenzione sul soggetto agente, sulle motivazioni che spingono il reo a commettere reato, (patologia, condizioni economiche, familiari etc.). Tuttavia non si è mai partiti dalla considerazione dell'uomo in quanto tale, dalla sua natura avulsa da qualsivoglia categorizzazione. Le categorie sono una invenzione della razionalità, che tende a schematizzare per rendere la realtà oggettiva più comprensibile, ma nessuno nasce reo o innocente, di conseguenza, potenzialmente, tutti possiamo essere rei o innocenti (vittime). Tutti apparteniamo ad un'unica specie, quella umana, che, per essere tale, si caratterizza per le peculiarità naturali che la distinguono dalle altre. È questo il punto di partenza: interrogarsi sulla natura umana, chiedersi se questa sia quella prospettata da Hobbes (*homo homini lupus*³⁹¹), l'istinto criminale e di sopraffazione sui suoi simili è connaturato nell'uomo, oppure se è vero il contrario.

Se si parte da una considerazione negativa dell'individuo, allora nessun sistema penale potrà mai eliminare il fenomeno criminalità, per cui risulterebbe superfluo il rieducare, il risocializzare e lo stesso riconciliare. Di fronte ad un'indole innata che porta alla sopraffazione sugli altri uomini, l'unica risposta non può che essere quella di applicare

³⁹¹ T. HOBBS., *Leviatano*, I, XIV[^], Firenze, 1976; E' innegabilmente riconosciuto come, da Hobbes in avanti, il metodo scientifico sia stato applicato allo studio dei fenomeni umani, in particolare politici e sociali, con modalità tali da fondare una forma di riflessione nettamente divaricata rispetto a quelle della tradizione politica antecedente, e – come noto – fondata sul presupposto «antropologico» dell'*homo homini lupus*, del *pactum unionis et subiectionis* dante vita al *macroantropos* statale, la cui unica finalità, perseguita attraverso la sovrapposizione volontaristica e violenta del proprio potere sull'individuo a-nomico dello stato di natura, sarebbe stata quella di assicurare la «vita fisica» individuale contro il pericolo di una morte violenta. ; A questo proposito si veda anche V. BARBA., «Opinione», «consenso» e tecnica della costruzione dei soggetti in Thomas Hobbes, in BOBBIO – BODEI – MARRAMAO – RELLA – ROVATTI – SCHIERA – STAME, *Soggetti e potere – un dibattito su società civile e crisi della politica*, a cura di Vittorio Dini, Napoli, 1983.

un sistema sanzionatorio, il più duro possibile, al solo fine di contenere i danni, salvaguardando l'esistenza della specie.

Ma se si considera la natura umana diversa, positiva, all'antitesi del cosiddetto "lupus", allora necessita chiedersi cosa abbia spinto l'uomo verso la devianza. Cercare di fornire una risposta non rappresenta un esercizio di pura speculazione teorica, ma rappresenta un passo necessario onde affrontare, nella giusta prospettiva, le problematiche che attualmente affliggono il mondo intero. La risposta al quesito rimanda alle origini dell'uomo.

7.2 La banalità del male.

Hannah Arendt assistendo al processo contro il nazista Adolf Eichmann, una della "pedine" più solerti ed efficienti della Soluzione Finale, si trova di fronte ad una realtà inaspettata. L'incontro con Eichmann rappresentò per lei un nuovo trauma³⁹², giacché la filosofa non si trovò di fronte un essere demoniaco ma una persona normale.

«Eichmann non era uno Iago né un Macbeth, e nulla sarebbe stato più lontano dalla sua mentalità che "fare il cattivo" – come Riccardo III – per fredda determinazione. Eccezion fatta per la sua eccezionale diligenza, nel pensare alla propria carriera, egli non aveva motivi per essere crudele, e anche quella diligenza non era, in sé criminosa; è certo che non avrebbe mai ucciso un suo superiore per ereditarne il posto. Per dirla in parole povere, egli *non capì mai che cosa stava facendo*»³⁹³.

«Eichmann non aveva fatto altro che osservare zelantemente l'imperativo del nuovo ordinamento che recitava "devi uccidere", sorvolando il particolare che il nemico da uccidere erano persone la cui unica colpa era quella di non essere conformi ai canoni stabiliti dal regime perché appartenenti al popolo ebraico»³⁹⁴. Ma quello che colpì maggiormente la Arendt era la sua estrema *superficialità*. Eichmann «non era uno stupido; era semplicemente senza idee»³⁹⁵, ma allo stesso tempo, «totalmente sottomesso agli ordini dei suoi superiori»³⁹⁶. Come lui tanti altri uomini normali si trovarono nelle condizioni di commettere delle atrocità con la medesima superficialità. Ecco perché il

³⁹² S. FORTI, *Le figure del male*, in H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Roma, 1996, Pxliv.

³⁹³ H. ARENDT, *La banalità del male*, Milano 1999, p.290.

³⁹⁴ P. HELZEL, *L'evento Auschwitz*, Lungo- Cosenza, 2001, p. 64.

³⁹⁵ Ibidem.

³⁹⁶ P.HELZEL.*Op.*,cit., p. 64.

fenomeno del nazionalsocialismo, nel complesso, non ebbe nulla di demoniaco³⁹⁷, ma considerando la natura ordinaria di quegli uomini che esercitarono il dominio, ciò che sconvolge, e che non si riesce ad accettare, è che l'individuo più banale può governare il mondo³⁹⁸.

E così «all'improvviso risultò chiaro che il più grande degli orrori a memoria d'uomo non era stato opera di una folla tumultuosa, incontrollabile, ma di uomini che, una volta spogliatisi delle uniformi, non apparivano affatto malvagi. Essi si comportavano in buona misura come tutti[...]: amavano le proprie mogli, coccolavano i propri bambini, aiutavano e confortavano i propri amici in caso di difficoltà. Sembrava incredibile che una volta in uniforme, le stesse persone potessero fucilare, uccidere col gas o ordinare la fucilazione o l'uccisione col gas di altre persone, tra cui donne amate da altri e bambini coccolati da altri»³⁹⁹.

Ed è esattamente da questa incredibile presa di coscienza che nell'ultima fase del suo pensiero la filosofa ebrea sostiene, con convinta determinazione, che il male nell'uomo non è una tendenza innata. Il male aggredisce le persone che scivolano sulla superficie delle cose⁴⁰⁰, il male non ha infatti profondità e questa è la vera ragione per cui è così terribilmente complicato pensarlo. [...] In altri termini, *quanto più si è superficiali, tanto più allegramente si sarà a disposizione del male*⁴⁰¹.

La novità più terribile messa in luce dall'Olocausto non era costituita dalla possibilità che qualcosa di simile potesse essere fatto a delle persone innocenti, ma dall'idea che chiunque avrebbe potuto farlo⁴⁰². La condizione necessaria per fare del male non è infatti determinata da un animo perverso, bensì dall'esistenza di un vuoto tra l'agente e la sua azione⁴⁰³. Questo è dimostrato dalla facilità con cui le persone possono scivolare in un ruolo che richiede crudeltà quando, quello stesso ruolo, sia debitamente rafforzato e legittimato da un'autorità superiore. La mente di Eichmann come la mente di tutti gli allineati si rifiutava di ammettere tutto ciò che poteva contraddire, in un modo o nell'altro, il sistema di riferimento. Egli osservava, con zelo e con assoluta fedeltà,

³⁹⁷ P. HELZEL, *Op.*, cit, p. 67.

³⁹⁸ K. JASPERS, *La colpa della Germania*, trad.it. Napoli, 1947, p. 264.

³⁹⁹ Z. BAUMAN, *Modernità and the Olocaust*, Oxford, 1989; trad. it. *Modernità e Olocausto*, Bologna 1992, p 213.

⁴⁰⁰ Lettera della Arendt a Jaspers (4.3.1951) in *Briefwechsel 1962-1969*, Munchen, 1985, pp. 202-203; trad it (parziale) *Carteggio*, Milano 1989, pp. 104-106.

⁴⁰¹ Questi rilievi della Arendt sono riportati da B. ASSY, *Eichmann, Riccardo III e Socrate. Banalità del male e incapacità di pensare*, in E. DONAGGIO - D. SCALZO (a cura di), *Sul male*, Roma, 2003, p.170.

⁴⁰² F. STELLA, *Op.*, cit., p. 32

⁴⁰³ F. STELLA, *Op.*, cit., p. 59

l'imperativo del nuovo ordinamento. Ne è prova il suo continuo appellarsi al dovere, all'obbedienza della legge, all'esecuzione di ordini. Il meccanismo di adattamento psichico, più comunemente impiegato dai soggetti obbedienti, è, infatti, quello di non considerarsi responsabili delle proprie azioni. Si perde in questi casi ogni forma di consapevolezza di sé stessi e l'Altro, inevitabilmente, scompare, e, nel peggiore dei casi, può diventare un nemico da eliminare a tutti i costi. Del resto «come posso riconoscere l'altro come uno uguale a me se non so chi sono io?»⁴⁰⁴. Emblematici a questo proposito sono gli esperimenti effettuati nell'Università di Yale e di Stantford, rispettivamente dalle équipes dei professori di psicologia sociale Stanley Milgram e Philip Zimbardo.

Il primo esperimento eseguito tra il 1960 e il 1963 si basava su un'idea di partenza molto semplice. In un laboratorio di psicologia dell'Università, due persone venivano invitate a prendere parte ad un preteso studio su «la memoria e l'apprendimento». Ad una veniva assegnato il ruolo di «insegnante» e all'altra quello di «allievo».

Chi dirigeva la prova spiegava che si trattava di uno studio sugli effetti della punizione nell'apprendimento. Il vero soggetto dell'esperimento era in realtà l'insegnante convinto di partecipare davvero ad un test sull'apprendimento, mentre l'allievo era un attore. Quest'ultimo veniva fatto sedere in una gabbia di vetro, gli venivano legate le mani ad una specie di sedia elettrica, perché non avesse troppa libertà di movimento e gli veniva fissato un elettrodo al polso. Il suo compito era quello di imparare a memoria una lista di associazioni verbali: ad ogni sbaglio gli veniva somministrata una scossa elettrica di intensità crescente. L'esperimento tendeva ad appurare fino a che punto il soggetto accettava l'ordine di infliggere un dolore, sempre più intenso, all'allievo senza ribellarsi all'istruttore. Tutti gli psicologi ai quali Milgram chiese quali sarebbero stati i probabili risultati dell'esperimento erano sicuri che il 100 per cento dei soggetti avrebbe rifiutato di cooperare, tuttavia la percentuale delle persone che si rifiutarono di proseguire fino a 450 volt si ridusse al 30 per cento⁴⁰⁵.

Il secondo esperimento fu condotto da Zimbardo nel 1971 nel dipartimento di psicologia dell'Università di Stantford. I volontari furono selezionati a caso fra studenti universitari, in modo che non presentassero il minimo segno di anormalità e furono

⁴⁰⁴ G.P. CALABRÒ - P. B. HELZEL, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino 2007, p. 212.

⁴⁰⁵ La descrizione dell'esperimento riferita nel testo, è ripresa integralmente da S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità*, Londra 1974.

suddivisi fra guardie e prigionieri. Era stata stilata una lunga lista di piccole norme che inevitabilmente umiliavano i prigionieri e li privavano della propria dignità umana.

Ciò che seguì superò di gran lunga l'immaginazione degli ideatori. «L'improvvisa trasformazione di amabili e gentili ragazzi americani in individui simili ai mostri del tipo di quelli che presumibilmente dovrebbero trovarsi solo in luoghi come Auschwitz o Treblinka fu terrificante»⁴⁰⁶. Purtroppo i risultati di questi esperimenti sono riscontrabili costantemente, infatti, solo per fare un esempio, quello che è accaduto nelle carceri di Abu Ghraib è la diretta testimonianza di ciò che gli esperimenti di cui sopra avevano lucidamente profetizzato. Restano nella memoria « le immagini di uomini nudi che spogliati di ogni identità e avviliti nella loro virilità vengono dileggiati, oltraggiati o accatastati quasi si trattasse di una macabra orgia»⁴⁰⁷ così come non si possono dimenticare i racconti dei prigionieri che sono stati costretti a mangiare carne di maiale, a bere alcolici, a maledire Allah mentre venivano torturati⁴⁰⁸.

Ancora una volta è rintracciabile quello stesso meccanismo psicologico che si pone all'origine di questi processi aggressivi. Il sadismo delle guardie carcerarie, anche in questo caso, non è la conseguenza di personalità sadiche. Ci si trova di fronte a persone perfettamente normali e talvolta di buon carattere, ecco perché è facilmente deducibile che i comportamenti delittuosamente immorali sono il risultato di un contesto sbagliato che ha esercitato un potere coercitivo, negativamente controproducente. Zimbardo parla di "effetto Lucifero", identificando con questa terminologia il fenomeno in base al quale le persone buone, in determinate circostanze, diventano cattive.

Secondo il ricercatore della Stanford University vi è una membrana immaginaria che separa il bene dal male, che, purtroppo, permeabile, esattamente come può accadere nel caso delle cellule umane. Concretamente quello che consente di passare dallo stato di bontà a quello di cattiveria è la diffusione della responsabilità che si verifica all'interno dei gruppi: non essere chiamati a rispondere, in prima persona, di una azione, poter distribuire la responsabilità tra i membri di un gruppo, rende, infatti, più disinibiti e porta a compiere anche ciò che da soli non si penserebbe mai di fare. In aggiunta, il ruolo che si assume interno del gruppo funge da autorizzazione a infrangere determinati

⁴⁰⁶ Z. BAUMAN, *Modernità e Olocausto*, Bologna 1992, pp.230-231.

⁴⁰⁷ F. STELLA, *Op.*, cit., p. 101.

⁴⁰⁸ M. DANNER, *Torture and the Truth*, New York, 2004, p. 8.

limiti, regole o barriere che, in altre condizioni, sarebbero rispettati. Per certi versi l'individuo si de-umanizza, riducendosi ad una maschera, un compito, un'azione⁴⁰⁹.

“Il nome è come l'ombra, perdere il proprio nome è perdere ombra, essere il proprio nome è essere solo ombra”.

L'elemento più a rischio sta nel fatto che una volta entrati a fare parte di questi meccanismi, diventa assai difficile uscirne perché si innescano degli schemi di comportamento che è arduo infrangere.

7.3 Il riconoscimento dell'altro nella via di mezzo della conoscenza.

La mancanza di consapevolezza e di coscienza acquisiscono quella carenza di comunicazione e di compartecipazione tra gli uomini che, in questo modo, si lasciano facilmente attrarre da quel male così banale ed, allo stesso tempo, così drammatico. Ed è così che le negatività, frutto delle insane strutture mentali, possono portare chiunque a commettere anche il più atroce dei delitti.

In questo contesto ritorna la riflessione sul male: nel controsenso totale della filosofia occidentale⁴¹⁰. Noi, come sostiene infatti Baudrillard, « crediamo ingenuamente che il progresso del Bene, la sua crescita, in potenza, in tutti gli ambiti (scienza, tecniche, democrazia, diritti dell'uomo) corrisponda a una disfatta del Male, ma nessuno sembra aver capito che il Bene e il Male crescono in potenza contemporaneamente, e secondo lo stesso movimento⁴¹¹».

In nome della scienza della norma etica è stato finora scontato il pensare per opposti, per antinomie che si escludono a vicenda: il rilievo dualistico del Bene e del Male, della luce e del buio risale fino alle radici della civiltà occidentale. Oggi c'è bisogno di un *pensiero nuovo*: il pensare per antinomie polarizzate, laddove «la forma mentale dell'opposizione polarizzata- caratteristica soprattutto del pensiero Orientale, ma che ottiene anche in Occidente un rilievo sempre maggiore - non considera gli opposti come escludentisi a vicenda, bensì come poli di un tutto unitario che si condizionano reciprocamente⁴¹².

⁴⁰⁹ Cfr P.ZIMBARDO, *The Lucifer Effect, Understanding How Good People Turn Evil*, Random House 2007.

⁴¹⁰ F. STELLA, *Op.*, cit., p. 121.

⁴¹¹ J.BAUDRILLARD, *Power Inferno*, Paris, 2002, Milano 2003, p45.

⁴¹² E.NEUMANN, *Tiefenpsychologie und neue Ehtik*, Zürich, 1949, pp.17 ss. Sul nuovo modo di pensare sulle antinomie polarizzate e sulla coscienza di sè, cfr. E.NAEGELI, *Das Böse und das Strafrecht*, München, 1996; L. EUSEBI, *Il male e il diritto penale*, in *La funzione della pena : il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1980, pp. 57 ss.

Secondo le filosofie orientali, sussiste un meccanismo di interdipendenza che regola il fenomeno vita. Esiste una evoluzione costante che porta al cambiamento verso l'opposto. Per questo non esiste contrapposizione tra bene e male, giusto e ingiusto, ma un predominio di una polarità rispetto all'altra, in alcuni momenti di vita, che si verifica per continui passaggi.

Non c'è mai stata né mai potrà esistere una conciliazione tra gli opposti e, proprio per questo, nessuno dei due poli è da preferire all'altro. L'esistenza di un polo è condizione necessaria e indispensabile per l'esistenza dell'altro e per la sua manifestazione.

Kant riteneva che il male fosse una tendenza innata nella natura umana⁴¹³, trovando piena conferma nel pensiero di Freud, secondo il quale l'aggressività è una pulsione presente in tutti gli uomini⁴¹⁴, tuttavia in una prospettiva più ampia se la consapevolezza diventa la molla fondamentale per agire in modo sano e naturale: «la speranza c'è: essa è legata alla *presa di coscienza*, da parte di ciascun uomo, delle tendenze e delle inclinazioni negative presenti in lui, delle forze oscure che sviluppano la loro potenza dal profondo del suo inconscio»⁴¹⁵.

Questa è la strada coltivata dagli studi di psicologia del profondo di matrice junghiana ma è, anche e soprattutto, la via prospettata da una filosofia antichissima come quella buddista.

In questo senso la consapevolezza raggiungibile attraverso la pratica costante della meditazione rappresenta una nuova “via di mezzo”.

Tutti abbiamo sentito parlare di “Meditazione”, pochi sanno esattamente in cosa concretamente essa consista.

La meditazione è stata per lungo tempo assimilata a pratiche misticamente religiose, confondendola con la forma più classica di preghiera o invocazione rivolta a Dio; in altri casi è stata confusa con la concentrazione, espressione enfaticamente il pensiero.

La verità è che la “meditazione” non è una pratica religiosa, e non ha nulla a che fare con il pensiero, anzi è più propriamente definibile come uno stato di “non pensiero”. Questo perché l'attività mentale è sempre contaminata da sovrastrutture acquisite od ereditate, mentre la meditazione, eliminando il pensiero dialettico, elimina, ovviamente, le scorie mentali.

⁴¹³I. KANT, *La religione nei limiti della ragione*, Milano, 1996, pp. 101,102.

⁴¹⁴S. FREUD, *Perché la guerra?*, *Opere*, vol 11, Torino, 1997, p. 300.

⁴¹⁵F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006, p. 193.

L'obiettivo è quello di consentire l'affiorare della "mente pura", che permette di vedere la realtà per così come realmente è.

La meditazione è oggi praticata da milioni di persone nel mondo intero, con benefici corporali, mentali e sociali e ha determinato alcune grandi scoperte e significative manifestazioni artistiche e letterarie.

Correlare la meditazione alla scienza non è stato facile, almeno sino all'ultimo decennio. Ma le asserzioni di duemilacinquecento anni fa dei Grandi Mistici trovano, oggi, un puntuale riscontro scientifico.

I primi studi di psicofisiologia, pubblicati in *Science* n.167, 1970, che evidenziarono, attraverso gli strumenti occidentali di *brain imagin*, la validità delle antiche tecniche orientali di Meditazione risalgono a Herbert Benson, della *Harvard Medical School* e presidente del *Mind/Body Medical Institute* di Boston. La sua ricerca dimostrò che una certa tecnica di meditazione chiamata TM (*transcendental meditation*, in italiano MT, meditazione trascendentale) produceva dei netti effetti positivi, sia psicologici che fisiologici: in particolare veniva evidenziata una netta diminuzione di stress ed ansia, il che confermava oggettivamente le sensazioni soggettive di sollievo e benessere riportate dai praticanti⁴¹⁶.

Una recentissima, rivoluzionaria scoperta, tutta italiana, e la cui paternità è da attribuire al gruppo diretto dal prof. Giacomo Rizzolatti dell'Università di Parma, fornisce una puntuale lettura scientifica della relazione tra la mente ed il contesto ambientale.

⁴¹⁶ I risultati di queste ricerche furono pubblicati su importanti riviste scientifiche: *Science* n.167, 1970; *American Journal of Physiology* n. 221, 1971; *Scientific American* n. 226, 1972, la cui traduzione in italiano fu pubblicata su *Le Scienze* n. 45, Maggio 1972.

In seguito furono pubblicati numerosi altri articoli su varie riviste specialistiche.

Nel 1997 la American Psychiatric Association avvertiva la opportunità di formulare la richiesta di una valutazione critica della possibile rilevanza clinica della meditazione. In risposta a tale richiesta, D.H. SHAPIRO, in *Overview: Clinical and Physiological Comparison of Meditation and Other Self-Control Strategies* « *Am. J. Of Psychiatry* », 1992 comparando gli aspetti clinici e fisiologici della meditazione con quelli di altre strategie di autocontrollo, offriva la seguente *working definition*: la meditazione si riferisce a una famiglia di tecniche che hanno in comune un consapevole sforzo di focalizzazione dell'attenzione in maniera non analitica e per non adagiarsi nel pensiero discorsivo e ruminante. Qualche anno dopo, lo psichiatra americano R. Walsh riprendeva e sviluppava la definizione di Shapiro offrendoci quella che dal punto di vista psicologico, possiamo considerare la migliore definizione esistente: Il termine meditazione si riferisce a una famiglia di pratiche che addestrano l'attenzione al fine di elevare la consapevolezza e portare i processi mentali sotto un maggiore controllo volontario. Gli obiettivi ultimi di queste pratiche sono lo sviluppo di un profondo *insight* sulla natura dei processi mentali, la coscienza, l'identità e la realtà, e lo sviluppo di stati ottimali di benessere psicologico e di coscienza. Tuttavia, esse possono anche essere usate per una varietà di stati intermedi, come benefici psicoterapeutici e psicofisiologici. R. WALSH, *Meditation Practice and Research*, « *J. Of Human. Psychol.* » 1983.

Casualmente è stato individuato nel cervello un sistema di neuroni, chiamati “*neuroni specchio*”⁴¹⁷, che usa gli stessi codici di attivazione sia nel caso in cui attuiamo, direttamente, un comportamento o viviamo un’emozione, sia nel caso in cui osserviamo in un altro il medesimo comportamento o emozione.

L’interpretazione di questi dati può cambiare il modo di considerare questioni quali la conoscenza, i processi di apprendimento, la natura delle relazioni e della comunicazione tra gli individui⁴¹⁸.

L’uomo appare infatti, secondo questi studi, strutturalmente predisposto all’empatia, alla conoscenza dell’altro tramite una sorta di fusione che unisce la propria mente alla mente altrui. L’immagine che emerge è quella di un’umanità costituita da una sorta di corpo unico, articolato in miliardi di menti distinte, ma unite da invisibili legami chimici.

⁴¹⁷ A questo proposito vedi di M. ARBIB, *The Mirror System Hypothesis. Linking Language to Theory of Mind*, <http://www.interdisciplines.org/coevolution/papers/11/14/11/2004>. Si veda di M. DAPPRETTO, *Understanding emotions in others: mirror neuron dysfunction in children with autism spectrum disorders*, *Nature Neuroscience*, Vol. 9, No. 1, pp. 28-30, 2006, di P. G. FADIGA - L. FOGASSI - L. GALLESE - G. RIZZOLATTI *Understanding motor events: a neurophysiological study*, *Exp. Brain Res.*, Vol. 91, pp. 176-180, 1992. G. RIZZOLATTI - L. CRAIGHERO, *The mirror-neuron system*, *Annual Review of Neuroscience*. 2004.

⁴¹⁸ Secondo uno dei massimi esponenti mondiali nel campo delle neuroscienze, Vilayanur Ramachandran, la scoperta dei neuroni specchio rappresenta un punto di svolta nella comprensione del cervello umano, ed avrà, per la psicologia, un’importanza paragonabile solo a quella che la scoperta del DNA ha avuto per la biologia. V. S. RAMACHANDRAN P.J. A. PINEDA, *Evidence for mirror neuron dysfunction in autism spectrum disorders*, *Brain Res Cogn Brain Res.*; 24(2):190-8, 2005-06. Se correliamo questa recente scoperta scientifica alle preesistenti indagini svolte sia sul cervello che sul corpo in generale, più facilmente arriviamo a comprendere l’importanza della Meditazione. Un gruppo della *Harvard Medical School di Yale e del Massachusetts Institute of Technology*, coordinato da Sara Lazar, ha dimostrato attraverso *l’imaging neuronale*, che la meditazione aumenta le dimensioni cerebrali, ed aumenta l’elasticità della corteccia in aree importanti per l’apprendimento, i processi emotivi e lo star bene. Ma, cosa ancor più stupefacente, l’aumento apprezzabile della massa cerebrale è stato riscontrato anche nei soggetti in età avanzata, in quei soggetti, cioè, sottoposti fisicamente ad una naturale regressione. Allo stato attuale delle ricerche risulta provato che le tecniche meditative agiscono sul cervello producendo i seguenti effetti: Diminuisce, in maniera significativa, l’attività di pensieri ed emozioni nel lobo frontale; il talamo abbassa le difese, riducendo tutti i segnali esterni; diminuisce l’attività dell’amigdala la cui iperattività è associata alla depressione; si producono onde alfa, tipiche di uno stato di rilassamento ad occhi aperti; negli stadi più profondi si riscontra l’emissione delle *onde theta*. Nel resto del corpo: aumentano gli ormoni del benessere: melatonina e serotonina; diminuiscono gli ormoni dello stress: cortisolo, adrenalina e noradrenalina; aumenta la produzione dell’acido gamma-amino butirrico, precursore della carnitina ed inibitore di stati ansiosi acuti e di vertigini; si armonizza il battito cardiaco ed i movimenti dei vasi linfatici; rallenta il ritmo della respirazione, del consumo di ossigeno e quindi del fabbisogno energetico; diminuisce la tensione muscolare; diminuiscono i lipidi nell’arteria carotidea, adduttrice del sangue al cervello; aumenta la percentuale dei linfociti T-Helper; incrementa il numero delle cellule *natural killer*. Non siamo in grado di sostenere, scientificamente, che la meditazione possa costituire la valida risposta alle aggressioni tumorali, ma è certo che essa, potenziando il sistema di difesa autogeno, allontana, considerevolmente, il rischio del cancro e dell’ictus.

Partendo da questa considerazione possiamo affermare che è proprio l'attività dei neuroni specchio a fare la differenza e questo perché l'attività neuronale se da un lato orienta verso la Conoscenza Superiore, dall'altro permette di esercitare quella forma di chiaroveggenza innata che indirizza, facilmente, verso l'obiettivo del conoscere.

Attraverso il supporto delle antiche tecniche di meditazione si facilita un profondo e reale cambiamento interiore. Solo in questo modo la verità dell'uno può accordarsi con la verità dell'altro, risolvendo le opposizioni conflittuali, ed individuando la reciprocità come complemento indispensabile della singolarità. Del resto, solo in questo modo è possibile riconoscere l'Altro come soggetto degno di rispetto, al quale va riconosciuta, prima ancora che la sola sequela di diritti più o meno fondamentali, più o meno vanamente declamati, la dignità umana. Il riconoscimento dell'Altro è la condizione minima necessaria che impedisce di considerarlo un non-umano, qualcosa di cui si può disporre a piacere. Solo riconoscendo l'Altro, secondo Lèvinas, si può infatti pensare che ucciderlo non sia né normale né banale.

« Senza la possibilità di uscita dell'io verso l'esterno, verso l'Altro, L'io resta inchiodato al corpo, asservito ad esso, fino ad identificarsi con esso [...]. Le possibilità di presa di coscienza, di revoca, di messa in discussione, di scrupolo, di rimorso, di libertà vengono cancellate dall'aderenza dell'io al corpo, nella sua identificazione con esso, e nulla possono le libertà politiche, le istituzioni democratiche, lo spirito di libertà di un'intera civiltà, di tutta una tradizione»⁴¹⁹. Esiste, infatti, una prigione dove si soffre prontamente, è « la prigione delle proprie negatività, delle deviazioni mentali; si è schiavi della propria rabbia, dell'odio della cattiva volontà, dell'animosità, schiavi del desiderio di possesso, dell'avidità della passione, dell'attaccamento alle cose terrene e del proprio ego. La sofferenza non è circoscritta all'interno delle mura della prigione, sia all'interno che all'esterno, si è prigionieri delle proprie abitudini che continuano a produrre una negatività dopo l'altra che continuano a produrre sofferenza. Se si viene liberati da queste negatività, si inizia a godere della felicità di essere liberi. Una mente pura è naturalmente piena di amore e di compassione, di un amore e di una compassione assoluti. La schiavitù delle deviazioni mentali è la schiavitù universale e la felicità della liberazione da queste negatività è anch'essa universale. Che si tratti di un indù, di un musulmano o di un giainista, di un buddista, di un cristiano o un ebreo, un sickh o un parsi, la cosa non cambia. Chiunque sia prigioniero della schiavitù dei desideri è

⁴¹⁹ A. PONZIO, *Introduzione all'opera di E. LEVINAS, Dall'Altro all'io*, Roma, 2002, p 28.

condannato a soffrire; e chiunque venga liberato da questa schiavitù inizia a godere della pace e dell'armonia»⁴²⁰

7.4 La meditazione Vipassana e i suoi effetti positivi negli istituti penitenziari.

Oggi le recenti scoperte scientifiche danno un nuovo slancio alla sperimentazione delle tecniche meditative negli istituti penitenziari, così come in tutti gli altri istituti rieducativi, trasformando la lettera del nostro dettato costituzionale (art.27 “la pena deve tendere a rieducare il condannato”), in una realtà forse, finalmente, attualizzabile.

Esemplare è il caso di Kiran Bedi, direttrice delle carceri di Tihar a Nuova Deli, che ha ottenuto fondamentali risultati attraverso l'introduzione di un nuovo modello di carcere che si pone l'obiettivo di contrastare la logica dell'esclusione e dell'isolamento. Il carcere produce sofferenza fisica e psichica dovuta alla privazione di autonomia nei movimenti alla negazione di affettività, alla costrizione in ambienti angusti e sappiamo anche che queste sensazioni contribuiscono ad incrementare quelle forme di negatività e di violenza che fanno sì che il modello correzionale continui ad essere visto come un paradosso.

Se è vero infatti che il detenuto è in carcere per aver male utilizzato il suo tempo è altrettanto vero che l'amministrazione penitenziaria lo fa persistere nell'errore: anzi essa stessa uccide il tempo del detenuto condannato alla reclusione inerte. Una strada siffatta, secondo la Bedi, deve essere abbandonata, a favore del positivo modello della “colomba”. La struttura “positiva” ipotizza un carcere “Correzionale”, “Collettivo”, e basato sulla “Comunità”. Correzionale, nel senso che i programmi, volti ad un reale ed effettivo reinserimento, devono essere previsti per tutti i detenuti indiscriminatamente; collettivo, nel senso che l'amministrazione penitenziaria deve interagire continuamente, e soprattutto in maniera informale, con i detenuti; basato sulla comunità, poiché il carcere deve aprire le porte al mondo esterno in un'ottica di re-integrazione e non di esclusione.⁴²¹ E' necessario che questi interventi, siano presi come esempio soprattutto considerando che i risultati conseguiti sono sorprendenti.

⁴²⁰ Queste sono le parole riprese dal discorso che il Guru SATYANARAYAN GOENKA fece alla grande assemblea dei detenuti e dei membri dello staff dell'istituto penitenziario di Tihar in occasione dell'inizio di un corso di meditazione Vipassana all'interno dello stesso istituto. K. BEDI, *La coscienza di sé. Le carceri trasformate, il crollo della recidiva*, Milano 2001, p292.

⁴²¹ K. BEDI, *La coscienza di sé*, Milano, 2001.

Lo scopo è quello di ottenere il reinserimento sociale, attraverso un cambiamento interiore del detenuto, un cambiamento “vero” attraverso la pratica costante della meditazione *Vipassana*. Questa è la pratica codificata da Buddha Shakyamuni, che indirizzò tutta la sua opera di predicazione non alla fondazione di una nuova religione, ma a portar aiuto all’uomo che soffre, che è avvilito, innaturalmente, nelle pesanti catene del vivere quotidiano⁴²². Predicò la libertà come istinto primario naturale ed insegnò la via della conoscenza, la sola che valga a ristabilire uno stato naturale. Il metodo, che il Buddha insegnò all’umanità è proprio quello della *meditazione vipassana*⁴²³, la via più facilmente percorribile per ottenere il benessere fisico, innanzitutto, e la conoscenza, poi. Vipassana significa “vedere le cose come sono realmente” e proprio per questo si segue un percorso di auto-osservazione, e così di auto-analisi, fino ad arrivare ad una reale comprensione di se stessi⁴²⁴. Impegnando, progressivamente, le facoltà critiche in una profonda analisi riflessiva sul proprio stato mentale, l’uomo entra in contatto con la sua interiorità, con il suo istinto naturale, riuscendo a superare, il più delle volte, non solo le proprie angosce e paure ma anche quella aggressività che potrebbe averlo condotto a delinquere.

Per far arrivare *vipassana* a Tihar, fu necessario, come spiega Kiran Bedi, recarsi a Jaipur e incontrare Ram Singh primo Segretario del governo locale dello Stato del Rajasthan che era il responsabile di un corso di meditazione molto seguito. Quando arrivò a Tihar, Ram Singh, spiegò dettagliatamente come avrebbe dovuto strutturarsi lo stesso corso all’interno del carcere. Questo sarebbe durato dieci giorni, in ambiente chiuso e osservando uno stretto regime alimentare; durante questo periodo i partecipanti avrebbero dovuto impegnarsi a mantenere il silenzio praticando una meditazione intensa a orari ben precisi. Durante i primi tre giorni del corso, i partecipanti avrebbero focalizzato la loro attenzione sul respiro: espirazione ed ispirazione cercando di ignorare qualsiasi forma di fastidio fisico mediante l’esercizio di un rigido autocontrollo. I restanti sette giorni sarebbero stati dedicati ad acquistare consapevolezza delle diverse sensazioni corporee e delle diverse emozioni, per conoscerle e per controllarle. Il primo

⁴²² P.R. FLEISHMAN, *Karma e Kaos*, Roma 2002.

⁴²³ S.U. BAKHIN, *Il tempo della meditazione Vipassana è arrivato*, Roma 1970.

⁴²⁴ R. VENTURINI, *Coscienza e cambiamento*, Assisi 1995, p 422. La tecnica di meditazione denominata Vipassana, da cui meditazione di discernimento o di visione penetrativa o profonda, spiega Venturini, impiega un’attenzione che riesce ad osservare le cose ad un livello appunto più profondo e più vero di quanto non si faccia con gli ordinari livelli di attenzione. Sull’argomento si veda anche di D. GOLEMAN, *Esperienze orientali di meditazione*, Roma, 1982, H. GUNERATANA, *The Path of Serenity and Insight*, Delhi, Motil Banarsidass, 1985, di B. BUDDHAGHOSHA, *The Part of Purification* (Visuddhi Magga), Milano 1972.

corso iniziò il 22 novembre del 93, Ram Singh ed il Professor P.L.Dhar *dell'istituto Indiano di Tecnologie di Delhi*, che conosceva bene la tecnica *vipassana*, ebbero il privilegio di tenere la prima lezione. In quanto insegnanti, entrambi dovevano risiedere all'interno del carcere con gli ergastolani, così da poter restare in contatto con i detenuti e convincerli della sincerità delle proprie intenzioni, che, comunque, inizialmente venivano viste con sospetto dai detenuti più coriacei, ai quali sentimenti come l'affetto, la sensibilità e l'attenzione erano totalmente estranei. La maggior parte dei 1000 e più detenuti che parteciparono al corso erano in attesa di processo e le imputazioni nei loro confronti andavano dalla rapina all'omicidio, al rapimento agli atti terroristici, al traffico di droga. Appartenevano a differenti religioni: induisti, musulmani, sikh, buddisti, cristiani, e avevano tutti altri precedenti, nessuno dei quali edificanti⁴²⁵. Ma l'importanza dell'utilizzo di questa pratica, all'interno del carcere di Tihar, fu immediatamente percettibile. L'effetto della meditazione *vipassana* fu fenomenale; tutti ne ebbero beneficio. Nell'arco di pochi mesi, la meditazione *vipassana* diventò, pertanto, parte integrante di Tihar⁴²⁶.

La Meditazione Vipassana fu sperimentata anche in strutture penitenziarie negli Stati Uniti. Il primo corso di Vipassana fu tenuto nel 1997 in un penitenziario di Seattle, *North Rehabilitation Facility* (NRF). Prima della sua chiusura nel 2002 il NRF era una struttura penitenziaria di minima sicurezza con una popolazione di detenuti di circa 300 persone. Tra il Gennaio 2001 e il novembre 2002 furono tenuti nel penitenziario nove corsi della durata di dieci giorni ciascuno.

Il totale dei partecipanti fu di 305 persone di cui 244 uomini e 61 donne. Il 61% era di origine caucasica, 11% di nativi americani, 7% latino americani, 13% afroamericani, 2% asiatici, 6% altri⁴²⁷.

L'età media era di 37 anni. Il 56% aveva un'occupazione almeno part-time prima dell'arresto.

Il 79% aveva almeno un diploma di scuola media inferiore o superiore. Il 58 % era di religione cristiana, il 17% nessuna religione formale, il 25% altro.

Le condanne riguardavano principalmente: rapina, guida in stato di alterazione, detenzione e spaccio di stupefacenti, violenze domestiche, furto, molestie, prostituzione.

⁴²⁵ K. BEDI, *La coscienza di sé. Le carceri trasformate, il crollo della recidiva*, Milano 2001, p292

⁴²⁶ Ibidem.

⁴²⁷ L. MEIJER. (NRF. Administrator), *Vipassana meditation at the North rehabilitation Facility*, Seattle, 1999.

L'obiettivo dei corsi fu quello di dimostrare l'efficacia della meditazione Vipassana, al fine di ridurre il consumo di alcol e droga e, soprattutto, di contenere il fenomeno della recidiva.

Lo studio scientifico, correlato ai corsi di meditazione, includeva l'analisi dei partecipanti in base a età, etnia, educazione, occupazione, religione, crimini commessi.

Queste valutazioni tenevano conto delle condizioni del detenuto sino a 90 giorni prima dell'ingresso nel penitenziario.

I risultati ottenuti, sia in tema di riduzione dell'abuso di alcol e droghe varie, che in tema di riduzione del fenomeno della recidiva, calcolati a tre mesi dopo l'avvenuto rilascio dei partecipanti, hanno evidenziato una riduzione dei fenomeni antisociali pari al 50%, rispetto alla media nazionale⁴²⁸. La meditazione si è rivelata una tecnica formidabile per consentire, a chi la pratica, di entrare in se stesso, superare le proprie paure, le proprie angosce e quindi l'aggressività, l'avidità e l'ostilità che generano il reato.

La percentuale di casi di recidiva si è infatti rapidamente ridotta dal 70 al 35 per cento, offrendo la prova concreta che quando l'uomo riesce ad entrare in contatto con la sua parte interiore, con il suo istinto sommerso assecondando la sua vera natura, difficilmente è portato a delinquere nuovamente.

Ecco perché, se da un lato il clima emotivo di un carcere può risultare distruttivo per quanto concerne la maggior parte degli obiettivi della riabilitazione, il carcere secondo la testimonianza di K. Bedi, può rappresentare anche una struttura stabile che racchiude al suo interno sentimenti ed impulsi auto-costruttivi, e può offrire opportunità di crescita e di sviluppo individuale⁴²⁹. A questo proposito la meditazione *vipassana* permette di offrire un'esperienza completamente diversa da quanto sperimentato dalla maggior parte dei detenuti che hanno sofferto in prima persona l'abbandono la trascuratezza e la mancanza di cure sostanziali da parte dei responsabili. L'importanza cruciale che il corso di meditazione *vipassana* attribuisce all'empatia, l'atteggiamento affettuoso, non ricattatorio, ma fermo, la visione incondizionatamente positiva che *vipassana* ha nei confronti di ogni individuo, possono ridurre l'ansia e incoraggiare la crescita individuale e l'autorealizzazione. La meditazione *vipassana* può aiutare i detenuti ad allontanare il pensiero fisso della libertà, della cauzione o di un trasferimento per concentrare invece l'attenzione sulla consapevolezza di sé e sul modo migliore di rendersi utili tra le mura del carcere. La visione esistenziale di *vipassana*, quella cioè della ineluttabilità della fine e del

⁴²⁸ Ibidem.

⁴²⁹ K. BEDI, *La coscienza di sé, Le carceri trasformate, il crollo della recidiva* Milano 2001, p. 297 ss.

venire a patti con questa realtà, e del vedere l'altro come individuo sofferente che si affanna a raggiungere i propri obiettivi, aiuta ad sentimenti di compassione⁴³⁰, di gioia empatica, di amicizia e così via.

Quello che si cerca di trasmettere è che dentro e fuori le mura di una prigione si può sempre lavorare su se stessi, concepire la propria esistenza come cambiamento, sviluppo, crescita. Riacquistando fiducia in sé, si diventa infatti più forti e più capaci di chiedere, di pretendere una giustizia più giusta. Si cerca di trasmettere la convinzione che il lavoro su di sé non è in contrasto con le istituzioni, anzi allontana il pericolo di riversare su di esse quell'odio e quell'astio che impediscono di vedere le cose nella maniera giusta, che rendono ciechi al disagio e alla frustrazione degli altri, compresi gli agenti di polizia penitenziaria: anche loro vorrebbero essere fuori di lì, fare altro, anche loro hanno bisogno di essere sostenuti⁴³¹.

⁴³⁰ Nella tradizione buddista compassione e amore rappresentano due facce della stessa medaglia: la compassione è il desiderio che ogni essere sia libero dalla sofferenza mentre l'amore è la speranza che tutti raggiungano la felicità. Tutti gli uomini condividono in realtà il medesimo bisogno di amore e pertanto sulla base di questa affinità non c'è alcuna differenza tra noi e gli altri. Come suggerisce il Dalai Lama « E' sciocco sopravvalutare ciò che esternamente ci separa dal momento che la nostra natura interiore è la medesima». Cfr. DALAI LAMA TENZIN GYATSHO, *Come folgore nella notte*, Torino 1992. L'identificazione con gli altri, ad un livello superiore, l'unico che conduce alla reale unione, si allontana da tutte quelle forme di razionalità che implicano esclusivamente la considerazione di sé e del proprio Io. Nel VIII sec D.C, SANTIDEVA, poeta indiano, affermava che tutta la sofferenza dell'universo partiva da quello che egli definiva "atteggiamento che ha cura solo di sé", in questo senso tutto il dolore, dal più lieve al più atroce, dal più personale al più universale, poteva essere ricondotto in ultima analisi al desiderio di cercare il proprio benessere al di sopra di quello degli altri. Ma la reale felicità deriva dal prendersi cura degli altri, accantonando la preoccupazione del proprio benessere.

⁴³¹ K. BEDI, *La coscienza di sé*, Milano 2001, p. 287 ss.

CONCLUSIONI

Nel momento in cui l'uomo ha deciso di sottrarsi al suo istinto, sostituendo ad esso quella razionalità, tanto ostentata e oggetto di vanto nei secoli, ha scelto di creare delle infrastrutture e di sovrapporle al suo naturale percorso evolutivo, generando scompensi che hanno alterato inevitabilmente un equilibrio perfetto.

C'è stato per molti secoli qualcosa che ha agito nella società umana rendendo vano ogni sforzo individuale per giungere alla soluzione di questo grande enigma, c'è qualcosa che agisce con successo, continuamente, per distogliere l'attenzione da quello spiraglio accuratamente nascosto su cui si dovrebbe concentrare l'attenzione⁴³². Si è rincorso ogni brandello di speranza e di conoscenza, ma dopo tremila anni di ricerche, di fatiche, di dolori e di assassini per eresie e per perseguire errori apparenti, si è giunti a dare solo poche comodità a una ristretta frangia dell'umanità⁴³³.

Per Nietzsche le cause di ciò sono da ricercarsi nei sistemi societari, nelle credenze che non si originano nel vuoto asettico di una logica immacolata, ma scaturiscono e sono guidati da un sostrato complesso di motivi, spesso inconfessabili e sempre "umani troppo umani". Per Nietzsche, l'uomo, da sempre, manifesta un inguaribile timore a muoversi e operare in un cosmo incomprensibile. Per reazione egli costruisce una serie di sistemi di certezze, di leggi, di regole, che imponendo un ordine apparente, forniscono una rassicurazione all'individuo, altrimenti, smarrito⁴³⁴. Sulle paure, sui timori, hanno trovato terreno fertile Stati e Religioni, quelle civiltà che imposero, secondo Nietzsche, "l'etica dei costumi e la sociale camicia di forza rendendo così l'uomo calcolabile"⁴³⁵. L'uomo diventò schiavo di un sistema, schiavo di una sovrastruttura che egli stesso ha sentito la necessità di creare nel momento in cui la paura ha preso il sopravvento sulle sue naturali pulsioni e progressivamente si è radicata in lui la convinzione di non poter più fare a meno delle regole imposte da questi apparati, senza dover essere costretto a rinunciare alla sociale convivenza.

"Ubi societas ibi ius, ubi ius ibi societas".

Ma che cos'è questa sociale convivenza se non un'ennesima imposizione contrapposta alla libera aggregazione fra gli uomini?

⁴³² W. REICH *L'assassinio di Cristo*, Milano 1976, p.13.

⁴³³ W. REICH *Op.*, cit., p. 14.

⁴³⁴ F. NIETZSCHE ; *Genealogia della morale* ; Milano ,1984, p 11.

⁴³⁵ *Ibidem*

Da subito, per garantirla, fu necessario ricorrere a forme coercitive che si imposero sia livello terreno che ultraterreno; fu Dio a comandare di onorare le autorità, quel Dio che promise la beatitudine come conforto alle sofferenze della vita a chi rispetta i suoi precetti e la punizione con le pene dell'inferno a chi se ne discosta. Ed ecco svelarsi quel sublime inganno che risiede nell'interpretare la debolezza come libertà. Sono secoli che l'uomo continua ad ingannare se stesso vivendo questo compromesso: "Grazie a quell'arte da falsari e quella mendacità dinanzi a se stessi che è propria dell'impotenza, si dà il pomposo travestimento della virtù rinunciata, silenziosa, aspettante, come se la debolezza stessa del debole, vale a dire la sua essenza, la sua produttività, la sua intera unica inevitabile, irrimediabile realtà, fosse un effetto arbitrario, qualcosa di voluto, di scelto, un'azione, un merito" ⁴³⁶. Ogni sistema, dunque, trae genesi dalle medesime dinamiche di controllo modellate, queste, sul concetto di paura. Madre paura esorcizzata o minacciata attraverso l'inflizione di pena. In questo contesto si concretizza l'uomo del risentimento, l'uomo che crede in valori imposti, l'uomo che ha imparato a contrapporre il bene al male basandosi su valori impartiti da una morale comune, contribuendo così ad incentivare tutte quelle forme di dualismo, che lo allontanano da ciò che è unione, da ciò che è amore, da ciò che è universale.

Se si distingue A da B, attribuendo ad A una carica positiva ed a B una carica negativa, posta l'interazione fra i segni contrari + e - , otteniamo l'inscindibile sintesi + - . È noto che due poli opposti si attraggono reciprocamente. Dunque da una opposizione originaria si ottiene una congiunzione inevitabile, tale da non più distinguersi il bene dal male; tale da reggere l'affermazione che bene e male, astrattamente intesi, non esistono più come singoli opposti. Il cloruro di sodio non è più cloro e sodio ma sostanza diversa, unica sintesi delle due originarie. Ma la morale comune, così come le leggi, tende a separare, secondo principi astratti, e non eternamente validi. Per sconfiggere il male si combatte a colpi di deterrenti, individuati nel castigo, sorretto dal suo contrario che è il premio. Ma se si riavesse piena consapevolezza del mondo com'è, se si andasse alla ricerca delle cause, se si assumesse che A e B non sono sostanzialmente diversi; che B non può essere sconfitto dalla violenza ma solo dalla fusione; che odio genera odio e amore genera amore, allora si che assisteremmo alla vittoria di A su B.

⁴³⁶ Ibidem.

È necessario creare un nuovo modello di società nel nostro secolo dalle ideologie nate vissute e morte che trova verso la sua fine lo smarrimento dell'uomo nella sua insicurezza dopo la celebrazione dell'avvento dell'uomo nuovo attraverso l'apoteosi gioiosa del progresso scientifico, tecnologico, industriale. È proprio questo processo di evoluzione fittizia e del tutto formale, che ha prodotto squilibrio, sviluppandosi a discapito e non in armonia con una evoluzione sostanziale dell'uomo. Questi d'improvviso ha cessato di chiedersi il "perché" dei fenomeni decidendo di badare solo al "come", in chiave prettamente utilitaristica, cercandone scientificamente le leggi. Forse molto più semplicemente l'uomo ha deciso di allontanarsi dalla verità⁴³⁷. Tuttavia, se partiamo dal presupposto che nel momento in cui i singoli entrano in rapporto reciproco, ognuno si trova ad essere in rapporto con la verità altrui, la verità del se potrebbe accordarsi con la verità dell'altro risolvendo l'opposizione conflittuale e rivelando la reciprocità come complemento della singolarità. Detto questo, consideriamo la meditazione come una tecnica formidabile nel consentire, a chi la pratica, di entrare in se stesso, superare le proprie paure, le proprie angosce, l'aggressività, l'avidità e l'ostilità che generano il conflitto con se stessi e con gli altri. Ecco perché si potrebbe arrivare a dare un risvolto positivo persino alla detenzione, sfruttando parte del tempo coattivamente sottratto, muovendosi verso e per un cambiamento interiore, un cambiamento vero del detenuto condotto all'introspezione all'autocritica, aiutato ad acquisire consapevolezza di se, dei propri istinti aggressivi come delle proprie capacità positive.

⁴³⁷ A questo proposito si veda di M. HEIDEGGER, *Lettera sull'umanesimo*, Torino 1975, pp 95- 109. La tendenza a ridurre la verità al piano dell'oggettività è propria delle scienze e delle filosofie scientificizzanti che misconoscono o dimenticano il carattere problematico dell'esistenza umana. In questo senso si comprende quando Heidegger afferma che la tecnica non è uno strumento neutrale che l'uomo può usare a suo piacere per il bene e per il male; essa è il risultato del processo, per cui l'uomo, dimenticando l'essere, si è attaccato sempre di più agli enti, alla loro presenza e mediante il pensiero come "rappresentazione", ha assunto di fronte alla realtà, rendendola mero oggetto, un atteggiamento di dominio e di sfruttamento che oggi non si ferma neanche più di fronte alle basi stesse della vita, alle sue condizioni biologiche e genetiche per cui su tutto la tecnica tiene ad imporre il suo dominio necessariamente totalitario. La fede nella tecnica, dunque, non è altro che la fede in un processo di dominio che non ha più altro scopo che se stesso e tende a subordinare tutto a se stesso.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La filosofia prima dei greci*, Torino 1963
- AA. VV., *Corpo e anima. Necessità della metafisica*, Annuario di filosofia, Milano 2000.
- AA. VV., *Filosofia e Politica dei diritti umani nel terzo millennio*, Milano 2003.
- ABBAGNANO N. – FORNERO G., *Fare filosofia, autori, testi, laboratorio*, vol. I, Milano 1998.
- AGAMBEN G., *Homo sacer*, Torino 2005.
- ANTOLISEI F., *Scritti di diritto penale*, Milano 1955.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano 1955.
- ARENA G., *Psicologia e regime carcerario. La pena, il reato, il reo e il problema della riabilitazione-rieducazione*; in www.psicologiaforense.it.
- ARENDT H., *La banalità del male*, trad. it., P. Bernardini, Milano 1999.
- ARENDT H., *The Origins of Totalitarianism* (1951), New York 1966, trad. it., *Le origini del totalitarismo*, Milano 1967.
- BAKHIN S. U., *Il tempo della meditazione Vipassana è arrivato*, trad. it., Roma 1970.
- BARATTA A., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982.
- BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani, come oggetti e limite della legge penale*, in “*Dei delitti e delle pene*”, 1985.
- BAUDRILLARD J., *Power Inferno*, Paris, 2002; trad. It., Milano 2003.
- BAUMAN Z., *Modernity and the Holocaust*, Oxford, 1989; trad. it., *Modernità e Olocausto*, Bologna 1992.
- BAZZICALUPO L., *Il paradosso dei diritti umani: le prospettive di Arendt e Weil*, in AA.VV. *Filosofia e Politica dei diritti umani nel terzo millennio*, Milano 2003.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, ed. (a cura di) F. Venturi, Torino 1973.
- BECONCINI F., *Il Patimokka*, in *Concezioni del diritto e diritti umani confronti Oriente- Occidente*, di AA.VV. Atti del XXI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Salerno-Ravello 1998.
- BENTHAM J., *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, a cura di M. Foucault e M. Perrot, Venezia 1983.

- BERTI E., *Aristotele: dalla dialettica alla filosofia prima*, Padova 1977.
- BETTIOL G., *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo 1953.
- BETTIOL G., *Diritto penale parte generale*, Padova 1982.
- BIONDI B., *Giustiniano primo principe e legislatore cattolico*, Milano 1936.
- BOBBIO N., *Thomas Hobbes*, Torino 1989.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino 1990.
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino 1996.
- BOEZIO A. M. S., *Contra Euttychen et Nestorium*, III, in A. M. S. BOETHIUS, *Die Theologischen Traktate*, (a cura di) M. Elsasser, Hamburg 1988.
- BRICOLA F., *Le misure alternative della pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano 1977.
- BRICOLA F., *Il carcere riformato*, Bologna 1977.
- BUDDHAGHOSHA B., *The Part of Purification* trad. It., Milano 1972.
- CALABRÒ G. P., *Il processo di Norimberga fra diritto naturale e giustizia politica*, in Tarantino. A - Rocco. R(a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano 1998.
- CALABRÒ G. P., *La galassia dei diritti, Dai diritti dell'uomo ai diritti della persona*. Lungro-Cosenza, 2001.
- CALABRÒ G. P., *La tutela dei diritti della persona: parametro di legalità costituzionale e grundnorm dell'ordinamento giuridico* in AA.VV. *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*, Lungro-Cosenza 2000.
- CALABRÒ G. P., *Diritto alla vita, principi costituzionali ed interpretazione per valori*, in *Medicina e Morale*, Roma 1997.
- CALABRÒ G. P. - HELZEL P.B., *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino 2007.
- CALABRÒ G. P., *Ordine e libertà*, Lungro- Cosenza 1995.
- CANFORA D., *La libertà al tempo dell'inquisizione*, Milano 1999.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol I, Lucca 1889.
- CASSESE A., *Umano-Disumano*, Roma-Bari 1994.
- CATTANEO M. A., *Pena diritto e dignità umana*, Torino 1990.
- CATTORINI P. - D'ORAZIO E. - POCAR V. *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Milano 1999.

- CAVALLA F., *La pena come problema ,il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova 1979.
- CERETTI A., *Mediazione una ricognizione filosofica*; in “*La mediazione nel sistema penale minorile*” a cura di L. Ricotti, Padova 1998.
- CERETTI A., *Più riparazione meno pena*; in www.galileo.it.
- CHRISTI N., *Il criminale non esiste*; intervista in “*Diritto e Diritti*”; Gen. 2002.
- CHRISTIE N., *Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Stile*, London-New York, III. ed, 2000.
- CIAPPI S. – COLUCCIA A., *Giustizia criminale .Retribuzione ,riabilitazione e riparazione :modelli e strategie d’intervento e confronto*, Milano 1997.
- COSTA F., *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino 1928.
- COSTA P. - ZOLO D., *Teoria e critica dello Stato di diritto*” in *Lo Stato di diritto*, Milano 2002.
- D’AMICO P., *Storia della Filosofia del Diritto*, Milano 2001.
- DAL LAGO A., *Non persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Milano 1999.
- DANNER M., *Torture and the Truth*, New York 2004.
- DAPPRETTO M., *Understanding emotions in others: mirror neuron dysfunction in children with autism spectrum disorders*, Nature Neuroscience, VolII 2006.
- DE LEO G., *Estinzione del reato nella nuova messa alla prova*; in “*Minori e Giustizia*”, 1996.
- DE LEO G., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*; Milano 1999.
- DELUMEAU J., *La confessione e il perdono*, Milano 1982.
- DOLCINI E. – PALIERO G., *Il carcere ha alternative?*. Milano 1989.
- DOLCINI E., “*La commisurazione della pena*”, Padova 1979.
- DONAGGIO E. – SCALZO D., *Sul male*, Roma 2000.
- ENGELHART H. T. JR, *Manuale di bioetica*, Milano 1991.
- ESPOSITO R.,*Terza persona* Torino 2007.
- EUSEBI L., *La pena in crisi*; Napoli 1990.
- FABRIZIANI A., *Tomismo ieri e domani*, Padova 2001.
- FAJET J., *Le tensioni della mediazione penale*; in “*Dei delitti e delle pene*”; Napoli 2000.
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto, III vol.*, Roma-Bari 2003.

- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto*, I vol., Roma-Bari 2001.
- FASSONE E., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*. Bologna 1980.
- FERRAJOLI L. – ZOLO D., *Marxismo e questione criminale*, in “*La questione criminale*”, Bologna 1977.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989.
- FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, a cura di A. BARATTA, Napoli 1985.
- FERRI E., *Sociologia criminale*, Torino 1900.
- FERRI E., *Relazione al progetto preliminare del codice penale in, la scuola positiva* Torino 1921.
- FIANDACA G., in AA.VV. *I, rapporti civili*, Bologna 1991.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, V ed., Bologna 2007.
- FLEISHMAN P., *Karma e Kaos*, trad.it., Roma 2002.
- FORNASARI G., *Profili di una giustizia nell'esperienza di diritto comparato ; in Verso una giustizia penale conciliativa ; a cura di L.Picotti , G.Spangher* Milano 2002.
- FORTI F., *Le figure del male*, in H. AREND, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Roma 1996.
- FOUCAULT M., *Microfisica del potere*, trad. it. di G.Procacci e P.Pasquino, Torino 1977.
- FOUCAULT M., *Biopolitica e liberismo*, Milano 2001.
- FOUCAULT M., *La verità e le forme giuridiche*, Napoli 1994.
- FOUCAULT M., *L'ermeneutica del soggetto*, Milano 2003.
- FOUCAULT M., *Dalle torture alle celle*, trad. it., (a cura di) G. Perni., Cosenza 1979.
- FREUD S., *Perché la guerra?*, *Opere*, vol 11, Torino 1997.
- GARLAND D., *La cultura del controllo*, Milano 2004.
- GARLAND D., *Pena, diritto e società moderna*, Milano 1989.
- GAUCHET M., *Il disincanto del mondo. Una storia politica della religione*, Torino 1994.
- GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1983.
- GERNET L., *Diritto e civiltà in Grecia antica*, Milano 2000.
- GIRARD R., *La violenza e il sacro*, Milano 1992.
- GIRARD R., *Il capro espiatorio*, Milano 1987.
- GLASENAPP VON H., *Le religioni dell'India*, Torino 1963.
- GOLEMAN D., *Esperienze orientali di meditazione*, trad.it., Roma 1982.

- GONELLA G., *La persona nella filosofia del diritto*, Milano 1959.
- GROSSO C. F., *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra 800 e 900*, in *Storia d'Italia*, Torino 1997.
- GUEREVIC A. J., *La nascita dell'individuo nell'Europa Medievale*, Roma-Bari 1996.
- GUNERATANA H., *The Perth of Serenità and Insight*, Delhi, Motial Banarsidass 1985.
- HAZARD P., *Die krise des europaischen Geiste*, Hamburg 1947.
- HEIDEGGER M., *La dottrina platonica della verità*, Milano 1987.
- HELZEL P. B., *L'evento Auschwitz*, Lungro- Cosenza 2001.
- HELZEL P. B., *Il diritto ad avere diritti*, Padova 2005.
- HESTER M. – PEARSON C., *Domestic violence, mediation and child contact arrangements: issues from current research*; in “*Family Mediation*”; 1993.
- HOBBS Th., *De cive*, XII, I, trad. it., (a cura di) T. Magri, Roma 1979.
- HOBBS Th., *Leviatano*, trad It a cura di A. Pacchi, Roma - Bari 2000.
- IMPALLOMEN. G. B., *Istituzioni di diritto penale*, III edizione (a cura di) V. Lanza, Torino 1921.
- IRTI N., *Norma e luoghi* ,Roma-Bari 2001.
- JAEGER N., *Il diritto nella Bibbia* ,Spoleto 1960.
- JASPERS K., *Introduzione alla filosofia*, Milano 1959.
- JASPERS K., *La colpa della Germania*, Napoli 1947.
- JELLINEK G., *La dottrina generale dello Stato*, trad. it., (a cura di) M. Petrozziello, Milano 1921.
- KANT I., *Metafisica dei costumi*, in *Scritti politici*, Roma-Bari 2001.
- KANT I., *La religione nei limiti della ragione*, Milano 1996.
- KELSEN H., *Il problema della giustizia*, trad. it. (a cura) di M.G. Losano, Torino 1975.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (trad it) a cura di R. Treves Torino 1934.
- KELSEN H., *L'anima e il diritto*, trad. it., (a cura di) A. Carpino Roma 1989.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1952.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966.
- LE BRAS G., *La persone dans le droit classique de l'èglise*, in I. Meyerson, (a cura di), *Problèmes de la personne*, Parigi 1973.

- LE GOFF J., *Il cielo sceso in terra*, trad. it., a cura di F. Maiello, Roma-Bari 2004.
- LE GOFF J., *La nascita del purgatorio*, Torino 1982.
- LEWIS C.S., *Transposition and other addressess*, London 1949.
- LINGAT R., *La tradizione giuridica dell'India*, Milano 2003.
- LUCAS LUCAS R., *Antropologia e problemi bioetica*, Milano 2001.
- LÜDERSEN K., *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano 2005.
- LUNGARINI L., *Aristotele e l'idea della filosofia*, Firenze 1972.
- MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in *La Giustizia penale* 1939.
- MANCONI L., *Così si muore in galera. Suicidi e atti di autolesionismo nei luoghi di pena*, in *Politica del diritto*, 2002.
- MARITAIN J., *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Milano 1977.
- MARITAIN J., *La persona e il bene comune*, Brescia 1948.
- MAUSS M., *Teoria generale della magia*, Torino 1991.
- MAZZA GALANTI F., *La messa alla prova nel procedimento penale minorile*; In "Dei delitti e delle pene"; 1993.
- MELOSSI D. - PAVARINI M., *Carcere e fabbrica alle origini del sistema penitenziario*, Bologna 1977.
- MEREU I., *La morte come pena*, Milano 1982.
- MEREU I., *Storia dell'intolleranza in Europa*, Milano 1988.
- MESSNER C., *Mediazione penale e nuove forme di controllo sociale*; in "Dei Delitti e del pene"; 2000.
- MEIJER L., *Vipassana meditation at the North rehabilitation Facility*, Seattle 1999.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza*, Napoli 1997.
- MOCCIA S., *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli 2005.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli 1984.
- MORIN E., *La natura della natura*, Milano 2001.
- MORINAU J., *Lo spirito della mediazione*; Roma 2002
- MORRIS C., *La scoperta dell'individuo*, Napoli 1985.
- MOSCONI G., *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*; in *Dei delitti e delle pene*; 2000.
- MURA V., *Diritti dell'uomo e diritti del cittadino*, in AA.VV. *Filosofia e politica dei diritti umani nel Terzo millennio*, Milano 2003.

- NAEGELI E., *Das Böse und das Strafrecht*, München, 1996; trad. It., *Il male e il diritto penale*, in L.Eusebi (a cura di), *La funzione della pena : il commiato da Kant e da Hegel*, Milano 1980.
- NEGLER J., *Die Strafe.Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Leipzig 1918.
- NEPPI MODONA G., *I rischi di una riforma settoriale. In margine al disegno di legge sull'ordinamento penitenziario*, in "Quale giustizia" 1971.
- NEUMANN K E., *Tiefenpsychologie und neue Ehtik*,Zürich 1949.
- NEUMANN K. E - DE LORENZO G., *I discorsi di Gautama Buddha del Majjhimanikayo*, Bari 1916.
- NIETZSCHE F., *Genealogia della morale*, Milano 1984.
- OPOCHER E., *Analisi dell'idea della giustizia*, Milano1977.
- PALAZZANI L., *Personalismo e biodiritto*, in *Medicina e Morale*, Roma 2005.
- PALAZZANI L., *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*,Torino 1996.
- PALAZZANI L., *Introduzione alla biogiuridica*, Torino 2002.
- PALAZZO F. C., voce *Persona (delitti contro)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano 1983.
- PASSERIN D'ENTREVES M., *La dottrina del diritto naturale*, Milano 1980.
- PAVARINI M., *Relazione al convegno "Le competenze del giudice di pace e nuove pene non detentive"*; Trento 2002.
- PAVARINI M., *I nuovi confini della penalità*, Bologna 1996.
- PAVARINI M., *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo ed abolizionismo*; in "Dei delitti e delle pene"; 1985, III; Ed .Scientifiche Italiane.
- PAVARINI M., *Introduzione al sistema penale*, Torino 1997.
- PERLINGERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino 1982.
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli 1997.
- PETRUCCIANI S., *Modelli di filosofia politica*,Torino 2003.
- PIANTELLI M., *La storicizzazione del Dharma in India in Concezioni del diritto e diritti umani confronti Oriente- Occidente*, in AA. VV. *Atti del XXI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Salerno-Ravello 1998.
- PIERRO G., *Diacronia della fase dell'esecuzione della pena e nascita del moderno sistema penitenziario*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli 2005.
- PLATONE, *Apologia di Socrate*, Milano 1994.
- PLATONE, *Menone*, con introduzione di F. Adorno, Bari- Roma 1997.

- PLATONE, *Fedro*, a cura di G. Reale, Milano 1993.
- PLATONE, *Il Minosse o della legge*, (a cura di) C. Sbailò, Macerata 2002.
- PLATONE, *Repubblica*, 362d ss. in *Dialoghi politici e lettere*, a cura di F. Adorno, Torino 1970.
- PONTI G., *Compendio di criminologia*, Milano 1999.
- PONZIO A., *Introduzione all'opera di E. Levinas, Dall'Altro all'io*, Roma 2002.
- POSSENTI V., *La bioetica alla ricerca dei principi: la persona*. in *Medicina e Morale* 1992.
- QUAGLIONI D., *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004.
- RANGONI L., *La tortura*, Milano 2003.
- REALE G. - ANTISERI D., *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, Brescia 1983.
- REALE G., *Storia della Filosofia Antica*, vol. II, Milano 1997.
- RICOEUR P., *La questione del potere* trad. it., (a cura di) Alessandro Rosselli, Lungro di Cosenza 1991.
- RIPOLI M. G., *Carcere, risocializzazione, diritti*, (a cura di) I.F.Cortés- M.L.Tasso., Torino 2006.
- RIZZOLATTI G. - CRAIGHERO L., *The mirror-neuron system*, Annual Review of Neuroscience. 2004.
- RONCO M., *Il problema della pena*, Torino 1996.
- RONCONI P. F., *Dhammapada*, in *Canone buddista. Discorsi brevi*, Torino 1968.
- RONCONI P. F., *Il Buddismo*, Milano 1994.
- ROSMINI A.-SERBATI, *Filosofia del diritto*, vol I, libro I, cap. II, ed (a cura di) R.Orecchia, Padova 1969.
- ROSSI G., *La riparazione nell'ordinamento penale italiano ; in Mediazione, conciliazione, riparazione* di C.R. Brutti, Torino 1999.
- RUSCHE G. - KIRCHHEIMER O., *Pena e struttura sociale*, trad it, a cura di d. Melossi, e M. Pavarini, Bologna 1978.
- SANDERS E.P., *Gesù e il giudaismo*, Genova 1992.
- SCARDACCIONE G. – BALDRY G. – SCALI A. *La mediazione penale .Ipotesi d'intervento nella giustizia minorile*, Milano 1998.
- SCHELER M., *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, a cura di G.Alliney, Bocca, Milano 1944.

- SCOTT G. R., *Storia della tortura*, Milano 1999.
- SGRECCIA E., *Manuale di bioetica. Fondamenti di etica biomedica* vol I, Vita e Pensiero, Milano 1999.
- SHAPIRO D.H., in *Overview: Clinical and Physiological Comparison of Meditation and Other Self-Control Strategies* « Am, J. Of Psychiatry », 1992.
- SINGER P., *Ripensare la vita*, Milano 1996.
- SMAUS G., *Modelli di società nel movimento abolizionista*; in “*Dei delitti e delle pene*”; Napoli 1985.
- SORRENTINO T., *Storia del processo penale, dall’ordalia all’inquisizione*, Soveria Mannelli Catanzaro 1999.
- STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006.
- STORTONI L., «*Libertà*» e «*Diritti*» del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario, in *Il carcere “riformato”* a cura di F.Bricola, Bologna 1977.
- STRAUSS L., “*Le Leggi di Platone*”, Soveria Mannelli 2006.
- TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae, I, II, 90. .1*
- TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae, 1°, 2°, q, CVIII a. 1.*
- TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae, 1°, 2°, q,, XCII, a. 2.*
- TUCCI G., *Storia della filosofia indiana*, Vol. I e Vol. II, Roma-Bari 1977.
- VALLAURI L. L, *Terre*, Milano 1989.
- VALLAURI L. LOMBARDI, in *Logos dell’Essere Logos della Norma*, Bari 1999.
- VALLAURI L. LOMBARDI, *L’Asia universo di pensiero*, in *Concezioni del diritto e diritti umani confronti Oriente- Occidente*, in AA.VV. in Atti del XXI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica , Salerno-Ravello 1998.
- VARELA F. - THOMPSON E. - ROSSCH E., *La via di mezzo della conoscenza*, Milano 1992
- VECA S., *La priorità del male e l’offesa filosofica*, Milano 2005.
- VENTURA M., *Diritto, psiche e credenze*; in “*Mediazione, conciliazione, riparazione*”; Torino 1999.
- VENTURINI R., *Coscienza e cambiamento*, Assisi 1995.
- VERNACOTOLA A., *La nozione di persona ed il problema della sostanza tra metafisica classica e teorie funzionalistiche nel dibattito bioetica*, in *Medicina e Morale*, Roma 2005.

- VOLPINI L., *La mediazione penale minorile*; in “*Manuale di criminologia clinica*” di M. Giannantonio - S. De Risio; Citta di Castello 2000.
- WYVEKENS A., *La posta in gioco di una giustizia di prossimità nel trattamento della delinquenza*; in “*Dei delitti e delle pene*”, III, 2000.
- ZAFFARONI. E., *Alla ricerca delle pene perdute*, Napoli 1994.
- ZANUSO F., *I “fluidi” e “le bestie di servizio”. Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria* in *Ripensare la pena*, F. Zanuso, S. Fuselli, (a cura di), Padova 2004.
- ZANUSO F., *A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris: oltre la visione moderna della retribuzione*, Padova 2000.
- ZANUSO F., *Neminem laedere*, Padova 2005.
- ZANUSO F., *Utopia e utilità, saggio sul pensiero filosofico di J. Bentham*, Padova 1989.
- ZIMBARDO P., *The Lucifer Effect, Understanding How Good People Turn Evil*, Random Hause 2007.