

VIOLENZA, DIRITTO PENALE, COSTITUZIONALISMO PERSONALISTA^(*)

di Roberto Bartoli

Il tema del rapporto tra violenza e diritto penale costringe il penalista a mettere in discussione le stesse fondamenta dell'idea di punire e a passare da una visione ancora statalista concentrata sul punire mediante violenza a una visione personalista basata invece sull'idea che possa esistere un altro modo di punire, un punire meno violento possibile, un punire anzitutto in libertà.

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – PARTE PRIMA: INGANNI, PARADOSSI E SCANDALI DELLA VIOLENZA NEL DIRITTO PENALE. – 2. Si può parlare di violenza riguardo al diritto penale? – 3. Diritto penale e occultamento della violenza. – 3.1. L'occultamento della violenza rispetto al reato. – 3.2. L'occultamento della violenza rispetto alla pena. – 4. La violenza sta solo nel diritto penale oppure risiede in tutto il diritto? – 5. Il diritto può fare a meno della violenza? – 6. E il diritto penale può fare a meno della violenza? – PARTE SECONDA: LA QUESTIONE DELLA LEGITTIMITÀ DELLA VIOLENZA NEL DIRITTO PENALE. – 7. La questione della legittimità dell'esercizio della violenza. – 7.1. La distinzione tra aggressione e reazione ovvero la violenza legittima in quanto necessitata. – 7.2. La distinzione tra vendetta e pena ovvero la violenza legittima in quanto limitata. – 7.3. Ma perché la violenza della pena? – PARTE TERZA: LE CONDIZIONI DI LEGITTIMITÀ DELLA VIOLENZA NEL DIRITTO PENALE. – 8. L'evoluzione delle condizioni di legittimità della violenza. – 9. Le condizioni di legittimità della violenza prima del costituzionalismo. – 10. Le condizioni di legittimità della violenza dopo il costituzionalismo moderno. – 11. Costituzionalismo personalista e riconfigurazione del sistema penale. – 12. Costituzionalismo personalista e pena. – 13. Due precisazioni e due corollari. – 14. La violenza/carcere come *extrema ratio* ovvero un altro modo di punire: in libertà e valorizzando la giustizia riparativa. – 15. La proporzione. La proporzione della pena. – 15.1. La proporzione della legittima difesa. – 16. La violenza alla persona come limite alle scelte di criminalizzazione. Cenni. – 17. Violenza/pena nell'arte. – 17.1. Nella colonia penale di Franz Kafka. – 17.2. Violenza ed emenda in Simone Weil e in Fedor Dostoevskij.

*Riprovevole è ogni violenza mitica, che pone il diritto,
e che si può chiamare dominante. Riprovevole è pure la violenza
che conserva il diritto, la violenza amministrata che serve.*

*La violenza divina, che è insegna e sigillo,
mai strumento di sacra esecuzione, è la violenza che governa.*

Walter Benjamin,
in *Per la critica della violenza*

^(*) Il presente contributo è stato pubblicato nella Rivista *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 6/2024, pubblicato nel 2025. Si ringraziano il Direttore Luigi Lacchè e l'Editore per averne autorizzato la pubblicazione in questa Rivista.

*Se violenza ha da essere
che sia divina*
Carlo Sbertoli

1. Una breve premessa.

Mi si consentano, in premessa, parole non solo di gratitudine per l'invito rivoltomi, ma anche, e direi soprattutto, di elogio per il progetto, ideato e promosso da Luigi Lacchè, *Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*. E siccome la gratitudine dipende dall'elogio, mi si permetta di esaurire nell'elogio tutta la mia gratitudine.

Il significato di questi incontri è di fondamentale importanza, per tutti noi, ma in particolare per chi, come me, altro non è che un umile vigentista, un autentico manovale del diritto, costretto a lavorare nell'angusto mondo del diritto positivo di matrice legislativa, frutto più di *voluntas* politica che di *ratio* giuridica, nonché, come vedremo, avente ad oggetto la violenza che gli uomini esercitano nei confronti degli altri uomini, quindi diretto più a piegare tramite il potere che a risolvere i conflitti tra persone.

E se il diritto penale tende oggi a farsi ancor più tecnico; se il normativismo asfittico domina sempre più imperante; se la cultura punitiva torna a diffondersi capillarmente in ogni ambito della convivenza umana; se la penalità degli ultimi anni tende a esprimere violenza e costrizione in notevole eccesso: ebbene, se il diritto penale presenta sempre più tutti questi caratteri, soltanto progetti interdisciplinari, basati su una visione sostanziale delle cose e aperta al mondo extragiuridico, consentono di dare ossigeno e umanità al pensiero penalistico.

Anche perché, modernamente, in penale, aprire significa criminologia, sociologia, filosofia, storia, comparazione, finanche arte, vale a dire un riandare alle fondamenta del diritto penale, guardandolo da una prospettiva rinnovata; ma soprattutto, oggi, aprire significa costituzionalismo orientato alla persona, vale a dire quei limiti al potere politico detentore di quello punitivo che, alla fine, a conti fatti, non sono mai troppi.

PARTE PRIMA:

INGANNI, PARADOSSI E SCANDALI DELLA VIOLENZA NEL DIRITTO PENALE

2. Si può parlare di violenza riguardo al diritto penale?

Assolutamente sì. Di primo acchito viene da dire che il diritto penale è violenza e che la violenza sta nell'aggressione, nel reato. Il reato, infatti, nella sua dimensione più classica, è di per sé vera e propria violenza, esercizio di forza fisica applicata alla persona,

e di quella massima: omicidio, rapina, violenza sessuale, etc. Certo, vi sono poi anche reati non propriamente violenti, sui quali avremo modo di tornare, perché consentono di guardare proprio alla violenza da un interessante punto di osservazione: si pensi che a questi reati non violenti l'ordinamento risponde comunque con la violenza. Ma è indubbio che il diritto penale è anzitutto violenza con riferimento all'aggressione.

La violenza, però, non sta soltanto nell'aggressione, ma anche nella reazione, nella risposta al reato, nella pena. La pena, infatti, è nel suo contenuto violenza. Una pena come quella di morte implica che qualcuno cagioni la morte di un uomo. Ma si pensi anche alla stessa carcerazione e più in generale alle pene che consistono nella privazione della libertà personale: si accompagna una persona in una cella e ci si chiude dentro, privandola della libertà, e se non ci vuole entrare, ci si spinge dentro con la forza, mentre se vuole uscire, semplicemente non gli si apre.

Non solo, ma, se si considera che, come già accennato, molti reati privi di violenza sono comunque puniti con la violenza, si potrebbe dire che nel penale non solo c'è violenza nell'aggressione e nella reazione, ma alla fine la violenza sta più nella reazione che nell'aggressione.

3. Diritto penale e occultamento della violenza.

Se il diritto penale è violenza, tuttavia il diritto penale tende a occultare la violenza. La violenza c'è, ma non si vede, perché si tende a nasconderla, fattualmente, concettualmente, linguisticamente.

Un tempo, com'è noto, non è stato così, per cui si aveva la segretezza del processo e lo splendore dei supplizi, dell'esecuzione della pena. Per tante ragioni, oggi, invece, le cose stanno in termini rovesciati: oggi abbiamo la massima pubblicità del processo, tant'è vero che a quello giuridico si è sovrapposto (se non addirittura in parte sostituito) il processo mass-mediatico, mentre l'esecuzione della pena è stata totalmente occultata (si pensi alla segretezza che avvolge l'esecuzione della pena capitale, come anche a quella del carcere, dove tutto si svolge al di là di mura impenetrabili).

Anzi, a dire il vero, si potrebbe dire che riguardo all'esecuzione della pena v'è addirittura indifferenza. Su questo aspetto, a mo' d'inciso, mi limito a segnalare un fenomeno gravissimo per l'effettività del sistema, di cui la politica ha piena contezza, anche quella che crede nella certezza della pena come certezza del carcere, fenomeno che tuttavia è fuori dal dibattito pubblico, che nessuno vuole affrontare, tanto meno risolvere, rispetto al quale tutti fanno finta che non esista. Mi riferisco al fenomeno dei liberi sospesi. Conteggiato in almeno 90.000 casi (ma i dati ufficiosi parlano di 130.000), di una durata che può variare da alcuni mesi fino a una decina di anni, il fenomeno riguarda le persone condannate a pena definitiva inferiore a 4 anni che, una volta sospeso l'ordine di esecuzione, per inefficienza e disorganizzazione del sistema, non vanno né in carcere né incontro alle misure alternative. Si tratta di una vera e propria ipotesi di "incertezza della pena", non solo di quella carceraria, ma anche delle misure alternative, una incertezza della pena *tout court*: insomma, si tratta di autentica impunità (quanto meno temporanea) che decreta un autentico fallimento del sistema.

Sarebbe interessante indagare le ragioni dell'odierna tendenza al nascondimento della pena. Forse, nel momento in cui si è iniziato a porre il problema della legittimità della violenza, ci si è accorti che la violenza ha sempre in sé un qualcosa di illegittimo, o comunque di "scandaloso e osceno" (da tenere fuori dalla scena), che quindi si preferisce non vedere. E, forse, la violenza mass-mediatica altro non è che una risposta al nascondimento della violenza sull'individuo, vale a dire la ricomparsa in altra forma di un nuovo splendore della pena che consiste nel linciaggio mass-mediatico: insomma, non è giusto privare la società della visione di un massacro, e se non si è in grado di mostrare quello reale, che almeno si esibisca quello mass-mediatico reputazionale.

Ebbene, il nascondimento della violenza passa da un nascondimento concettuale e/o linguistico, sia per quanto riguarda il reato/aggressione, sia per quanto riguarda la pena/reazione.

3.1. L'occultamento della violenza rispetto al reato.

Per quanto riguarda la violenza del reato/aggressione, il reato può essere visto da due prospettive diverse, quella politico-sociale e mass-mediatica, da un lato, e quella giuridica, dall'altro. Dalla prospettiva politica e dei mass-media, come anche della società, si enfatizza la violenza come fenomeno e accadimento, la quale viene esibita in tutta la sua crudezza e crudeltà. La ragione di questa mostra è che oggi si vuole accrescere il sentimento di paura per incrementare la richiesta di penale e l'ostentazione della violenza dell'aggressione consente di raggiungere questo obiettivo. Nell'ipotesi più "mite" la sequenza è paura, diffidenza, rancore/risentimento, quindi richiesta di violenza/pena; nell'ipotesi più acuta e pericolosa si aggiungono rabbia e odio che sfociano in una logica di linciaggio. Dalla prospettiva giuridica, la violenza torna invece ad essere se non occultata, quanto meno trasfigurata. Appena si passa dal fenomeno cruento alla dimensione giuridica, l'aggressione violenta e il reato assumono i connotati tecnici dell'offesa al bene giuridico tutelato, per cui l'uccisione di un uomo in carne ed ossa diviene un'offesa alla vita.

La ragione di questa trasfigurazione è duplice. Anzitutto, la ridefinizione tecnica dei fenomeni stempera la dimensione emotiva che li circonda, consentendo di adottare una prospettiva asettica che dovrebbe consentire maggiore distacco frenando così le pulsioni repressive: si tratta di una trasfigurazione che "bilancia" le spinte politico/sociali. Ma v'è anche una ragione che invece spinge in una direzione opposta, consentanea all'estensione della penalità. Nella prospettiva giuridica, la violenza concreta, quella reale ed effettiva che subisce ad esempio la vittima, oltre a passare in secondo piano, viene assorbita in una dimensione valoriale astratta e ideale. Sulla violenza del reato si proietta una valutazione pubblicitaria che finisce addirittura per occultare la dimensione offensiva concreta, per cui il reato offende non solo e non tanto la vita della persona irripetibile, ma la vita di un uomo come concetto ideale.

Si potrebbe dire che si tratta di un'operazione inevitabile, in virtù del procedimento di astrazione normativa che caratterizza la dimensione giuridica. Tuttavia, a ben vedere, sembra accadere qualcosa di più, in quanto, proprio nel momento

in cui si attiva il processo di astrazione, in esso si insinuano valutazioni che vanno oltre lo stesso procedimento di astrazione per assumere connotati valoriali che spingono verso una vera e propria idealizzazione dell'offesa. La prospettiva valutativa-valoriale prende il sopravvento sulla stessa astrazione e tende a caricare il fatto di un disvalore aggiuntivo, che trascende la stessa offesa al bene giuridico tutelato.

Si pensi al bene giuridico della dignità della persona che si considera offeso in molti reati, nonostante che vi sia già un'offesa a beni giuridici riferibili alla persona. Ma si pensi anche alla recente proposta del nuovo reato di femminicidio, dove il *quid pluris* di disvalore non si radica nell'offesa alla vita della vittima concreta, ma si sposta addirittura sull'autore e sulla sua visione valoriale: insomma, il femminicidio, più che tutelare la vittima, si proietta contro l'autore e ancor più contro la visione culturale che si ritiene sottesa al suo comportamento.

Ebbene, attraverso l'idealizzazione dell'offesa, si produce un paradossale effetto di spersonalizzazione che ha come conseguenza finale quella di occultare il reale contenuto di disvalore del fatto per incrementarne uno meramente ideale. Insomma, svilire nelle aggressioni la violenza concreta nei confronti della vittima, per attribuire rilevanza ad aspetti diversi e ulteriori meramente ideali, significa astrarre, pubblicizzare, idealizzare, quindi anche manipolare ovvero rafforzare le istanze punitive espresse dallo Stato a discapito del reo, senza con questo aggiungere alcunché alla tutela della vittima in carne ed ossa.

3.2. *L'occultamento della violenza rispetto alla pena.*

Per quanto riguarda l'occultamento della violenza della pena, si pensi anzitutto al rapporto tra vendetta e diritto penale. Secondo la visione tradizionale, la vendetta è senz'altro violenza, in quanto violenza nelle mani di colui che ha subito l'aggressione, mentre il diritto penale, prima ancora di essere spostamento della violenza dalle "mani private" a quelle "pubbliche", prima di essere riallocazione della violenza, si considera superamento della stessa violenza. Tant'è vero che si parla di monopolio "della forza" da parte dello Stato, più che di monopolio "della violenza", come se l'esecuzione della pena di morte, sul piano della violenza, fosse qualcosa di diverso dall'omicidio. Insomma, il termine/concetto di violenza sembra esprimere un'intrinseca illegittimità che induce a sostituirlo con quello di forza, che invece esprimerebbe di per sé una valutazione di legittimità. Si pensi anche alle espressioni "forze di pubblica sicurezza" o "forze armate". Uno Stato non dirà mai che utilizza la violenza, che esercita la violenza. Tuttavia, come vedremo, ciò che in mano allo Stato si tende a definire forza, altro non è che la violenza e soltanto perché esercitata dallo Stato ci viene da identificare la violenza con un esercizio legittimo della violenza che si definisce forza, mentre sul piano della violenza, come vedremo, non differisce né dalla vendetta, né dal reato.

In secondo luogo, si consideri la circostanza che noi giuristi definiamo la pena ancorandola all'"afflittività", al dolore, al *pain*. Ma nessuno dice da cosa sarebbe prodotta questa sofferenza che caratterizza il contenuto della pena, nessuno nomina la violenza, e cioè la circostanza che tratto costituente della pena è il suo tangere la persona, suoi beni

essenziali. Insomma, ci si concentra sull'effetto soggettivo, più che sulla causa consistente nell'esercizio della violenza. Una definizione franca, ci direbbe che la pena è violenza alla persona e che questa violenza produce dolore.

Ma possiamo dire qualcosa di più. Si pensi al carcere. L'art. 18 c.p. parla di "pene detentive o restrittive della libertà personale". Ma il carcere va ben oltre la "mera" restrizione della libertà personale. Intanto più che restrittivo è privativo. Inoltre, anche la detenzione domiciliare è privativa della libertà personale, ma è ben altra cosa dal carcere, perché il carcere è luogo del tutto estraneo alla vita del reo. Ed infatti, oltre a determinare una rottura di tutte le pregresse relazioni, costringe a convivere con altre persone sconosciute, peraltro in una forma mai riservata. Ma soprattutto il carcere comporta che un uomo entri nel dominio totale di altre persone. Ecco che il carcere, più che essere limitazione della libertà personale, è limitazione, se non addirittura soppressione, di tutti i diritti, nonché espropriazione del tempo di vita e alienazione da sé stessi. Con la conseguenza finale che il carcere diviene anche luogo in cui risulta strutturale l'illegalità, sia perché non si rispettano le regole o si pongono regole assurde, sia perché si esercita la violenza illegittima, da parte degli stessi detenuti, come anche della polizia penitenziaria (altra grande vittima di questo sistema).

E il nascondimento della violenza insita nel carcere ha comportato non solo che la stessa pena detentiva sia identificata con il carcere, che invece costituisce una *species* di detenzione, ma anche che la stessa pena in quanto tale sia identificata con il carcere, per cui nell'immaginario collettivo punire significa incarcerare. E nascondendo la violenza si è fatto in modo che la violenza si affermasse e si espandesse senza accorgersene. Ecco perché proprio rispetto al carcere si è scritto "bisogna aver visto", ed io aggiungerei anche "bisogna aver provato".

4. La violenza sta solo nel diritto penale oppure risiede in tutto il diritto?

Tende ad essere diffusa la convinzione che mentre nel diritto penale c'è violenza, nelle altre branche del diritto la violenza invece non ci sarebbe.

Tuttavia, a ben vedere, a me pare che la violenza sia presente non solo nel diritto penale, ma anche nell'intero diritto, e non solo nel diritto degli illeciti extrapenal, ma addirittura nel diritto *tout court*, vale a dire anche nel diritto della liceità.

Anzitutto, la stessa conclusione di un contratto porta in sé un seme di violenza. Sia perché ogni pretesa contiene una violenza in potenza, sia perché, anche se legittima, la pretesa determina pressioni mediante la strumentalizzazione di posizioni di forza. Bene precisare, però, che la pressione non costituisce ancora violenza, perché la violenza necessita di un *quid pluris*, l'esplicazione di un'energia fisica sulla persona. E occorre fare molta attenzione a non estendere il concetto di violenza presente nell'aggressione oltre l'esercizio della violenza fisica, perché poi si estende il concetto di reato e quindi anche l'ambito applicativo della pena e quindi della violenza. Torneremo su questo punto già accennato.

Ma soprattutto, nel diritto della liceità v'è violenza perché dietro al contratto c'è l'illecito contrattuale e dietro all'illecito contrattuale c'è la giurisdizione e dietro alla giurisdizione c'è la violenza.

Vediamo nel dettaglio la sequenza:

- diritto della liceità (es. contratto);
- dopo di che illecito (es. illecito contrattuale);
- all'illecito si può porre rimedio con un accordo tra le parti, ma se le parti non raggiungono l'accordo, si ricorre alla giurisdizione;
- la giurisdizione condanna all'adempimento contrattuale o al pagamento del risarcimento del danno e la parte deve provvedere;
- se la parte non adempie a quanto stabilito dalla sentenza, si procede all'esecuzione forzata che può comportare l'esercizio della violenza.

Il sistema si chiude con la violenza. Il diritto, voglio sottolineare tutto il diritto, si basa strutturalmente sulla violenza che chiude il sistema.

Ecco che il diritto penale è un diritto del tutto particolare, non solo perché costituito interamente da illeciti, non solo perché, in quanto parte del diritto *tout court*, si chiude con la violenza, ma anche perché la violenza sulla persona costituisce essa stessa il contenuto "diretto" della sanzione comminata nella fattispecie astratta. Insomma, mentre nelle altre branche del diritto la violenza è presente in seconda battuta, a chiusura del sistema, in penale invece la violenza, che può assumere una consistenza massima, è presente già in prima battuta. Estremizzando si potrebbe dire che mentre il diritto *tout court* si basa su una componente di violenza, il diritto penale è doppiamente violento, violento in termini consustanziali.

5. Il diritto può fare a meno della violenza?

Il diritto *tout court* assolutamente no, per una ragione fondamentale: diversamente il diritto si trasformerebbe in mero strumento di ingiustizia.

Immaginiamo che il diritto civile, la forma meno violenta del diritto, sia soppiantato da una forma di risoluzione dei conflitti interamente consensuale oppure che il diritto penale, la forma più violenta del diritto, sia soppiantato dalla giustizia riparativa. Insomma, immaginiamo che le forme del diritto basate sulla violenza siano soppiantate da forme del giuridico basate sull'assunzione di impegni non chiuse dalla violenza.

Com'è noto, giustizia consensuale e giustizia riparativa comportano un percorso/confronto diretto tra le parti o tra autore e vittima destinato a chiudersi con accordi che possono avere contenuti materiali oppure simbolici. Punto nodale della giustizia consensuale e riparativa è che, in caso di mancata ottemperanza all'impegno preso, la giustizia consensuale e riparativa falliscono, nel senso che nessuno può agire per costringere con la violenza l'inadempiente ad adempiere.

Ebbene, se ci si basasse sulla dimensione giuridica meramente consensuale e riparativa, colui che ha commesso un torto potrebbe risultare irresponsabile (penalisticamente parlando si direbbe la farebbe franca, resterebbe impunito) e non

costretto da nessuno alle proprie responsabilità, visto che se non adempie all'impegno preso, nessuno può costringerlo a farlo. Con la conseguenza che si finirebbe per dare ragione all'autore del torto e torto a chi ha ragione, sovvertendo così la stessa idea di giustizia.

In conclusione, il diritto *tout court* non può fare a meno della violenza a chiusura del sistema.

6. E il diritto penale può fare a meno della violenza?

Attenzione! Il diritto *tout court* deve chiudersi necessariamente con la violenza, ma la violenza del diritto penale, quella che risiede nella stessa sanzione e che abbiamo definito diretta, è necessaria?

Se su un piano filosofico da sempre si pone il tema della necessità ovvero della legittimità *tout court* della violenza della pena, da un punto di vista politico/giuridico tale necessità/legittimità si finisce per dare per scontata. Ma scontata non è. Ed infatti, come vedremo, fino al costituzionalismo moderno, era ben possibile accettare l'irrazionalità della violenza della pena, anche per il semplice fatto che la pena, a prescindere dalla sua (ir)razionalità, è sempre stata praticata e nessuno l'ha mai messa in discussione: insomma, non è detto che tutto ciò che è irrazionale debba scomparire, soprattutto se, come nel caso del punitivo, la sua perdurante presenza finisce per costituire la prova della sua necessità. Tuttavia, con il costituzionalismo moderno, la questione della legittimità della pena non solo non può essere elusa, ma la nuova prospettiva offre argomenti interessanti sia sul piano della stessa legittimità, sia, addirittura, per trasformarla.

PARTE SECONDA:

LA QUESTIONE DELLA LEGITTIMITÀ DELLA VIOLENZA NEL DIRITTO PENALE

7. La questione della legittimità dell'esercizio della violenza.

Che il tema centrale della violenza divenga quello della sua legittimità ovvero delle condizioni che rendono legittimo il suo esercizio risulta confermato da due questioni di fondo che si pongono da sempre.

Anzitutto, dalla questione della distinzione tra violenza dell'aggressione e violenza della reazione. Che differenza intercorre tra la violenza posta in essere integrando il reato e quella realizzata come risposta al reato? Sulla base della violenza, che a decapitare sia l'omicida oppure il boia per conto dello Stato, di decapitazione pur sempre si tratta. Si dirà che nel reato l'illegittimità della violenza è data proprio dalla illegittimità della aggressione, mentre nella pena la legittimità della violenza è data dal costituire una reazione all'aggressione illegittima. Bene, verissimo. Ma ciò può valere per la legittima difesa che deve respingere una perdurante aggressione. Ma vale anche

per la pena, che costituisce una reazione – per così dire – differita e rispetto alla quale la violenza è nella sostanza una scelta?

In secondo luogo, la centralità della questione della legittimità risulta confermata dalla questione della distinzione tra vendetta e diritto penale ovvero tra vendetta e pena. Come già accennato, tradizionalmente si distingue tra vendetta e diritto penale assumendo come criterio distintivo il passaggio della violenza dalle mani private a quelle pubbliche e ritenendo che mentre la violenza nelle mani private è intrinsecamente “ingiusta” ovvero illegittima, quella che invece viene collocata nelle mani pubbliche sarebbe intrinsecamente giusta e quindi legittima. Insomma, tradizionalmente il criterio distintivo tra vendetta e pena/diritto penale è costituito dal soggetto gestore della violenza, con la conseguenza che la violenza in mano pubblica trasformerebbe la vendetta in diritto penale e quindi la punizione per mano pubblica sarebbe di per sé legittima. Ma le cose stanno davvero così? Anche qui, accertata la responsabilità con tutte le garanzie, che differenza c’è tra una decapitazione realizzata da un boia e quella realizzata dai familiari della vittima?

7.1. *La distinzione tra aggressione e reazione ovvero la violenza legittima in quanto necessitata.*

La differenza tra la violenza del reato e la violenza della pena coincide con la differenza che intercorre tra aggressore e aggredito e questa differenza si determina attraverso il passaggio alla violenza o meglio sulla base *di chi per primo* esercita la violenza.

La dimensione giuridica finisce per ridursi ed esaurirsi in una dimensione che potremmo definire cronologica per cui, in presenza di una tensione/confitto, aggressore è colui che *per primo* esercita la violenza nei confronti dell’altro.

Poco interessano le ragioni della violenza esercitata per prima (sul piano internazionale si parlava di “guerra giusta”), se queste ragioni non sono connesse alla necessità di respingere una violenza in atto. Il subire una “violenza” economica o commerciale, come anche una violenza meramente psicologica, non giustifica la violenza (fisica). Soltanto il passaggio alla violenza (fisica) determina l’aggressione. La prospettiva di un male, la minaccia, non è ancora violenza, se non sorretta da elementi che implicano il concreto passaggio all’azione. Ed infatti rispetto alla minaccia in quanto tale, senza il pericolo, vale a dire la prossimità al passaggio all’azione, non è pensabile la legittima difesa.

Davanti all’aggressione si può reagire. La reazione è esercizio di violenza resa legittima dall’aggressione. È l’aggressione la prima condizione che rende la reazione legittima. Ma l’aggressione non basta. Meglio, può bastare per la legittima difesa, in quanto violenza che deve vincere una violenza aggressiva perdurante, ma non rispetto alla pena che si riferisce a una fatto dove la violenza è esaurita¹.

¹ Da precisare fin d’ora che, modernamente il reato può essere anche non violenza, ma – si dice – offesa a beni giuridici. Punto delicato, ma altrettanto decisivo. La connessione del reato alla violenza è propria delle

La legittima difesa è violenza esercitata direttamente dall'agredito nei confronti dell'aggressore per difendersi da un'aggressione in atto. A differenza di quanto avviene per lo stato di necessità, la violenza dell'agredito deve essere diretta proprio nei confronti di colui che è l'aggressore. È possibile anche il soccorso difensivo, ma, sempre a differenza di quanto accade nello stato di necessità, l'ipotesi non altera il ragionamento che andremo a compiere, proprio perché la reazione ha come destinatario direttamente l'aggressore, mentre nello stato di necessità la reazione riguarda un terzo innocente, essendo questi del tutto estraneo alla situazione necessitante.

La giustificazione deriva dalla necessità di difesa, per cui l'agredito è posto nell'alternativa tra difendersi usando violenza oppure non esercitare violenza e quindi subire l'aggressione. Essendo necessitata, la violenza non è propriamente scelta, ma determinata dalla realtà esterna dominata e orientata da un altro uomo (altra differenza dallo stato di necessità dove la situazione necessitante può essere prodotta anche dalla natura).

La violenza della legittima difesa non solo trova una giustificazione/legittimità che potremmo definire agevole in ragione della necessità, ma è basata anche su condizioni "forti" di legittimità, su condizioni, cioè, in presenza delle quali non è possibile dubitare della legittimità della violenza, rischiandosi altrimenti una sorta di sovversione dei principi che stanno alla base di un ordinamento che distingue tra giusto e ingiusto. In particolare, requisito fondamentale sul quale torneremo è la proporzione.

Ma la reazione differita, vale a dire la pena, perché si esercita? Essa non è necessitata, ma costituisce piuttosto una scelta.

7.2. *La distinzione tra vendetta e pena ovvero la violenza legittima in quanto limitata.*

Veniamo alla seconda questione. Come accennato, tradizionalmente il criterio distintivo tra vendetta e pena è costituito dal gestore della violenza, per cui mentre la violenza nelle mani private è intrinsecamente "ingiusta" ovvero illegittima, quella che invece viene collocata nelle mani pubbliche sarebbe intrinsecamente legittima.

Ma le cose stanno davvero così? Direi di no, anzi. Premesso che, come vedremo, il concetto di vendetta è molto più complesso di quanto si possa credere, rispetto a questa visione tradizionale è sufficiente soffermarsi sugli argomenti che vengono addotti per affermare l'illegittimità intrinseca della vendetta per rendersi conto che tali argomenti possono essere in realtà avanzati anche contro il diritto penale.

Si dice che la vendetta privata non è ammissibile perché il privato che reagisce potrebbe sempre eccedere. Ma lo Stato attraverso il diritto penale non può eccedere? Eccome se può eccedere: in comminatoria, nella commisurazione, nell'esecuzione.

Si dice che la vendetta privata non è ammissibile perché può portare a colpire l'innocente. Posto che, in realtà, si sta correndo il rischio di confondere la vendetta con

società primordiali, che potremmo definire di vendetta privata, lo svincolo del reato dalla violenza è invece tipico delle società che si basano su un potere punitivo pubblico.

la faida, il punto è: ma il diritto penale non può tendere a colpire l'innocente? Eccome se il diritto penale tende a punire l'innocente.

E potremmo continuare per molto ancora.

Non solo, ma se noi andiamo ancor più a fondo, ci rendiamo conto che i rischi di eccesso finiscono per essere molto più consistenti nel diritto penale "pubblico" che nella vendetta tra privati. Le ragioni sono molte, a cominciare dalla circostanza che il diritto penale "pubblico" è nelle mani della politica, la quale può in ogni momento strumentalizzare il diritto penale per il raggiungimento di proprie finalità.

Ancora più in dettaglio, ci si rende conto che là dove si è praticata la vendetta privata non c'è stata sempre e solo vendetta ovvero esercizio della violenza, perché la vendetta conviveva con le paci, vale a dire con la giustizia negoziale. Al contrario, là dove si pratica la pena, la tendenza è a non dare alcuno spazio alla negozialità. Oggi, le cose stanno in parte cambiando: si pensi alla sempre più marcata valorizzazione della querela. Ma per tutto il Novecento il monopolio statale della pena ha comportato un'esclusione pressoché totale degli spazi di non punibilità basati sul confronto reo/vittima. Risultando così confermato il dato che la violenza in mano pubblica tende ad essere molto presente ed assai consistente.

Se quanto detto ha una sua plausibilità, violenza della vendetta e violenza della pena non sembrano di per sé distinguibili. In termini molto banali, si può evidenziare come, a ben vedere, ancora una volta, non vi sia differenza tra la decapitazione realizzata da un privato nei confronti di una persona che si è resa responsabile di un omicidio e la decapitazione consistente in una pena di morte realizzata dallo Stato attraverso le mani di un boia.

Detto in altri termini, se al posto del criterio basato sul soggetto/potere di gestione della violenza si assume come criterio di riferimento la violenza, vendetta e pena non si distinguono, ma sono nella sostanza identiche. Si potrebbe dire che, se, da un lato, la vendetta è violenza, dall'altro lato ogni esercizio di violenza in reazione è in realtà vendetta. Non è un caso che Marcello Bortolato, Magistrato di sorveglianza che "ha visto" la violenza della pena e del carcere, abbia intitolato due suoi libri usciti in sequenza, *Vendetta pubblica*, allorché ha esaminato il carcere che si basa sulla violenza, e *Oltre la vendetta*, allorché ha preso in esame la giustizia riparativa, che è forma di giustizia non violenta.

Ebbene, perché la violenza in mani private sarebbe una violenza illegittima? Oggi si tende ad affermare che v'è una sorta di limite etico che impedisce che la risposta violenta al reato sia realizzata dalla stessa persona che ha subito l'offesa o comunque dai suoi familiari e che quindi legittimità e giustizia risiederebbero in una distanza, nell'intervento di un terzo, che poi consiste nella giurisdizione e più in generale proprio nella gestione pubblica della violenza.

Tuttavia, a ben vedere, l'argomentazione non determina una vera e propria differenziazione della violenza tra quella esercitata dal privato e quella esercitata dal terzo, ma un mero spostamento di violenza, con conseguente spostamento della questione etica.

Ed infatti, da un lato, alla fine, vi sarà comunque una persona fisica (o meglio un insieme di persone fisiche), ultimo anello della catena della violenza, che dovrà

(dovranno) esercitare la violenza; dall'altro lato, non penso che ammantare questa persona (queste persone) della qualifica di "rappresentante dello Stato" sia sufficiente a risolvere il problema "etico" dell'esercizio della violenza. Anzi, emerge in tutta evidenza il problema della strumentalizzazione di questa persona (queste persone) per finalità che sono collettive. Insomma, se dal lato della responsabilità c'è il rischio del capro espiatorio e quindi di esercitare la violenza nei confronti di un innocente, dal lato dell'esecuzione della pena il boia è senza dubbio un capro espiatorio, perché l'intero sistema scarica completamente su di lui l'esercizio della violenza. Si dirà: è il boia che sceglie di esercitare la violenza. Ma il problema etico resta.

Il paradosso è confermato dalla seguente eventualità: esercitata la giurisdizione, fatto cioè intervenire il terzo con tutti i crismi di legittimità, si può lasciare che sia il privato vittima del reato ad eseguire la sentenza, vale a dire far schiacciare il pulsante che dà avvio alla iniezione letale ai parenti della vittima? Perché non si può fare?

Ecco che la violenza in quanto tale, quale che sia il potere che la gestisce, è vendetta: vendetta come violenza, violenza come vendetta. E se vogliamo introdurre una distinzione, tale distinzione passa dalle condizioni di legittimità ovvero dalla circostanza che essa non ecceda, magari mediante un controllo sul suo esercizio. Con la conseguenza che, se vogliamo continuare a utilizzare il concetto di vendetta in una accezione "negativa", alla fine potremmo dire che vendetta è la violenza illegittima.

Veniamo quindi alla questione delle questioni. Abbiamo appena detto che la violenza illegittima, vale a dire ciò che potremmo definire autenticamente vendetta, è senz'altro la violenza che eccede, la violenza illimitata.

Ecco che in questa prospettiva, la violenza legittima è la violenza che incontra limiti, la violenza limitata. Anche perché tutte le ragioni che stanno alla base del punire spingono per un eccesso. La prevenzione generale, rivolgendosi alla generalità dei consociati, tende a strumentalizzare il reo in termini di sproporzione, fino addirittura al capro espiatorio. La retribuzione, nel richiedere la corrispondenza del male con il male, finisce per "inseguire" il male dell'aggressione potendo giungere ad eguagliarlo nella sua disumanità. La prevenzione speciale strumentalizza il reo in termini di sproporzione e di manipolazione, potendo arrivare a una pena dalla durata e dal contenuto potenzialmente indefiniti.

Proprio perché ogni reazione può tendere all'eccesso, da sempre l'uomo si interroga sulla necessità di porre limiti alla reazione, nella consapevolezza che una reazione che risulta essere sproporzionata, costituisce una reazione che a sua volta è ingiusta.

In questa prospettiva potremmo parlare di un costituzionalismo congenito nella reazione all'aggressione, sia essa la reazione immediata e diretta della legittima difesa oppure di quella differita, consistente nella vendetta e nella pena.

7.3. Ma perché la violenza della pena?

Giustificata la legittima difesa e affermata la legittimità della reazione differita (della pena) se e in quanto limitata, resta la domanda: perché, là dove si può scegliere,

alla violenza si risponde con la violenza? Ha una giustificazione? Insomma, la legittimità della violenza della pena deriva dai suoi limiti oppure da qualcosa che sta oltre i suoi limiti?

Realisticamente si ritiene che un ordinamento non possa fare a meno del diritto penale e quindi della violenza già in prima battuta per due ragioni fondamentali. Anzitutto, per una ragione politica, per cui nessuna forza politica, tanto più oggi, sarebbe disposta a rinunciare alla violenza. E la politica mai sarà disposta a rinunciare alla violenza. Ma oggi la politica è sottoposta al costituzionalismo.

In secondo luogo, v'è una ragione che potremmo definire normativa. La questione non è tanto che non esiste illecito e quindi precetto, ovvero affermazione/difesa di un valore, in assenza di una sanzione o conseguenza negativa, per cui risulterebbe socialmente privo di significato un precetto privo di sanzione oppure con una conseguenza diversa da quella negativa. Così impostata, la ragione normativa non giustifica la violenza ma la sanzione, che non è detto che abbia i connotati dell'afflizione e della penalità.

La questione normativa è che, riguardo a illeciti che comportano l'esercizio della violenza e che quindi vanno ben oltre l'illecito contrattuale, come anche quello aquiliano, la conseguenza negativa deve avere un *quid pluris* e questo *quid pluris* non può che essere dato dalla afflittività/violenza, vale a dire da una violenza che comporta il coinvolgimento della persona, vale a dire non la mera violenza momentanea che consente al potere pubblico di agire per chiudere il sistema (si pensi all'esecuzione forzata), ma quanto meno la privazione della libertà personale, in prima o almeno in ultima istanza. E una volta che al precetto si accompagna la violenza, la violenza non può che essere eseguita. Mi permetto di evidenziare che soltanto i dieci comandamenti sono privi di sanzione e che evangelicamente il completamento della legge avviene attraverso la legge dell'amore che implica non violenza.

Ebbene, questo tipo di giustificazione è una giustificazione assolutamente plausibile anche per il suo indiscusso realismo. Tuttavia, non si può non osservare come questa giustificazione stia soltanto dalla parte della prevenzione generale, dalla parte del potere di punire esercitato in termini di collettività, dalla parte della tutela della società, mentre nei confronti del singolo la violenza non trova giustificazione. Certo, pone come condizione che il singolo abbia realizzato un determinato fatto nella consapevolezza che sarebbe andato incontro a conseguenze negative violente, ovvero pone come condizione la colpevolezza, la responsabilità, con la conseguenza che la colpevolezza esce rafforzata. Di più: nella prospettiva che giustifica la pena in termini di prevenzione generale la colpevolezza diventa addirittura condizione di legittimità imprescindibile. Ma ancora non si giustifica la violenza della pena.

Ed infatti il tema diventa se quella violenza che si minaccia a monte sia legittima, non solo riguardo al singolo reato (si tratta sempre di un problema di condizioni), ma riguardo alla violenza *tout court*. Insomma, ha senso l'esercizio della violenza dal punto di vista della persona? Come si giustifica? Soprattutto ha senso che alla violenza che si vuole contrastare si risponda con la stessa violenza che si vuole contrastare?

A mio avviso, come accennato, la risposta a questa domanda è differente a seconda che ci si collochi prima o dopo il costituzionalismo moderno. Prima del

costituzionalismo, il problema della legittimità *tout court* della violenza nemmeno si poneva e la giustificazione era tutta dalla prospettiva della prevenzione generale. Con il costituzionalismo moderno, non solo il problema si pone, ma la sua soluzione passa da una ridefinizione di pena e quindi da una riconsiderazione dello stesso concetto di violenza che sta alla base della pena.

PARTE TERZA:

LE CONDIZIONI DI LEGITTIMITÀ DELLA VIOLENZA NEL DIRITTO PENALE

8. L'evoluzione delle condizioni di legittimità della violenza.

Da sempre si danno due tipologie di condizione per l'esercizio della violenza: quelle che attengono al profilo sostanziale, ai presupposti per esercitarla, e quelle che attengono al potere di violenza ovvero al potere che la gestisce. E da sempre queste tipologie di condizione possono essere concepite in termini di legittimazione oppure di legittimità, vale a dire in termini "neutri" di autorizzazione all'impiego della violenza (legittimazione) oppure in termini di "giustizia", vale a dire di limite ovvero di garanzia (legittimità). Insomma, l'espressione "si può esercitare la violenza" esprime due significati diversi, quello che si lega a condizioni che rendono l'esercizio lecito/illecito (autorizzato/vietato) e quello che lo rendono giusto (conforme/difforme a principi).

Impossibile soffermarsi sull'evoluzione delle condizioni di esercizio della violenza dove prospettive di legittimazione e di legittimità si sono sempre alternate e intrecciate. Vi sono stati periodi in cui problemi di legittimità nemmeno si sono posti, sia sul fronte dei presupposti sostanziali che dei poteri (ogni volta che hanno preso e prendono forma regimi autoritari). In altri periodi invece si sono posti problemi di legittimità sostanziale, mentre sul fronte dei poteri si è ragionato soltanto in termini di legittimazione (illuminismo). Così come vi sono stati periodi in cui sia i poteri sia i presupposti sostanziali sono stati concepiti in termini di legittimità (come vedremo il costituzionalismo moderno).

Punto nodale è che veri e propri limiti alla violenza si danno quando le questioni di legittimità riguardano sia i presupposti che i poteri. Il vero problema dell'esercizio della violenza sta sempre e solo nella sua legittimità e problemi di legittimità si pongono non solo sul fronte delle condizioni sostanziali di esercizio del potere, ma anche sul fronte del potere di violenza o meglio sul fronte dell'assetto dei poteri di esercizio della violenza.

I limiti all'esercizio della violenza devono senz'altro attenere al fronte sostanziale, ma devono attenere anche al fronte del potere. Se violenza illegittima è la violenza senza limiti, i limiti alla violenza si danno sia sul piano sostanziale che sul piano dei poteri. Limiti sostanziali senza limiti dei poteri sono limiti ineffettivi e limiti dei poteri senza limiti sostanziali sono mera finzione.

Ma forse potremmo dire qualcosa di più: soltanto quando i poteri vengono configurati in termini di legittimità (come vedremo, valorizzando la giurisdizione), risulta possibile attuare e rafforzare le condizioni sostanziali in termini di legittimità.

Ed infatti, il punto centrale che vorrei mettere in evidenza è ciò che definirei la svolta rivoluzionaria del costituzionalismo moderno, che, come vedremo, muovendo proprio dai poteri e valorizzando la giurisdizione, ha rafforzato le condizioni di legittimità come prima non era mai storicamente accaduto, con la conseguenza che, per quanto qui ci interessa, come già accennato, il costituzionalismo moderno ha finito per incidere anche sullo stesso concetto di violenza.

9. Le condizioni di legittimità della violenza prima del costituzionalismo.

La fase precedente al costituzionalismo si può distinguere in tre grandi periodi. Il primo è quello che ha visto la progressiva formazione degli Stati e va dal XIII secolo fino al XVII. Sul piano antropologico, punto di riferimento è l'uomo inserito in un contesto fisiologicamente sottoposto a limiti e a misura, limiti e misura imposti da Dio e dalla natura. Lo stesso uomo si considera espressione di queste realtà.

Sul piano sostanziale, non si può parlare di vera e propria elaborazione di condizioni di legittimità, anche perché la legittimità risulta – per così dire – intrinseca nel sistema e nella sostanza è offerta da un'idea di giustizia (Dio), connessa a un'idea di proporzione (armonia, misura), che si concretizza attraverso un'idea di corrispondenza. La risposta alla violenza è concepita in termini autenticamente retributivi, per cui non solo al male deve corrispondere il male, ma anche al bene deve corrispondere il bene. Ecco che vendetta e pena convivono, ma convivono anche risposte che non sono violente, paci e accordi. Aspetto di non poco conto sotto il profilo del rapporto tra diritto penale e violenza.

Più complesso il discorso riguardo alle questioni del potere. Il potere di violenza si trova originariamente collocato nelle mani dei privati, ma viene progressivamente concentrato nelle mani del pubblico. Inizia il passaggio dalla giustizia negoziale a quella egemonica, che a ben vedere significa un doppio passaggio e cioè un passaggio dalla vendetta alla pena ovvero dalla violenza privata a quella pubblica, ma anche un passaggio da possibili paci a risposte necessariamente violente con la scomparsa di trattative e accordi.

In questa fase gioca una funzione fondamentale la comparsa della giurisdizione, che, se, da un lato, determina un progressivo maggior controllo sull'esercizio della violenza tra privati, con conseguente rafforzamento delle condizioni sostanziali di legittimità; dall'altro lato, innesca un progressivo rafforzamento della giustizia pubblica che a ben vedere comporta un mero spostamento della violenza dalle mani private a quelle pubbliche. Detto in altri termini, la comparsa della giurisdizione si presta senz'altro a una doppia lettura. Da un lato, apre a questioni di potere in termini di legittimità con riferimento al potere di violenza tra privati che conosce limiti; dall'altro lato, determina un mero spostamento della violenza dalle mani private a quelle pubbliche, con la conseguenza che rispetto alla violenza pubblica non si pongono veri e

propri problemi di legittimità del potere, ma di mera legittimazione. Insomma, se la giurisdizione determina un controllo del terzo sulla violenza tra privati, tuttavia apre anche alla giustizia pubblica che invece è nella sostanza priva di un controllo.

L'inizio della seconda fase si ha con il definitivo consolidamento dello Stato. Sul piano antropologico, si assiste all'affermazione dell'individuo che, inserito in uno stato di natura, deve unirsi con gli altri individui nello Stato, il quale è la sola realtà in grado di garantire attraverso il monopolio della violenza quell'ordine che altrimenti non vi sarebbe: potremmo dire che fanno la loro comparsa lo Stato e i diritti dell'individuo, quasi in una logica di scambio, per cui allo Stato gli individui attribuiscono la violenza, lo Stato mediante violenza garantisce i diritti.

Sul piano sostanziale, emerge una concezione utilitarista della pena, più precisamente generalpreventiva, destinata nella sostanza a non conoscere limiti, perché la garanzia, si potrebbe dire, sta nel mero spostamento del potere, nel passaggio dalla vendetta alla pena.

Sul fronte del potere, si chiude quindi il passaggio della violenza dalle mani private a quelle pubbliche e quindi il passaggio dal negoziale all'egemonico. Ma la chiusura avviene tutta in termini di legittimazione, non di legittimità, perché il potere di violenza pubblico resta completamente sguarnito di limiti.

Il terzo e ultimo periodo è inaugurato dall'illuminismo e tutto il ragionamento si svolge ormai nella logica dello Stato, che non solo ha il monopolio della violenza, ma usa anche la pena come unica risposta all'illecito in una prospettiva di eguaglianza orientata ad eliminare privilegi. Inizia ad emergere la consapevolezza della necessità di limiti e garanzie anche nei confronti del potere pubblico. Sradicata definitivamente la violenza dalle mani private attraverso la creazione del monopolio pubblico, occorre anche qualcosa che limiti e controlli la violenza in mano pubblica.

Emerge con forza la prospettiva della legittimità, che induce ad elaborare ciò che potremmo definire il garantismo penale. Sul piano antropologico, affiancandosi alle libertà l'eguaglianza, assume rilevanza l'uomo nella sua prospettiva universale, portatore di diritti valevoli per tutti. Sul fronte sostanziale, ai diritti si affiancano anche principi di garanzia. Ma è sul fronte dei poteri che si determina una dinamica che deve essere ben compresa e monitorata. V'è la consapevolezza che gli stessi poteri devono essere limitati ovvero che il ragionamento di legittimità e garanzia deve estendersi anche al potere di violenza in mano pubblica. L'operazione è costituita da due passaggi: da un lato, la separazione dei poteri, per cui i poteri non possono essere concentrati in uno solo (anti-assolutismo); dall'altro lato, si individua nel legislatore il potere che di per sé è in grado di fornire garanzie ai consociati. L'idea di fondo è sottrarre il potere al sovrano come anche alla giurisdizione e di collocarlo nelle mani del legislatore destinato a subire un controllo democratico.

Ebbene, è in questa fase storica che si determina non solo la saldatura del potere di violenza pubblica nelle mani del legislatore, che altro non è che il potere politico, ma anche il duplice inganno che porta a ritenere che la democrazia possa costituire un limite alla violenza e a confondere la legittimazione democratica con la legittimità, ma ciò che è democraticamente legittimato non è detto che sia giusto e legittimo. Piuttosto, ciò che si indebolisce nell'assetto dei poteri è la giurisdizione, che invece costituisce l'unico

potere davvero in grado di limitare la violenza (non solo tra privati, ma anche rispetto all'esercizio da parte del potere pubblico).

Insomma, il garantismo che valorizza il legislatore non è in grado di mantenere l'impegno di garanzia che assume, proprio perché determina un mero spostamento della violenza, perché la valorizzazione del legislatore significa valorizzazione della democrazia, ma valorizzare la democrazia significa valorizzare la stessa politica che si dovrebbe limitare. Insomma, la legge democratica è democratica ma non è detto che sia giusta.

Nel garantismo penale alla fine si coglie una sorta di corto circuito. Forse potremmo dire qualcosa di più, per certi aspetti scioccante, ma alla fine corrispondente alla realtà delle cose: la matrice del populismo penale, che è il contrario del garantismo, è la stessa del garantismo. Populismo e garantismo valorizzano il legislatore e quindi la politica. Populismo e garantismo si alleano in una prospettiva anti-giurisdizionale che tuttavia, come vedremo, è la grande fonte di garanzia.

Ebbene, i disastri del Novecento si possono considerare il prodotto anche di questo inganno, sintetizzabile nel fatto che si è messo il potere nelle mani della politica, il potere per eccellenza da limitare, senza che in verità si potessero attivare limiti di garanzia sul fronte giurisdizionale.

10. Le condizioni dopo il costituzionalismo moderno.

Diverso dal garantismo è il costituzionalismo moderno dove presupposti sostanziali e assetto dei poteri sono pensati in termini di legittimità e garanzia, raggiungendo non solo un'autentica limitazione della violenza, ma addirittura, come accennato e come vedremo, una sua trasformazione.

Le innovazioni del costituzionalismo moderno sono molteplici e a nostro avviso di esse ancora non vi è piena consapevolezza tra gli stessi giuristi.

Qui vorrei evidenziare i passaggi più significativi, sia sul fronte dei poteri che su quello delle condizioni sostanziali. Sul fronte del potere, il meccanismo si può sintetizzare in questi termini. Da un lato, all'interno di fonti sovraordinate sono stati concentrati limiti e garanzie ovvero le condizioni sostanziali dell'esercizio di violenza (libertà, diritti, principi): questi limiti stanno quindi al di sopra della politica, che alla fine detiene il potere di violenza, ma non può disporre dei limiti. Dall'altro lato, organi giurisdizionali sono deputati a vagliare la conformità dell'esercizio del potere di violenza ai limiti e alle garanzie posti dalle fonti sovraordinate.

Più in dettaglio, anzitutto, non si può non precisare come il concetto di costituzionalismo non si limiti alla Costituzione nazionale, ma si estenda anche alla Convenzione EDU, alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, potendosi aggiungere anche la giustizia penale internazionale. Tutte queste fonti si possono considerare sovraordinate, si collocano su un piano che nella sostanza sta fuori dall'agone e dalla disponibilità politici, con la conseguenza che i contenuti e la funzionalità di questi impianti giuridici sono sottratti al potere politico di turno. E la sovraordinazione è diretta a limitare proprio la politica.

In secondo luogo, la straordinaria innovazione sta nell'assetto dei poteri che vede protagonista il potere giurisdizionale. La valorizzazione della giurisdizione è duplice. Anzitutto, si ha nella creazione della giurisdizione costituzionale – per così dire – in senso stretto, vale a dire della giurisdizione che per l'appunto vaglia la legittimità dell'esercizio del potere di violenza: Corte costituzionale, Corte EDU, Corte di giustizia dell'UE, Corte penale internazionale sono organi giurisdizionali che nella sostanza chiudono il sistema. Molto diverse nel loro modo di operare (si pensi che alla Corte costituzionale si accede soltanto mediante questione di legittimità sollevata da giudici, mentre la Corte EDU può essere adita direttamente da qualsiasi persona), tali giurisdizioni sono tuttavia tutte accomunate da questo ruolo: sindacare la legittimità dell'esercizio di violenza per ricondurlo ai limiti.

Si deve osservare come, se prima del costituzionalismo v'era soltanto la giurisdizione ordinaria che controllava l'esercizio della violenza da parte dei consociati sia nella forma dell'aggressione che nella forma della reazione, con il costituzionalismo si crea una giurisdizione *ad hoc*, quella costituzionale, che controlla l'esercizio della violenza da parte dello stesso ordinamento. Non solo, ma la Corte EDU giunge a vagliare lo stesso esercizio della giurisdizione nazionale, compreso l'esercizio della giurisdizione costituzionale.

Infine, viene valorizzata la stessa giurisdizione "ordinaria", la quale gioca un doppio ruolo. Da un lato, opera come giurisdizione – per così dire – tradizionale, deputata ad applicare la legge. E in questa prospettiva, il giudice risulta subordinato alla legge. Dall'altro lato, però, opera anche come giurisdizione costituzionale, nel senso che ha il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale allorquando si ritiene che la legge si ponga in contrasto con le libertà, i diritti e i principi del costituzionalismo. In questa prospettiva, il giudice non risulta più subordinato alla legge, ma per certi aspetti si colloca al pari della legge per guardare la legge avendo come punto di riferimento Costituzione. Ecco che il giudice è subordinato alla legge costituzionalmente legittima, mentre se la legge non è costituzionalmente legittima non è subordinato alla legge. Non solo, ma questo stesso assetto dei poteri è destinato anche ad incidere sugli stessi principi di garanzia, che sono destinati a subire significative trasformazioni.

Veniamo quindi proprio al piano sostanziale. Il costituzionalismo ribadisce libertà, diritti, principi di garanzia. D'altra parte, quanto meno all'interno del costituzionalismo nazionale italiano è avvenuto qualcosa di molto più significativo, perché, da un punto di vista antropologico, la nostra Costituzione non si è limitata a porre al centro l'individuo (le libertà e diritti) e l'uomo (eguaglianza formale), ma, attraverso l'eguaglianza sostanziale, ha valorizzato anche e soprattutto la persona. Si potrebbe dire che la grande cifra è costituita dal personalismo, il quale in definitiva significa la valorizzazione del singolo in carne ed ossa, unico e irripetibile, e che, quando – per così dire – si arriva a stringere sul fronte del bilanciamento, al fondo, in ultima istanza, la persona non può che venire prima dello Stato. Non solo i diritti preesistono allo Stato e quindi non è lo Stato che li crea, ma questi diritti portati all'interno dello Stato mantengono una loro prevalenza sulle istanze dello Stato: lo Stato incontra limiti invalicabili nella persona.

A me pare addirittura che si possa distinguere tra due diversi costituzionalismi, quello generalizzante o statalista, caratterizzato da una garanzia che si gioca ancora solo sul piano dei poteri, per cui i poteri si limitano attraverso i poteri, e un costituzionalismo personalista, che invece colloca al centro la persona, per cui è la stessa persona che limita il potere.

Il costituzionalismo statalista si caratterizza per limitare i poteri attraverso altri poteri. Garanzia come limitazione dei poteri mediante la limitazione tra poteri. Si potrebbe parlare di questa scansione: limiti ai poteri, potere limitato da altro potere, garanzia della persona. La logica del limite si gioca tutta tra potere legislativo, potere giudiziario, Corte costituzionale, potere esecutivo.

Vorrei dire che si è trattato del primo costituzionalismo e che il nostro costituzionalismo nazionale è ancora fortemente improntato a questo costituzionalismo statalista, anche in virtù della circostanza che il controllo di legittimità costituzionale è riservato soltanto alla legge.

Costituzionalismo personalista significa invece porre al centro del costituzionalismo la persona. Garanzia come limitazione dei poteri mediante la garanzia della persona. Si potrebbe parlare di questa scansione: limiti ai poteri, poteri limitati dalla persona.

Il costituzionalismo personalista pone al centro la persona, tende a limitare il potere con la persona, quindi tende a limitare tutti i poteri con la persona. Inoltre, è proprio grazie alla giurisdizione che la centralità della persona è garantita, tant'è vero che la stessa Corte costituzionale, che è Corte delle leggi, in parte diviene anche Corte dei diritti, mentre quella EDU, più che essere Corte dei diritti dell'uomo è Corte che prende in considerazione la persona nella sua concretezza.

11. Costituzionalismo personalista e riconfigurazione del sistema penale.

Ebbene, il punto che deve essere sviluppato e che a mio avviso non risulta ancora ben chiaro nemmeno a noi penalisti, è che questo assetto derivante dal costituzionalismo personalista è destinato a riconfigurare lo stesso diritto penale, inducendo a ripensarlo muovendo dalla persona.

Come ha scritto lucidamente, ma anche profeticamente, Mario Sbriccoli, a chiusura di un suo saggio fondamentale, «la penalistica italiana ha dinanzi un cammino certamente lungo, ma non è lontana la fase cruciale in cui dovrà prendere atto del fatto che molti degli strumenti culturali e ideologici di cui si è valsa, e ancora oggi si vale, diverranno inservibili. Essi infatti sono connaturati alle radici storiche, filosofiche e politiche dello “statalismo”, un modo di vedere le cose che, originato da una delle componenti ideologiche della Rivoluzione francese e cresciuto dentro le logiche dello Stato liberale europeo, è ancora il convinto assertore della “unicità del potere” e della “maestà della legge”. Da lì vengono i vizi dell’ordinamento penale, perché i poteri in realtà sono molti, mentre la legge, giunta da tempo al suo “punto del dinosauro”, non ha più niente di maestoso. Ma anche molti degli strumenti ideologici che usiamo per correggere quei vizi vengono da lì [ed ecco il punto]: si rischia che ci impediscano di

vedere, di capire, di porre rimedio. Fare i conti con questa incongruenza sarà la cosa più difficile»².

Ebbene, se prima del costituzionalismo il diritto penale è stato concepito muovendo dalla prospettiva della tutela della società e quindi dalla prospettiva del potere punitivo, oggi, attraverso il costituzionalismo personalista, non solo si deve prendere in considerazione la persona come limite al potere punitivo, ma addirittura si deve prenderla in considerazione come il punto di partenza dal quale sviluppare poi la punizione come forma di tutela della società. Insomma, il costituzionalismo moderno personalista impone di rovesciare la prospettiva.

Per secoli si è pensato al diritto penale muovendo dalla società, dalle esigenze di tutela, dallo Stato e poi ci si è occupati della persona in una prospettiva di limiti al potere punitivo in vista della tutela del singolo: tutelare la società tutelando il singolo. Oggi, grazie al costituzionalismo, è possibile iniziare a pensare al punire muovendo dalla persona e quindi da un penale che sia in grado non solo di tutelare la persona, ma anche di promuoverla, dovendoci poi occupare della tutela della società: promuovere la persona per tutelare la società. Insomma, tutelare la società senza tutelare la persona genera autoritarismo; ma anche continuare a vedere tutela della persona e tutela della società come confliggenti implica che si continui a concepire la penalità dalla parte del potere; diversamente, se si attribuisce un primato alla persona, gli stessi strumenti a tutela della società non potranno che assumere connotati differenti.

Mi si permetta di indugiare sul concetto di persona. L'individuo è la persona conchiusa e isolata concepita basandosi sulle libertà del singolo. Indispensabile per affermare la preesistenza di libertà e diritti, ma una volta che entra nello Stato si viene a creare una contrapposizione tra individuo e Stato dove il primo è destinato a soccombere soprattutto per il suo isolamento. L'uomo, derivante da una valorizzazione dell'eguaglianza, nella sua universalità compensa questo isolamento, ma proietta il singolo in una dimensione generale ed astratta, per certi aspetti anche assoluta, in parte spersonalizzante, e quindi suscettibile di manipolazione: si pensi al lato oscuro che presenta la categoria dei diritti umani e alla logica che porta a imporre l'eguaglianza. Non solo, ma individuo e uomo sono concepiti in una dimensione "generalizzante" che risulta perfettamente consentanea alla prospettiva generalizzante che caratterizza l'esercizio del potere da parte della politica.

La persona è il singolo in carne ed ossa, ciascun individuo che nella nostra Costituzione viene valorizzato a prescindere dalle etichette (eguaglianza formale), inserito nel contesto storico-sociale in cui vive (eguaglianza sostanziale), con la conseguenza che se questa persona muove da ostacoli e da difficoltà di carattere soprattutto economico-sociale, lo Stato si deve attivare per rimuoverle. Il concetto di persona incide quindi anche su quello di eguaglianza, valorizzando la dimensione sostanziale, non per imporre l'eguaglianza su un piano valoriale, ciò rappresentando

² M. SBRICCOLI, *Caratteri generali e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Tomo I, Milano, 2009, p. 670.

una negazione della persona, ma per indurre lo Stato a rimuovere quegli ostacoli di ordine materiale che impediscono agli individui di avere le stesse *chance*.

Ecco che, sul fronte penalistico, la persona non costituisce più “soltanto” un limite al potere punitivo, ma anche una realtà che lo Stato deve promuovere e valorizzare: a un personalismo di garanzia si aggiunge anche un personalismo di sviluppo, promozione, sostegno.

Inoltre, lo stesso concetto di persona necessita di essere meglio definito e precisato, perché su di esso possono stendersi valutazioni generalizzanti e quindi suscettibili di manipolazioni (si pensi ai concetti di vulnerabilità e di dignità della persona concepiti in termini generali ed astratti) oppure valutazioni che valorizzano autenticamente ciascuna persona in carne ed ossa, con conseguenze significative soprattutto riguardo alle problematiche etiche come ad esempio il fine vita, dove gli effetti “negativi” dei comportamenti si producono solo nella sfera giuridica della persona che tiene tali comportamenti.

Infine, dalla prospettiva del personalismo ricompare anche il ruolo della vittima, ma non per incrementare il punire, non nella prospettiva vittimo-centrica che idealizza la vittima e che poi altro non è che la strumentalizzazione dei dolori della vittima da parte della politica per incrementare istanze generalpreventive, ma per costruire percorsi altri rispetto al punire.

In conclusione, sempre in agguato è l’idea che per tutelare la società si debba comprimere, se non annientare l’individuo. Sempre più forte dovrebbe essere l’idea che il potere punitivo incontri limiti nella persona, per cui per tutelare la società occorre punire senza eccedere, tutelando così anche la persona. Modernamente ha fatto la comparsa l’idea che la stessa punizione deve migliorare la persona fuori da qualsiasi strumentalizzazione, raggiungendo comunque lo scopo di tutelare la società. Anche perché lo Stato, a ben vedere, è un gigante che non potrà mai essere messo in discussione dalla criminalità interna, soprattutto se criminalità di singole persone, mentre la “criminalità” delle singole persone potrà essere sempre strumentalizzata per rafforzare ancora di più lo Stato.

12. Costituzionalismo personalista e pena.

Veniamo quindi ai riflessi del costituzionalismo moderno personalista sulla pena e sulle sue funzioni, nonché sulla violenza.

Anzitutto, la collocazione della persona al centro del sistema riattualizza lo scandalo della violenza della pena. Si può distanziare e occultare la violenza quanto si ritiene, ma, alla fine, nella pratica ultima e definitiva, la violenza si abbatte sulla persona in tutta la sua violenza, pura e viva com’è ogni violenza che viene esercitata. E la violenza è di per sé disconoscimento e negazione della persona: il passaggio alla violenza, sia nell’aggressione che nella reazione, determina di per sé un disconoscimento della persona, non della dignità della persona come concetto astratto e ideale, ma della persona in carne ed ossa, della persona unica e irripetibile che subisce la violenza, perché l’esercizio della violenza fisica comporta dolore, sofferenza, intrinseca umiliazione e

degradazione derivante dal rapporto di sovra-ordinazione e subordinazione e quindi dal potere di dominio esercitato sulla persona da un'altra persona. Insomma, la violenza non valorizza, ma svilisce e avvilita. Si dirà che nella reazione l'esercizio della violenza risulta legittimo proprio perché risposta all'illecito, ma ciò giustifica la reazione, non la violenza. E come abbiamo visto lo scandalo della violenza è doppio: da un lato, lo scandalo per chi la subisce; dall'altro lato, lo scandalo per chi la esercita.

In secondo luogo, posto che la pena non può che svolgere una pluralità di funzioni (prevenzione generale, retribuzione, prevenzione speciale), del tutto consequenziale che in Costituzione non siano espressamente presenti la funzione di prevenzione generale e quella retributiva. Anzi, proprio nei confronti di queste funzioni che possono eccedere anche per il solo fatto che hanno come punti di riferimento qualcosa di diverso dalla persona (generalità dei consociati per quanto riguarda la prevenzione generale, un modello di uomo da parte della retribuzione), l'art. 27.3 prima parte sancisce il principio di umanità della pena, per cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. Disposizione tanto fondamentale in una prospettiva di limite, quanto pensata per operare in una prospettiva di pena basata sulla violenza. Tant'è vero che una concezione assoluta del principio di umanità della pena non potrà mai essere accolta, perché giungerebbe a dissolvere lo stesso concetto di pena basata sulla violenza.

È quindi soprattutto l'art. 27.3, nella seconda parte, a svolgere un ruolo davvero peculiare nel riferirsi alla funzione specialpreventiva: «le pene devono tendere alla rieducazione». Ed infatti, se la prevenzione generale guarda alla società; se la retribuzione guarda all'uomo come idea di uomo, la prevenzione speciale guarda invece alla persona, alla persona in carne ed ossa, a ciascuna persona.

Non solo, e questo è l'aspetto che maggiormente ci interessa, nel momento in cui fa riferimento al "devono tendere", l'art. 27.3 oltre a neutralizzare la strumentalizzazione insita nella rieducazione, mette in evidenza il cortocircuito che intercorre tra violenza e rieducazione, imponendo così anche una trasformazione del contenuto e della funzione della pena, per cui ciò che valorizza è una progettualità che va oltre la violenza finalizzata alla responsabilità. Potremmo dire di più, l'art. 27.3 deve essere letto assieme all'art. 27.1, che nel momento in cui parla di responsabilità riferita alla persona apre al concetto di autentica responsabilizzazione del reo, che, come vedremo, non può non passare dalla valorizzazione del concetto di libertà.

In particolare, circa la neutralizzazione dei rischi di strumentalizzazione, grazie al riferimento al "tendere", la rieducazione è priva di costrizione in un duplice senso. Da un lato, la pena non deve necessariamente ottenere il risultato, operando quindi entro i limiti della proporzione, ed evitando una manipolazione della personalità, perché altrimenti invece che "devono tendere", finiscono per "dover rieducare". Dall'altro lato, e conseguentemente, il progetto rieducativo non può essere imposto, ma soltanto offerto, potendo il reo sempre rifiutarlo.

Ma soprattutto, muovendo dal personalismo, la valorizzazione della rieducazione fa emergere una contraddizione di fondo: è possibile rieducare mediante violenza? Ebbene, a me pare molto difficile coniugare la violenza con la rieducazione, anzi, a ben vedere, la violenza finisce per essere incompatibile con la rieducazione.

L'incompatibilità sembra addirittura strutturale per almeno tre ragioni. Anzitutto, la rieducazione si basa sul dialogo, ma là dove c'è violenza non è possibile alcun dialogo, per cui il dialogo è possibile soltanto quando la violenza non è posta in essere o comunque è cessata. La violenza produttrice di dolore impedisce il dialogo, perché la possibilità di dialogo viene preclusa attraverso il dolore prodotto dalla violenza. Inoltre, difficile, se non impossibile, insegnare a non commettere violenza mediante l'esercizio della violenza. L'educatore assume lo stesso contegno dell'educando rispetto al quale l'educando deve essere rieducato, ma in questo modo dà l'esatto esempio contrario: si rimprovera per aver utilizzato la violenza, ma colui che muove il rimprovero perché si è utilizzata la violenza, non fa altro che utilizzare la violenza. Figuriamoci poi se l'esercizio di violenza risulta sproporzionato o pesantemente degradante. Infine, la violenza in quanto esercizio di violenza produttrice di dolore non è in grado di veicolare un messaggio di non violenza essendo tale messaggio contraddetto dalla stessa violenza. La violenza è violenza. Può essere accompagnata dalle parole, ma c'è uno iato tra la parola che accompagna la violenza e la violenza stessa, per cui la parola perde di rilevanza e di significato essendo negata dalla violenza.

In ambito penalistico, non si può fare a meno di osservare come dalla prospettiva della rieducazione sia lo stesso carcere ad entrare in crisi, per la semplice ragione che il suo effetto primario è inevitabilmente quello di desocializzare, ma come può esserci rieducazione là dove c'è desocializzazione? A dirlo sono oltretutto anche i numeri, che mostrano come il numero di coloro che tornano a delinquere è molto più alto tra chi ha scontato l'intera pena in carcere e chi invece ha scontato parte della pena in misura alternativa al carcere.

Ancora più a fondo si può osservare come nel carcere vi sia un duplice inganno prospettico. Anzitutto, la violenza assume una forma del tutto peculiare, perché, non comportando alcuna violenza fisica diretta e immediata, sembra lasciare margini di libertà. Nel carcere, ancora una volta, la violenza risulta occultata, ma c'è e abbondantemente, sia perché se non si vuole entrare nella cella ci si viene messi con la violenza, sia perché, e direi soprattutto, dalla cella non si può uscire, con la conseguenza che la violenza della cattività si apprezza nel momento in cui si reclama libertà. Insomma, la cattività lascia apparenti margini di libertà, apparenti spazi di libertà che inducono a ritenere che la violenza non sia poi così violenza.

Tuttavia, il carcere è violenza non solo per il suo potenziale impiego diretto; non solo per il totale dominio che si esercita sulle persone; ma anche perché è un pezzo di vita che viene sottratto alla persona per essere destinato ad altro rispetto a ciò che la persona è in quanto libera.

In secondo luogo, se, da un lato, v'è consapevolezza che il carcere di per sé, l'incarcerare fine a se stesso, il tenere chiusi in una cella, non rieduca, dall'altro lato, proprio anche per questa ragione, nel carcere è entrata la rieducazione nel senso di attività all'interno del carcere che dovrebbero indurre a impiegare il tempo di vita in termini positivi e migliorativi. Vero che la violenza non rieduca è anche vero che la violenza viene infarcita di contenuti non violenti ma trattamentali.

Tuttavia, si deve osservare come gli stessi trattamenti che si svolgono all'interno del carcere non siano in grado di determinare un'autentica rieducazione, perché non si

basano su un dialogo, ma su una prospettiva non solo e non tanto utilitaristica, ma piuttosto costrittiva, basata sulla logica “ti libero se”. Se da un lato si apre a trattamenti che sono diversi dalla violenza (es. partecipazione a un corso), dall’altro lato, il suo modo di funzionare tende ad essere basato sulla violenza e su modalità costrittive. Insomma, la circostanza che la persona si trovi comunque nel pieno dominio di un altro soggetto derivante dal potere che questi ha di liberare, inficia lo stesso concetto di rieducazione.

Siamo al dunque: il costituzionalismo personalista, nell’indicare la tendenza alla rieducazione, finisce per indicare una funzione di responsabilizzazione del reo, la quale si basa su un altro modo di punire rispetto alla violenza e in particolare rispetto al carcere.

13. Due precisazioni e tre corollari.

Precisazioni. Da un lato, non si può fare a meno del carcere. La prospettiva che ho provato a delineare non è abolizionista, né del carcere, né tanto meno della punizione, vale a dire della necessità di ricorrere comunque a sanzioni afflittive. La prospettiva proposta è semplicemente riduzionista, nella consapevolezza che per dare maggiore spazio alla persona, per impedire che la persona sia ridotta al suo reato e al suo “errore”, è indispensabile aprire a qualcosa di diverso dal carcere e integrare il punire con qualcosa che metta al centro le dinamiche relazionali. Dall’altro lato, e ancor più, non si può fare a meno della rieducazione nel carcere. Registrata la fortissima tensione, se non addirittura l’incompatibilità, che intercorre tra autentica rieducazione e carcere, ciò non significa che si debba rinunciare a progetti in carcere calibrati sulla persona, piuttosto significa che si deve rinunciare il più possibile al carcere. Là dove il carcere resta, il carcere si deve necessariamente ispirare alla rieducazione, perché mantiene viva la persona, impedisce il suo annientamento, costringe a prendere in considerazione il momento in cui il reo tornerà in libertà e quindi a non recidere mai il legame tra carcere e società, tra carcere e libertà.

Ciò precisato, se quanto abbiamo detto nel paragrafo precedente ha una sua plausibilità, se la tendenza alla rieducazione spinge nel senso di una responsabilizzazione, sul fronte della reazione al reato si danno almeno due corollari. Anzitutto, per quanto riguarda la reazione in senso stretto, il suo contenuto, essa non può più basarsi soltanto sulla violenza, ma deve basarsi su meno violenza possibile, se non addirittura su un qualcosa di diverso dalla violenza: insomma, occorre configurare un altro modo di punire, se non addirittura una reazione diversa dal punire. Ecco che la violenza deve divenire *extrema ratio*: non il penale, ma la violenza e poiché la massima espressione della violenza è il carcere, va da sé che il carcere debba divenire *extrema ratio*, con la conseguenza che, essendo il carcere cattività, occorre configurare e valorizzare un modo di punire in libertà. Non solo, ma si deve pensare anche a risposte che non siano necessariamente violente, ma che vadano al di là dello stesso concetto di punizione e in questa prospettiva si muove la giustizia riparativa.

In secondo luogo, la violenza della pena deve essere qualcosa di meno rispetto alla violenza del reato. Emerge cioè un nuovo concetto di proporzione basato non più sulla

corrispondenza tra il male cagionato e quello subito, ma su un qualcosa di meno, nel senso che la violenza della reazione della pena deve essere necessariamente inferiore a quella dell'aggressione del reato.

14. La violenza/carcere come *extrema ratio* ovvero un altro modo di punire: in libertà e valorizzando la giustizia riparativa.

Come emerge già dall'art. 27.3 Cost., non si può parlare più di pena identificata con il carcere, ma di pene al plurale, all'interno delle quali non si può che distinguere tra quelle che sono violente perché in cattività (carcere) e quelle che invece sono meno violente perché in libertà (alternative al carcere), distinzione quindi basata sulla capacità o meno di incidere direttamente sulla libertà della persona.

Ecco emergere un altro modo di punire che si dirige in due direzioni diverse. Da un lato, un modo di punire che è in libertà, nettamente distinto da quello che invece è caratterizzato dalla cattività. Punire in libertà significa responsabilizzare, autentica *chance*, lasciare la persona nella sua realtà sociale e relazionale in cui già vive, costruire una progettualità sulla persona. Non c'è "bene" se non in quanto frutto di una libera scelta, mancando la quale qualsiasi bene finisce per convertirsi in "male". Ecco che la giustizia imposta, coartata, costrittiva, coattiva perché "cattiva", in cattività, è destinata a fallire, mentre quella che si basa sulla libertà ha maggiori *chance* di affermarsi.

E la punizione in libertà può avvenire in più modi. Si può punire in libertà in concreto, vale a dire punire in comminatoria astratta con il carcere e fare intervenire l'alternativa una volta che si è commesso il reato, prendendo in considerazione la persona del reo. Oppure si può punire in libertà in astratto, vale a dire prevedere pene diverse dal carcere già nella stessa comminatoria edittale.

Si tratta di due ipotesi che hanno in comune la riduzione del carcere a favore del punire in libertà, ma che esprimono istanze e significati diversi. In entrambe le ipotesi, prima si punisce in libertà e poi, nell'eventualità della violazione del trattamento punitivo in libertà, si punisce in cattività, nel senso che il carcere torna a chiudere il sistema. Ma le due ipotesi sono molto diverse tra di loro. Le alternative in concreto restano connesse al carcere e lo trasformano, anche perché la scelta tra libertà e cattività è rimessa al giudice il quale finisce per basarsi sulla pericolosità sociale. Le alternative in astratto, invece, determinano una riduzione definitiva del carcere e si basano sull'idea che determinati fatti esprimono di per sé un minore disvalore che merita pene in libertà.

Dall'altro lato, si apre alla possibilità di andare oltre la stessa violenza e quindi la stessa punizione attraverso la giustizia riparativa. Non si tratta di sostituire il sistema giustizia penale con il sistema giustizia riparativa, piuttosto si tratta di prendere la consapevolezza che la giustizia penale non è in grado di avere cura delle relazioni compromesse attraverso la realizzazione del reato e del dolore che esso produce. È il personalismo che mette in evidenza questa dimensione del reato ed è la giustizia riparativa non violenta che se ne può far carico.

15. La proporzione. La proporzione della pena.

La reazione deve essere proporzionata al reato. Ma come si misura questa proporzione?

A me pare che si debba distinguere tra la proporzione della legittima difesa e quella della pena, tra la proporzione della violenza contestuale all'aggressione violenta e la proporzione della violenza differita rispetto all'aggressione violenta.

Iniziando l'analisi dalla reazione "differita", dalla pena, la proporzione personalista implica che la violenza della pena in reazione alla violenza del reato sia necessariamente inferiore. Nel costituzionalismo moderno personalisticamente orientato, lo stesso concetto di proporzione muta e non significa più che reato e pena devono essere – per così dire – eguali, ma piuttosto che la pena deve essere qualcosa di meno del reato.

Ed infatti, anzitutto si deve prendere atto che, a ben vedere, la proporzione della pena trova il proprio fondamento non tanto nelle funzioni della pena, ma piuttosto nella stessa persona. Dalla prospettiva della prevenzione generale, la proporzione non opera. Anche là dove si apre a valutazioni razionali di coerenza del mezzo rispetto allo scopo, la proporzione non è comunque adatta a limitare la prevenzione generale, sia perché non si è in grado di compiere misurazioni empiriche, sia perché l'effetto generalpreventivo si fonda su un'intrinseca disfunzionalità che dà luogo al carattere afflittivo della pena: è l'inutilità del contenuto afflittivo che consente di percepire la pena come un male destinato a generare paura e intimidazione.

Dalla prospettiva della retribuzione, per cui al male cagionato dall'uomo deve corrispondere un male esercitato sull'uomo autore del male, la proporzione è più apparente che reale, perché nella retribuzione la reazione finisce per mutuare il male dall'aggressione e per inseguirlo, potendosi fare nella sostanza disumana quanto è disumano il male dell'aggressione.

Ma anche il rapporto tra proporzione e funzione rieducativa della pena risulta decisamente distonico soprattutto se, come abbiamo visto, è connesso al carcere, per cui prende corpo la logica del "ti libero se".

Ecco che la proporzione deriva soprattutto dal principio della personalità della responsabilità penale, per cui affinché la responsabilità penale sia personale è indispensabile che la pena sia proporzionata.

Ebbene, in presenza di pene in libertà, il problema della proporzione continua a porsi, ma in termini molto diversi in ragione del contenuto della reazione che per l'appunto è in libertà. La pena in libertà muove da un'afflittività strutturalmente molto ridotta proprio in ragione dell'assenza della dinamica costringitiva e degli effetti desocializzanti che invece caratterizzano il carcere.

Problemi invece si pongono là dove si continua a impiegare il carcere. Rispetto al carcere la grande questione diviene: la proporzione della violenza della reazione differita è in grado di compensare il disconoscimento della persona che si compie mediante l'esercizio della violenza? Ebbene, le condizioni di legittimità di esercizio della violenza non eliminano l'esperienza di violenza esercitata sulla persona, portando ancora una volta a una sostanziale identificazione tra violenza reattiva e aggressione.

Anzi, non si può fare a meno di osservare come la pena carceraria esprima un'altissima afflittività, anche proprio in ragione della sua strutturale disfunzionalità rispetto alla rieducazione che dovrebbe legittimarla.

Permane pertanto quella dimensione di eguaglianza/equivalenza tra violenza cagionata e violenza subita, che pone l'ordinamento sullo stesso piano dell'autore. Insomma, da una prospettiva rigorosamente personalistica la violenza legittima mantiene un suo indiscusso e inestirpabile disconoscimento della persona derivante proprio dalla circostanza che ciò che si esercita altro non è che violenza.

Se quanto detto è vero, la violenza legittima della reazione differita, indispensabile e ineliminabile, deve esprimere qualcosa di meno della violenza dell'aggressione. Il personalismo impone che la violenza della reazione sia inferiore alla violenza dell'aggressione. Reato e pena finiscono per differenziarsi per una componente qualitativa, per cui la pena deve essere qualcosa di meno del reato. Si tratta di un nuovo modo di concepire la proporzione, per cui la pena è legittimamente proporzionata al reato quando ha in sé una violenza minore rispetto a quella che caratterizza il reato.

Ebbene, si deve ritenere che questa nuova configurazione del principio di proporzione sia oggi costituzionalizzata, essendo ricavabile dall'abolizione della pena di morte e delle pene corporali che vanno a incidere direttamente sul corpo della persona. Se infatti la pena di morte era la risposta per chi cagionava la morte, l'abolizione della pena di morte significa che alla morte lo Stato non può rispondere con la morte, ma con una pena di violenza minore³.

Ecco che in questa prospettiva anche la pena dell'ergastolo finisce per essere illegittima, non soltanto per le molteplici problematiche "tecniche" che si possono prospettare, ma soprattutto per due ragioni personaliste.

In particolare, sul piano tecnico, anzitutto, pone problemi l'idea che la legittimità dell'ergastolo sia connessa alla *chance* della liberazione condizionale, perché può accadere che, non applicandosi la liberazione condizionale, un ergastolo risulti comunque concretamente effettivo e quindi il carcere sia effettivamente a vita. Si dirà che la mancata applicazione della liberazione deriva dalla responsabilità del reo che non ha saputo cogliere la *chance*.

Ecco che il ragionamento non si può che spostare proprio sulla *chance* che viene offerta, la quale è connessa al ravvedimento, presupposto della liberazione condizionale. Se l'applicazione della liberazione condizionale evita la perpetuità rendendo legittimo l'ergastolo, la *chance* di liberazione si concretizza nell'applicabilità della liberazione condizionale ovvero nell'offerta di ravvedimento.

Ma in cosa consiste questo ravvedimento? Nell'avvenuta rieducazione? Se così è, una volta raggiunto il ravvedimento, la pena dovrebbe cessare la sua funzione. Non solo, ma, a ben vedere, la liberazione finisce per essere connessa all'effettivo raggiungimento del risultato della rieducazione, con la conseguenza che la pena cessa di "tendere alla

³ E siccome la pena di morte è stata sostituita oggi dall'ergastolo, la pena dell'ergastolo può essere comminata solo in presenza di reati che cagionano la morte. Illegittima quindi la pena dell'ergastolo per il reato di tentata devastazione, saccheggio o strage di cui all'art. 285 c.p., reato per il quale è stato condanno all'ergastolo Cospito.

rieducazione”, per divenire strumento di necessaria rieducazione, tant’è vero che se l’ergastolano non si è ravveduto, continua a restare in carcere.

Si può quindi sostenere che il ravvedimento non si basa sulla rieducazione, ma sulla pericolosità sociale. Se è così, l’ulteriore esecuzione dell’ergastolo non è una pena, ma diviene nella sostanza una misura di sicurezza per l’imputabile, con l’ulteriore paradosso che cambia l’etichetta, ma la sostanza, oltretutto carceraria, resta totalmente identica. Ponendosi un’esigenza di periodica revisione della pericolosità, ma soprattutto un problema della compatibilità di una misura di sicurezza per l’imputabile, oltretutto carceraria, con il principio di proporzione.

In secondo luogo, l’ergastolo è una pena fissa che impedisce l’individualizzazione della pena. Non ci si faccia ingannare dalla circostanza che la sua durata è mobile, visto che è connessa alla durata della vita di una persona, ma la quantificazione della pena da parte del giudice è preclusa, in quanto è preclusa la commisurazione della pena. E ancora una volta, se si possono dare due fatti oggettivamente eguali, tuttavia, sul piano della persona, i fatti non possono che essere differenti, perché non esistono due persone uguali, reclamandosi così la commisurazione.

Infine, l’ergastolo è pena che contrasta con il principio di rieducazione nel momento in cui è in concreto perpetuo: non solo perché rompe per sempre i legami con la società; non solo perché non si può parlare di rieducazione rispetto a una pena che non rimetterà mai in libertà e nella società; ma anche perché, come abbiamo visto, non “tende” ma pretende e quindi impone l’effettiva rieducazione. Ecco che il ragionamento per cui l’ergastolo come pena astratta è legittimo in quanto in concreto si può applicare la liberazione condizionale, può essere rovesciato e ritenersi che l’ergastolo come pena astratta è illegittimo nel momento in cui nella sua astrazione contiene la possibilità che si possa concretizzare come pena perpetua connessa alla mancata rieducazione o alla permanenza di pericolosità.

Ma soprattutto, come accennato, al di là di queste problematiche tecniche, sono due le ragioni personalistiche che rendono l’ergastolo illegittimo. Da un lato, l’ergastolo finisce per inchiodare il reo al tempo della commissione del reato e per esaurire la sua persona nel reato. La persona viene congelata al momento del fatto, immortalata in quell’istante e da quell’istante non potrà mai più uscire, nonostante che la sua persona, soggetta al tempo e al divenire, sia destinata a cambiare. Dall’altro lato, si tratta di una pena disumana assimilabile alla pena di morte, perché negazione della vita. Certo, se concepiamo la vita in termini soltanto biologici, concludiamo nel senso che l’ergastolo non è una pena di morte. Ma se noi concepiamo la vita in termini autenticamente personalistici, nella sua dimensione necessariamente relazionale, nella libertà di relazione con l’altro, l’ergastolo, in quanto isolamento perpetuo dalla società e dalle relazioni, e quindi negazione di libertà e responsabilità, nega l’umanità.

Ecco che l’ergastolo risulta una pena sproporzionata, proprio perché l’esercizio della violenza coincide con la vita del reo, riducendo così la persona al suo reato.

15.1. La proporzione della legittima difesa.

Riguardo alla legittima difesa, il ragionamento della proporzione assume connotati del tutto peculiari, per cui, da un lato, quando si subisce un'aggressione diretta a cagionare la morte, la reazione della legittima difesa finisce per essere, per certi aspetti, addirittura superiore rispetto alla violenza dell'aggressione; dall'altro lato, però, quando si subisce un'aggressione meramente patrimoniale che non pone in pericolo la persona, la violenza della reazione non può mai comportare una violenza che compromette il bene della vita.

Sotto il primo profilo, a me pare che la proporzione della legittima difesa si caratterizzi per una sorta di eccedenza – per così dire – strutturale, nel senso che la legittima difesa che si deve ritenere proporzionata si basa su una violenza caratterizzata da un ineliminabile *quid pluris* rispetto a quello dell'aggressione.⁴

A ben vedere, infatti, non si può non scorgere una differenza tra la proporzione della legittima difesa che deve contrastare un'aggressione attuale e perdurante e la proporzione della vendetta/pena che invece riguarda un'aggressione esaurita e che quindi consiste in una violenza differita.

La reazione in legittima difesa può consistere in una reazione che sopravanza quella dell'aggressione, proprio perché si deve vincere una violenza in atto. La componente di fisiologico e strutturale eccesso che contraddistingue la reazione della legittima difesa deriva dall'attualità e perduranza della violenza dell'aggressione, che per essere respinta e vinta necessita di una violenza contraria fisiologicamente superiore. Ecco che alla violenza orientata alla morte della vittima, che non si realizza, la reazione può legittimamente orientarsi alla morte dell'aggressore che alla fine si realizza in termini effettivi.

Se tutto questo è vero, punto decisivo è che mentre, come abbiamo visto, la pena non ammette la morte, la legittima difesa ammette la morte dell'aggressore allorquando si tratta di difendere il bene della vita. Si potrebbe dire che oggi la morte come reazione è ammessa soltanto all'interno della legittima difesa. E anche questo si ricava oggi dal costituzionalismo e in particolare dall'art. 2.2 CEDU, che sancisce «la morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza [alla violenza] resosi assolutamente necessario: a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale».

Ma se tutto questo è vero, ecco che, sotto il secondo profilo, lo stesso art. 2.2 CEDU impone anche che in assenza di un'aggressione violenta, come ad esempio le mere aggressioni al patrimonio prive di un pericolo per la vita e l'incolumità del titolare dei beni aggrediti, la legittima difesa non può mai trasmodare nella morte dell'aggressore.

⁴ Ciò spiega la critica che viene spesso rivolta alla giurisprudenza, allorquando afferma la sussistenza di un eccesso nella legittima difesa per la semplice ragione che la reazione ha cagionato la morte: se, da un lato, il rigore si giustifica in ragione dell'offesa alla vita di una persona, dall'altro lato, anche per la complessa dinamica derivante dalla necessità di affrontare un'aggressione in atto, tale rigore entra in crisi. Bene quindi l'idea di valorizzare eventuali scusanti.

16. La violenza alla persona come limite alle scelte di criminalizzazione. Cenni.

Prima di chiudere, un'osservazione finale, che meriterebbe peculiare sviluppo, ma che qui, anche solo per ragioni di spazio, possiamo soltanto accennare.

Collocare la persona al centro del diritto penale ha conseguenze non soltanto sulla violenza della pena, ma anche sulla violenza del reato e dell'incriminazione, per cui è soprattutto in presenza di un'aggressione basata sulla violenza alla persona che ha senso esercitare una reazione basata sulla violenza alla persona.

Si apre il tema dei limiti nelle scelte di criminalizzazione, sempre difficili da definire: da un lato, le scelte di criminalizzazione sono la massima espressione delle scelte operate dal potere politico; dall'altro lato, il costituzionalismo non può non limitare le scelte di criminalizzazione, soprattutto là dove tendono a farsi addirittura liberticide. Il punto diventa: quale criterio impiegare per vagliare la legittimità delle scelte di criminalizzazione?

Di recente si è svolto un dibattito che ha visto contrapposte due visioni: una che valorizza il concetto tradizionale di bene giuridico⁵ e una che invece valorizza il concetto dei diritti alla persona⁶. Entrambe queste posizioni hanno l'obiettivo di individuare limiti di garanzia nelle scelte di criminalizzazione e presentano pregi e difetti. Entrambe però hanno un limite comune, e cioè finiscono per muoversi in una prospettiva pur sempre generalizzante ed astrattizzante che lascia poi ampi margini di manipolazione al potere politico. Il concetto di bene giuridico è un concetto di per sé, strutturalmente, manipolabile: si pensi ai concetti di ordine pubblico, sicurezza pubblica, tranquillità pubblica utilizzati per giustificare qualsiasi incriminazione particolarmente anticipata anche da parte della stessa giurisprudenza costituzionale. Il concetto dei diritti alla persona presta invece il fianco a due limiti che vanno in direzione opposta: da un lato, restringe troppo perché vi sono esigenze di tutela molto più ampie degli stessi diritti; dall'altro lato, nel momento in cui ci si riferisce alla persona, senz'altro si concretizza e si restringe, ma in termini parziali, perché il riferimento al diritto diviene concetto bilanciabile.

A me pare che le due prospettive debbano essere fuse, affermando che il diritto penale deve anzitutto tutelare *i beni della persona*, nel senso che la tutela si deve dirigere anzitutto alla persona in carne ed ossa, alla sua realtà fisica e morale di persona unica e irripetibile, così come le offese a realtà diverse dalla persona devono comunque caratterizzarsi per un profilo che non esito a definire di concretezza, se non addirittura di materialità, destinato a incidere sulla vita concreta delle persone.

Valorizzare i beni della persona nelle scelte di criminalizzazione ha due conseguenze. Da un lato, determina una concretizzazione che consente di contenere il più possibile il rischio di manipolazione dei beni giuridici tutelati. Certo, poi si potrà porre anche l'esigenza di tutelare beni come l'ordine o la sicurezza pubblici, ma essendo lontani da un'offesa concreta ai beni della persona, ai fatti che offendono questi beni

⁵ A. CAVALIERE, "Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale, in *Sistema penale*, 16 ottobre 2023.

⁶ F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti alla persona*, in *Sistema penale*, 15 marzo 2023.

“astratti” non si può rispondere con la violenza alla persona e quindi con la pena. Insomma, potranno venire in gioco illeciti punitivi amministrativi sanzionati con la pena pecuniaria, più che il reato punito con il carcere.

Dall’altro lato, quando vengono in gioco libertà (soprattutto politiche, come quelle del pensiero, di riunione, di associazione, di sciopero), il criterio che distingue tra l’esercizio di libertà e condotte che invece esprimono disvalore è costituito dal passaggio dalle parole ai fatti, vale a dire dalle parole al pericolo di offesa di beni della persona ovvero al pericolo di esercizio della violenza. Individuare il passaggio alla violenza come criterio di disvalore significa configurare un ordinamento in termini autenticamente democratici, perché impedisce di entrare nella valutazione degli scopi per i quali le libertà vengono esercitate e di concentrarsi invece sulle modalità e i mezzi di esercizio delle libertà quali che siano gli scopi che s’intendono perseguire.

Non solo, ma là dove l’offesa alla persona non è particolarmente grave, perché non consentire un confronto diretto tra le persone e fare intervenire lo Stato in seconda battuta? Perché la gestione della violenza non può essere rimessa direttamente nelle mani dei protagonisti della vicenda criminosa? Si pensi alla querela.

17. Violenza/pena nell’arte.

Impossibile dar conto di tutte le volte in cui l’arte si è occupata di violenza e di pena. Tante le opere e tante le prospettive. Muovendo dall’*Orestea* di Eschilo, passando dall’*Amleto* di Shakespeare e dai *Miserabili* di Victor Hugo, fino ai film di *Arancia Meccanica* e *Full metal jacket* di Stanley Kubrik, potremmo dire che tutte le opere artistiche più significative alla fine si occupano anche di giustizia e di pena.

Certo, un posto particolare, soprattutto nella modernità, occupano proprio i due film di Stanley Kubrik dove, potremmo dire senza che possa residuare alcuna speranza, si evidenzia come nel sistema criminale e in quello della guerra la violenza sia così totale e onnipresente e impossibile da rifuggire, che anche quando si vuole fare del bene si finisce per impiegare la violenza: paradigmatica la scena finale di *Full metal jacket*.

Qui mi vorrei soffermare su tre opere in particolare. Anzitutto, sul racconto di Franz Kafka *Nella colonia penale*, l’opera che, a mio avviso, si è maggiormente occupata della questione della violenza nella pena. Non del potere punitivo e della sua distribuzione, non della distinzione tra vendetta e non vendetta, né del tema della violenza della pena con efficacia espiatoria, ma della pena in quanto violenza, mettendo in evidenza esattamente il cortocircuito che intercorre tra la violenza e la pena, per cui se la pena è violenza, si sappia che la pena non è in grado di fare giustizia perché la violenza ha già in sé il germe dell’ingiustizia.

In secondo luogo, vorrei rapidamente accennare al saggio *La persona e il sacro* di Simone Weil, integrato con *Delitto e Castigo* di Fedor Dostoevskij: due opere che consentono di comprendere come la pena basata sulla violenza e sul dolore si possa coniugare soltanto con la funzione dell’emenda, la quale, tuttavia, oltre ad essere incompatibile con uno Stato laico, risulta incompatibile con qualsiasi costrizione e quindi

con qualsiasi istituzione, potendo essere perseguita soltanto spontaneamente, attraverso l'auto-assunzione della violenza e del conseguente dolore su di sé.

17.1. Nella colonia penale di Franz Kafka.

Nella colonia penale la giustizia si realizza attraverso una macchina particolare, perché «è all'erpice che viene affidata la vera e propria esecuzione della sentenza»: il comandamento che il condannato ha violato gli viene scritto sul corpo con l'erpice.

L'ufficiale che deve eseguire la pena descrive la macchina al viaggiatore poco prima che venga utilizzata per un soldato sul corpo del quale verrà scritto "onora il tuo superiore", avendo egli commesso un'insubordinazione.

L'erpice comincia a scrivere; appena ha completato il primo tracciato dell'iscrizione sulla schiena dell'uomo, lo strato di ovatta scorre e fa rotolare lentamente il corpo sul fianco per offrire nuovo spazio all'erpice [...] Così incide sempre più in profondità, per dodici ore di seguito. Durante le prime sei ore il condannato vive pressappoco come prima, con la sola differenza che soffre [...] Alla sesta ora, come diventa silenzioso l'uomo! Nel più ottuso spunta l'intelligenza. Comincia a manifestarsi intorno agli occhi e da lì si diffonde [...] Null'altro avviene, salvo che l'uomo comincia a decifrare lo scritto, stringe le labbra come se stesse in ascolto. Lei ha visto, con gli occhi non è facile decifrare la scrittura; ma il nostro uomo la decifra con le sue ferite. Si tratta però di un lavoro faticoso; gli occorrono sei ore, per portarlo a termine. Ma poi l'erpice lo squarta passando da parte a parte e lo getta nella fossa⁷.

Dopo alcuni dialoghi e descrizioni e scene ulteriori, all'improvviso il rovesciamento di scena. L'ufficiale libera il soldato e, inserita nella macchina la scrittura del comandamento "sii giusto", si sottopone egli stesso alla macchina che, messasi in moto, inizia a disgregarsi.

Il viaggiatore [...] era molto turbato; era evidente che la macchina si stava disgregando [...] L'erpice non scriveva, trafiggeva soltanto, e il letto non faceva ruotare il corpo, ma si limitava ad alzarlo e a spingerlo, vibrando, contro gli aghi. Il viaggiatore voleva intervenire, fermare possibilmente tutto quanto, questa non era più tortura, come l'intendeva l'ufficiale, ma un vero e proprio assassinio [...] quasi contro la sua volontà, [il viaggiatore] vide la faccia del cadavere. Era come era stato da vivo; non vi si poteva scorgere nessun segno della liberazione promessa; quello che tutti gli altri avevano trovato nella macchina, l'ufficiale non l'aveva trovato; le labbra erano strette, gli occhi erano aperti, avevano l'espressione della vita⁸.

⁷ F. KAFKA, *Nella colonia penale*, Venezia, 1993, p. 77.

⁸ F. KAFKA, *Nella colonia penale*, cit., p. 119.

Ebbene, il racconto non si occupa né di pena di morte, né di pena *tout court*, ma si occupa specificamente della violenza della pena, mettendo in evidenza non solo come la violenza altro non sia che violenza, ma anche che insito nella pratica della violenza v'è il germe dell'ingiustizia. Non può esservi giustizia là dove c'è violenza, perché la violenza non fa altro che incidere sul corpo della persona. L'intelligenza che spunta alla sesta ora, altro non è che il puro dolore. Ma la critica va ancora più a fondo proprio nella logica della rieducazione "esterna", mostrando l'incompatibilità tra la violenza e la possibilità di dialogare con l'uomo attraverso la costrizione e il dolore. L'apparato diretto a rieducare mediante la violenza, proprio perché violenza e costrizione, non è in grado di perseguire alcuna rieducazione.

Tant'è vero che è proprio nel tatuare la parola "sii giusto" (il comandamento violato dall'ufficiale gestore della macchina e della violenza), che la macchina s'incepta e crolla. Nel momento in cui il sistema viene "verificato" alla luce della giustizia, nel momento in cui il sistema deve tatuare "sii giusto" sul gestore della violenza, il sistema si disintegra e la giustizia non è fatta. La giustizia che pratica violenza si illude di essere giustizia, mentre è solo violenza, venendosi così a identificare la morte da reato con la morte da pena: in entrambe le ipotesi si tratta di assassinio, l'erpice non scrive più, ma trafigge soltanto.

17.2. *Violenza ed emenda in Simone Weil e in Fedor Dostoevskij.*

Per quanto riguarda il rapporto tra violenza ed emenda, proprio in quanto la violenza è produttrice di dolore, essa mantiene una connessione con la funzione di espiazione della pena. L'espiazione della colpa, derivante dalla comprensione del male per riappropriarsi del bene, è l'unica funzione della pena che si basa sulla violenza e la giustifica. Il dolore della violenza prodotto attraverso l'aggressione e il male viene riprodotto mediante la violenza della reazione. Attraverso il male e il dolore come esperienza, la persona che subisce la violenza comprende il male commesso. L'esperienza del dolore è l'unica esperienza totalmente propria, che non può essere condivisa e rispetto alla quale gli altri nulla possono fare e che mette nelle condizioni di assumere la prospettiva dell'altro.

Pagine fondamentali in questa prospettiva sono state scritte da Simone Weil, la più grande sostenitrice della non violenza e che tuttavia ammette la violenza proprio soltanto nella pena in una prospettiva di espiazione. Scrive Weil nel saggio *La persona e il sacro*:

In questo consiste il castigo. Coloro che sono divenuti estranei al bene al punto di cercare di diffondere il male intorno a sé possono essere reintegrati nel bene soltanto se si infligge loro del male. Bisogna infliggerne fino a quando si svegli in fondo a loro stessi la voce perfettamente innocente che dice con stupore: "perché mi viene fatto male?". Bisogna che questa parte innocente dell'anima del criminale riceva del nutrimento e cresca, fino a costituirsi essa stessa in tribunale all'interno dell'anima, per giudicare i crimini passati, per condannarli, e in seguito, con il soccorso della grazia, per perdonarli.

L'operazione del castigo è allora ultimata; il colpevole è integrato nel bene, e deve essere pubblicamente e solennemente reintegrato nella città [...] Il castigo è unicamente un procedimento atto a fornire del bene puro a uomini che non lo desiderano; l'arte del punire è l'arte di destare nei criminali il desiderio del bene puro tramite dolore e persino tramite la morte⁹.

Un pensiero forte, che a nostro avviso è del tutto coerente con la visione di Weil, e che forse in parte eccede soltanto là dove non scioglie con chiarezza se sia ammissibile la possibilità di un'emenda attraverso la costrizione, ma che torna ad essere perfettamente coerente se si leggono quei passi del suo pensiero in cui la dimensione "sacra" deve penetrare nella punizione dello Stato (a differenza di quanto sostenuto da Walter Benjamin).

Ecco che il pensiero di Simone Weil deve essere – per così dire – integrato con quello di Fedor Dostoevskij, magistralmente esplicito in tante sue opere, ma soprattutto in *Delitto e castigo*¹⁰.

Raskolnikov ha realizzato il delitto perfetto, ma non può non confessare il proprio delitto e quindi "auto-sottoporsi" alla propria condanna. Non per rimorso, che implicherebbe un senso di pietà che gli è totalmente estraneo, ma perché il delitto gli ha mostrato che nel superamento del limite non c'è nulla che possa fare dell'uomo un superuomo, restando invece un uomo interamente uomo. Anzi, il superamento del limite ha mostrato l'esatto contrario, vale a dire il valore del limite, proprio perché una volta che il limite è superato, nulla cambia. Più a fondo, il superamento del limite mette in evidenza Sonia, l'anti-superuomo, la superdonna, che gli mostra come la potenza stia nell'esatto contrario della violenza della morte, nell'amore, per certi aspetti altro dal limite e illimitato. E se c'è solo male e perdizione nel male prodotto, bene e salvezza possono esserci soltanto nell'amore che si raggiunge attraverso il castigo, il male e il dolore. Ecco che sarà il dolore derivante dall'internamento e che alla fine Raskolnikov sceglie, a gettare nuova luce sulla figura di Sonia, davanti alla quale, nelle ultime pagine del libro, l'uomo si getterà ai suoi piedi, abbracciandole le ginocchia.

Insomma, in Dostoevskij il castigo, vale a dire la violenza produttrice di dolore, è necessario per ogni delitto, ma lo è non perché il delitto debba essere punito dall'esterno come fa lo Stato, ma piuttosto perché è il dolore che dall'interno libera e rigenera la coscienza dell'uomo. Se il male è frutto della libertà, solo il castigo può restituire la libertà: «la libertà è necessariamente collegata con l'espiazione; la libertà ha portato l'uomo sulla via del male. Il male è una esperienza della libertà, e deve portare all'espiazione. Nel male generato dalla libertà, la libertà perisce, e trapassa nel suo opposto. L'espiazione ristabilisce la libertà dell'uomo, gli restituisce la libertà [...] Dostoevskij in tutti i suoi romanzi porta l'uomo attraverso questo processo spirituale, attraverso la libertà, il male e l'espiazione»¹¹.

⁹ S. WEIL, *La persona e il sacro*, Milano, 2012, p. 50.

¹⁰ In argomento, merita di essere segnalato anche il film *Mission* per la regia di Roland Joffé.

¹¹ Così magistralmente N. BARDJAEV, *La concezione di Dostoevskij*, Torino, 2002, p. 72.

Un castigo che non può essere imposto dall'esterno, ma soltanto autoimposto, frutto di libera scelta, perché è il male fatto che toglie la libertà e soltanto il male del castigo liberamente scelto comporta una liberazione dal male¹².

Ecco che la pena dello Stato non potrà mai produrre un effetto di espiazione. Non solo e non tanto perché lo Stato è laico e non si può occupare della "inverificabile" interiorità dei consociati con inammissibili rischi moralistici, quanto piuttosto perché il male deriva dalla costrizione e dalla negazione della libertà: alla costrizione del male fatto si aggiungerebbe la costrizione del male pena, negandosi così doppiamente la libertà. L'espiazione è possibile solo in presenza di una libera scelta, vale a dire di un castigo, di un male e di un conseguente dolore che non sono imposti, ma ai quali il reo si auto-sottopone liberamente e attraverso questa libera auto-sottoposizione si libera dal male.

Potremmo dire che ancora una volta ha senso punire se si punisce in libertà.

¹² Per questo il sacrificio di Cristo non può che essere una libera scelta: «allontana da me questo calice! Però non ciò che voglio io, ma ciò che vuoi tu» (Marco 14,36), altro non significa che Cristo sceglie liberamente di attuare la volontà del Padre.