

Verso la fine della pena come retribuzione?

In occasione dei settecento anni dalla nascita di Dante Alighieri¹

di Giovanni Salvi

procuratore generale presso la Corte di Cassazione

La Corte costituzionale ha riaffermato la centralità della funzione rieducativa della pena e la contrarietà ai principi costituzionali dell'ergastolo che duri effettivamente l'intera vita. Nella stessa direzione si indirizza la Commissione Lattanzi, suggerendo un sistema delle pene differenziato, che guardi alla riparazione del tessuto civile, violato dal delitto, e che dia pieno riconoscimento al ruolo delle vittime. Le "misure alternative" cessano di essere definite in opposizione alla pena detentiva, pena per antonomasia, e divengono un articolato sistema di punizione/riparazione.

Negli stessi giorni, tuttavia, riemergono dal passato coloro che, macchiatisi di gravissimi delitti di terrorismo, si erano sottratti alla punizione. Essi invocano l'*amnesia*, affermando che sono ormai persone diverse da quelle condannate decenni fa, in un contesto della società del tutto diverso, e che l'esecuzione della loro pena, ora, non si giustificerebbe.

Eppur essi sono responsabili di lutti e sofferenze che non si sono estinti. Le vittime e i loro familiari (anch'essi vittime dirette) chiedono di poter uscire dalla fissità del giorno del delitto, in cui l'azione violenta li ha costretti, e chiedono che i colpevoli si confrontino con le loro responsabilità, cioè che essi paghino e che le loro azioni vengano retribuite.

Sembra dunque che l'antica disputa sulla pena come retribuzione si riaccenda. Quando si parla di retribuzione, il pensiero corre subito a Dante e al contrappasso. Tanto si è discusso, e per secoli, di questo argomento che non è esercizio retorico delimitare i confini in cui si è in grado di parlarne. Al tempo stesso, il riemergere prepotente di temi così essenziali alla Commedia, fa sì che discuterne guardando a Dante sia omaggio alla grandezza del poeta ma insieme strumento per penetrare i molti e diversi significati della retribuzione.

L'attenzione alle vittime è ormai acquisita. Un tempo relegate al ruolo secondario della pretesa risarcitoria, hanno acquisito oggi lo status pieno di soggetti del processo. Si rischia però di perdere di vista che il processo è volto ad accertare la responsabilità di una persona per un fatto previsto dalla legge come reato e a punirla; esso ha dunque essenzialmente una funzione di garanzia.

Deve morire in carcere! La punizione di gravi delitti sembra non acquietare le vittime – o coloro che se ne fanno portavoce – fino a quando non sia estrema. La pena come vendetta privata riemerge a volte con chiarezza, pur nel linguaggio evoluto delle società contemporanee. Alla lettura delle sentenze, urla disperate, linguaggio del corpo che manifesta la rabbia e ancora la disperazione. Nella mitologia greca, le Erinni sono a guardia della necessità che l'ordine violato dal delitto sia ripristinato; esse rappresentano le vittime. Le Furie, le Erinni, sono in Dante custodi dell'ingresso a Dite² e agiscono per Proserpina, Giunone. Tale è la rabbia che una delle Furie non solo urla e si percuote, dilaniandosi, ma persino piange [Inf. IX, 36 ss.].

Le Erinni sono alla radice della mitologia greca. Incarnano la necessità di restituire l'ordine violato dal delitto, a partire da quello tra consanguinei, la peggiore delle violazioni dell'ordine naturale.

Urano giace in un amplesso continuo, violento e indesiderato, con Gea finché Kronos, Titano della fertilità e del tempo, sfugge al corpo della madre, prigioniero in cui il padre lo aveva costretto, e lo evira. Dalle gocce di sangue della evirazione, e dunque dalla violenza di Urano e da quella risolutiva di Kronos, nascono le Erinni cioè la punizione dei delitti tra consanguinei. Dunque, la punizione come

¹ Lettura per il conferimento del premio internazionale *Bonifacio VIII*, Accademia Bonifaciana, 8 luglio 2021 (Anagni 10 luglio 2021)

² Anche se resta il profilo della vendetta:

"Vegna Medusa: sì 'l farem di smalto",
dicevan tutte riguardando in giuso;
"mal non vengiammo in Teséo l'assalto".

(terzina 54).

vendetta per i più gravi delitti è all'origine stessa della separazione di Urano da Gea e dell'avvento di Kronos. La giustizia, intesa come retribuzione, è all'origine dei miti.

Le Erinni perseguiteranno Oreste, reo di avere ucciso la madre, Clitennestra, per vendicare l'assassinio del padre, il grande Agamennone. Le loro urla sono terrificanti e il loro dire incomprensibile. Esse pretendono il loro diritto: la morte di Oreste quale retribuzione del male fatto.

E' da questa tremenda furia rivendicatrice che parte la narrazione della costituzione dell'Aeropago da parte di Atena. Ci torneremo. Basti qui dire che le Furie, le Erinni, saranno placate dal giudizio dell'Aeropago e dal riconoscimento delle loro ragioni, pur nell'assoluzione di Oreste, e dagli onori che vengono loro rivolti, quali parti essenziali della Comunità. Diverranno così le Eumenidi, le Benvolenti.

La vendetta deve essere limitata ma ciò può avvenire solo se essa è incorporata nella città e l'esigenza di ristabilimento dell'ordine violato è assunta come compito della città, come compito pubblico³.

Questa esigenza non può essere negata.

Lex talionis, occhio per occhio dente per dente. E' comune a molte civiltà. Nella nostra giunge attraverso molti rivoli, tra cui fondamentale la tradizione ebraica.

Il taglione in realtà è limitazione.

La vendetta privata è infatti illimitata. Nelle varie forme che il taglione può assumere (fino alla consegna del reo alla vittima o alla sua comunità perché sia eseguita direttamente la punizione), invece, vi è comunque il limite della corrispondenza, potremmo dire della proporzione: occhio per occhio, non vita per occhio.

Torneremo sul concetto di proporzione, dove il problema di fondo è costituito dai termini di comparazione.

Il taglione, dunque, è una prima forma di limitazione della punizione, basata sulla corrispondenza.

La corrispondenza è abbastanza facile da determinare, quando i beni messi in pericolo dal delitto sono materiali o tali considerabili (la vita, come bene ultimo materiale). Sulla materialità si innesta la possibilità di equivalenze (il bue ucciso può essere sostituito da un altro bue di simili condizioni, ma forse anche da due asini, e così via), via via più complesse mano a mano che l'equivalenza (e l'equivalente universale, il denaro) si estendono, fino alla mercificazione di aspetti immateriali e dunque alla liquidabilità anche del *pretium doloris* e a sempre più sofisticate forme risarcitorie per equivalente. Vedremo poi questi aspetti nella giustizia riparativa.

Ma non è solo la *Lex Talionis* che, ripugnante ad un primo sguardo, si addolcisce se la si guarda nella prospettiva della sua secolare evoluzione. Se è ripugnante pensare che si possa cavare un occhio come pena/riparazione per la perdita del proprio occhio, il giudizio è meno severo quando se ne colga il significato di limitazione (non te ne posso cavare due). Se, poi, si pensa alle evoluzioni del concetto, si può forse restarne addirittura ammirati.

Non diversamente, guardiamo oggi con ripugnanza alla tortura. Infliggere volontariamente sofferenza ad un altro uomo per estorcergli dichiarazioni o quale forma di punizione è in contrasto con la più elementare idea di dignità umana che, da Kant in poi, appartiene al nostro sentire comune ed è ormai formalizzata nelle Carte costituzionali e dei diritti: l'uomo è fine a sé stesso. Si resta però stupiti se si riflette che i manuali delle inquisizioni, che disciplinarono la tortura, recavano una qualche funzione di contenimento, prevedendo in quali casi si potesse sottoporre l'inquisito alla tortura, in quali forme e con quali limiti.

E' difficile vedere oggi il fine garantistico della numerazione dei tratti di corda che potevano essere inflitti. Occorre però riflettere che l'alternativa era costituita dal totale e incontrollato potere dell'inquisitore.

³ Per una appassionante ricostruzione del ruolo della Giustizia nella transizione delle Erinni a Eumenidi, vedi la *Lectio Magistralis* di Marta Cartabia per l'Anno accademico 2020 dell'Università Roma 3, *Una parola di giustizia. Le Eumenidi dalla maledizione al logos*, ora nel sito della Corte costituzionale,

Potere determinato anche dalla sempre maggiore importanza, nella storia giuridica occidentale, dei delitti immateriali, come quelli di eresia o di lesa maestà, nei quali una effettiva comparazione tra interessi appariva impossibile. Qui la *Lex Talionis* scompare rispetto alla enormità del delitto. Ne consegue anche che la pena deve essere espressiva della rilevanza di quei valori: essa deve perciò essere terrificante. All'enormità del delitto corrispondeva l'orrore della pena, in cui la morte avveniva attraverso terribili sofferenze, dallo squartamento alla *pena forte e dura*, il progressivo schiacciamento del reo. La retribuzione come corrispondenza cessa di poter essere applicata, perché i delitti di lesa maestà non offendono solo la persona, il corpo del sovrano, ma la sua autorità.

Più in generale, lo stesso Beccaria attribuiva alla pena la funzione general-preventiva, attraverso il terrore che essa doveva generare tra i consociati.

Di questa sproporzione è traccia anche in Dante, per la difficoltà di operare il contrappasso, là dove in giuoco è l'interesse supremo della dottrina contro l'eresia, della salvezza dello stato contro i violatori del patto sociale e contro i traditori. Ci torneremo.

Anche il carcere, così come oggi lo concepiamo, separazione più o meno accentuata dalla società, recisione più o meno accentuata degli affetti e delle relazioni, controllo della vita segregata da parte di una struttura a ciò dedicata, è in realtà un notevole progresso per il momento in cui fu concepito, alla metà del Secolo dei Lumi. Il *Panopticon* di Jeremy Bentham è divenuto il simbolo dell'universo carcerario, della sorveglianza e della punizione. In realtà, l'alternativa al *Panopticon* è la segreta nella quale il carcerato veniva gettato e dimenticato.

Il carcere è oggi epitome della pena. Quando si pensa alla pena per un delitto, il pensiero corre al suo compendio, alla detenzione carceraria. In realtà, la pena si è nel tempo molto articolata. Detenzione domiciliare, lavori socialmente utili, interdizioni, stigma sociale, pene pecuniarie o che aggrediscono i patrimoni, percorsi di riabilitazione. Ricomprendere questa vasta area di potenziali reazioni dell'ordinamento al reato nel termine di pene alternative è in realtà molto limitativo e si è infatti parlato di concezione plurale della pena [Epidendio]

In realtà, la pena detentiva pura in Italia è ormai molto ridotta e si avvicina sempre di più ad essere effettivamente *ultima ratio*. E', questa, affermazione controintuitiva, a causa di massicce campagne di opinione pubblica di senso opposto, che rappresentano il nostro Paese come afflitto da carcerazioni massive. Il parametro utilizzato per la comparazione tra Stati è quello del rapporto tra popolazione e numero di detenuti; parametro per la verità piuttosto rozzo, visto che vi sono Paesi nei quali vi sono fenomeni criminali diffusi, ed altri in cui l'illegalità è marginale. Il nostro, purtroppo, è tra i primi. Ciò nonostante, l'Italia è al 149° nel mondo nel rapporto suddetto ed è ad uno degli ultimi in Europa, dopo Francia, Gran Bretagna, Portogallo, Spagna e subito prima della Germania. Il nostro problema reale non è il numero di detenuti, ma il sovraffollamento, causato dalla mancanza di spazi adeguati alla bisogna, considerando che il calcolo che viene utilizzato (metri quadrati/persona) non può rendere conto della necessità di spazi più ampi, che consentano flessibilità al fine di evitare i frequenti spostamenti di detenuti, in contrasto con la continuità necessaria del trattamento rieducativo.

Anche la pena detentiva dovrebbe mirare alla rieducazione, non solo perché lo impone la Costituzione e per le molte buone ragioni di carattere morale che sono alla base di quei valori, ma per una ovvia ragione di prevenzione speciale e generale.

Il carcere come mera segregazione è causa del recidivismo. L'esperienza statunitense della rincorsa alla carcerazione come strumento principale di reazione al crimine, fino alla previsione di meccanismi automatici di condanna alla pena perpetua per il recidivo alla terza violazione, anche se violazioni tutte di scarsa valenza, hanno finito per portare gli Stati Uniti al primo posto al mondo nel rapporto tra popolazione e detenuti, con un costo economico e sociale altissimo.

E' questa una delle maggiori motivazioni di coloro che ritengono che il carcere abbia ormai fatto definitivamente il suo tempo.

Le teorie retributive sono state da sempre oggetto di aspre critiche perché – si sostiene – da esse deriverebbe una inclinazione a favorire inasprimenti delle reazioni sanzionatorie e un effetto di stimolo dei sentimenti collettivi di vendetta e di odio nei confronti del reo [Viganò]. Ma vi è davvero

questa corrispondenza necessaria? E l'approccio preventivo nella forma della giustizia riparativa è davvero immune da rischi?

Al centro della *Restorative Justice*, della giustizia riparativa nelle sue molte forme, vi è di più della sola contrarietà alla pena carceraria.

Principale obiettivo della giustizia riparativa è la *riparazione*, nel massimo grado possibile, del danno, o meglio dell'*offesa* recata a *vittime* individuali e allargate, dirette e indirette, ma anche alla *comunità* la quale ha vissuto direttamente o di riflesso la vicenda criminale [Manozzi – Lodigiani].

Le fonti sovranazionali lo indicano come metodo di rispondere al comportamento criminale attraverso il bilanciamento dei bisogni della comunità, delle vittime e dei rei; programmi in cui la vittima, l'autore del reato e, laddove appropriato, qualsiasi altro individuo o membro della comunità toccato dalla commissione del crimine, partecipano insieme attivamente alla soluzione delle questioni sorte dal reato, generalmente con l'aiuto di un facilitatore.

Nella sintesi oppositiva di Todorov, “la giustizia punitiva privilegia il rispetto della legge astratta e della istituzione che la rappresenta, che è, in ultima analisi, lo Stato. La giustizia riparativa si preoccupa innanzitutto e soprattutto degli individui che formano la società. Il suo fine non è di proteggere un ordine impersonale ma di consentire a coloro che furono rei e vittime di vivere l'uno accanto all'altro. Essa mira non a punire ma a ricostituire (*restore*) relazioni che non avrebbero mai dovuto essere interrotte” [T.Todorov, *Memory as Remedy for Evil*, Journal of International Criminal Justice (2009), 7, 447 ss. Traduzione mia]

Alla coscienza civile repelle sempre più che la sanzione sia in sé afflittiva. Si tende quindi a recidere il nesso tra sanzione e afflizione. Il termine stesso di “pena” sembra inadeguato a comprendere i percorsi che mirano alla riparazione, attraverso il risanamento dell'ordine violato. Naturalmente ciò è più facile quando il danno è soprattutto materiale; molto più difficile là dove prevale il danno irreparabile o profondamente lesivo di interessi non materiali.

I percorsi alternativi alla pena si fondano sulla convinzione che l'afflizione non sia in grado di sanare il vulnus che il delitto ha causato alla vittima e alla società, rompendo il patto sociale e determinando insicurezza.

La pena afflittiva, e in particolare il carcere, non paiono in grado di ricucire il tessuto strappato, al più possono – si dice – offrire una sorta di compensazione priva di sbocchi risolutivi. Retribuire il male con altro male non porterebbe, come somma, che a maggior male; tradotto in termini pratici, porterebbe a un maggior recidivismo; in termini di politica criminale, alla gestione impropria della sicurezza. Questa finirebbe per essere agitata come da moderne Erinni, mai placate perché mai ricondotte alla ragione dalla Città.

Vi è nella Commedia l'immagine potente della vittima trascinata dal carnefice a condividere la sua stessa pena. Il Conte Ugolino è dannato per tradimento della Patria ma è anche vittima dell'infame inganno dell'Arcivescovo Ruggeri ed entrambi sono avvinti in un'unica punizione, senza che possano trovare pace. Sono entrambi e per sempre fissati nella immutabilità dei propri ruoli. Il contrappasso per il Cardinale Ruggeri è di essere a sua volta divorato, ma Ugolino è al contempo costretto a rodere per sempre la sua nuca [Inf. XXXII, 124 ss.].

Con le parole di Pumla Gobodo – Madikizela, “il trauma congela quella che fino a quel momento era stata una narrazione in costante evoluzione al fermo immagine di un unico, terribile momento consegnando quindi la vittima alla prigionia di un tempo che non scorre più” [citato da A.Visconti, in *Storie di giustizia riparativa: il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, a cura di Gian Luca Potestà, Claudia Mazzucato, Arturo Cattaneo, p. 85]

Va però considerato che la giustizia riparativa ha in sé molti limiti e alcune ragioni di preoccupazione. Limite principale è costituito dalla difficile praticabilità di misure riparative/ricompositive in molti reati, soprattutto gravi o che non hanno vittime palesi. Le misure inoltre presuppongono in larga parte la collaborazione del reo e dunque la sua ammissione di responsabilità o quanto meno la sua disponibilità ad accettare la condanna. In alcuni ambienti, territoriali o sociologicamente definiti, questi percorsi sembrano davvero impraticabili. Infine, la richiesta di collaborazione della vittima al percorso di ricomposizione non deve costituire un obbligo implicito, tanto che la Convenzione di Istanbul è ben attenta a chiarire il divieto di forme obbligatorie di mediazione; ma al di là degli

obblighi giuridici, può crearsi una pressione sociale che condiziona la vittima, sollecitandogli il “perdono”.

Più in profondità, le politiche riparative – se estremizzate – guardano prevalentemente alla prevenzione, alla condotta futura, alla prognosi di reinserimento. Fanno cioè prevalere l’esigenza della collettività alla sicurezza per mezzo del reinserimento, alla incapacitazione attraverso il consenso.

La pena, d’altra parte, guarda necessariamente al passato. Secondo la condivisa definizione di Hart (1959) la pena è l’inflizione di una sofferenza a causa di un fatto commesso nel passato, in violazione di regole giuridiche, attribuibile alla responsabilità di un individuo.

La retribuzione ha in sé l’idea della proporzione, come si è visto a proposito del Taglione. I due concetti non si identificano, non sono sinonimi, ma stanno tra loro in relazione necessaria. Non è immaginabile una retribuzione, in senso proprio, che sia sganciata da una prestazione.

Questa concezione della punizione come corrispondenza è stata studiata così tanto nella sua incarnazione dantesca, che si ha quasi timore ad avvicinarvisi. Tutto è già stato detto e conoscere tutto è impossibile. Eppure, le infinite suggestioni della Commedia consentono ancora al giurista di ricavarne nuove emozioni. E’ difficile infatti accettare la fissità eterna del peccatore, identificato con il suo peccato e ripagato con la sua stessa moneta, per l’eternità. Sembra esservi insanabile contraddizione tra la complessità della natura umana e persino della colpa, con la immutabile fissità del castigo. Solo una giustizia interamente divina, onnisciente e onnipotente, può punire così disperatamente. Sembra quasi si perda, in una teodicea applicata alla punizione dell’uomo, il terzo termine che definisce Dio: l’infinità bontà. Il Dio dell’Inferno si avvicina più all’imperscrutabile divinità del vecchio testamento, capace di chiedere ad Abramo il sacrificio dell’amato figlio Isacco, per testarne la fedeltà.

Eppure, la pietà di Dante per i dannati e per le loro pene prefigura già la redenzione possibile delle anime del purgatorio.

Alle radici attuali delle spinte ideali verso politiche della pena riabilitativa sono le esperienze delle Commissioni di Verità e Riconciliazione.

Partite dal Sud Africa post-apartheid, esse si sono presto diffuse in molti Paesi che hanno conosciuto fenomeni criminali di massa, correlati a vicende politiche collettive. L’origine non è casuale. Nelson Mandela ed Desmond Tutu, riferimenti politico e morale della Commissione, ne rivendicano la radice nella cultura delle popolazioni originarie, che vedono l’individuo per il suo inserimento nella collettività e dunque in un contesto relazionale.

Nel periodo di estrema tensione che succedette alle elezioni presidenziali del 1990 e quindi al cambio di potere, il Sudafrica si trovò di fronte alla scelta tra la punizione dei gravi crimini commessi soprattutto dalla dittatura, nel contesto del regime di Apartheid, e quindi dall’avvio di processi volti ad accertare i fatti e a punire, oppure l’amnesia. Quest’ultima strada fu tentata da altre Nazioni che avevano dovuto fare i conti con gravi delitti in contesti collettivi, come l’Argentina e il Cile. Entrambe sembravano aver scelto la strada dell’amnesia, con le leggi di *Punto Final* (1986) e di *Obediencia Debida* (1987) in Argentina e la *Ley de Amnistia* (1978) in Cile.

Il Sudafrica scelse invece una via originale, subordinando la dismissione della punizione penale alla completa ammissione della verità, corroborata da prove e nel pubblico contraddittorio con le vittime.

Da questa catartica rivelazione doveva discendere il riconoscimento del male inferto e per le vittime subito e di conseguenza un processo di ricomposizione, di cui parte essenziale era la vergogna per il reo.

Limite a tale metodo di risoluzione del conflitto era costituito dai delitti contro l’umanità ed esso è riconosciuto come limite generale a politiche riparative, che impone la punizione in sede penale.

Il Cile e l’Argentina, così come altri Paesi, sperimentarono subito l’inefficacia della strategia amnestica. Le famiglie di decine di migliaia di scomparsi (*desaparecidos*) chiedevano di sapere

almeno dove fossero i resti dei loro cari; i nonni pretendevano la restituzione dei figli dei loro figli, sottratti quando i genitori erano stati assassinati, e assegnati a membri del regime; i torturati pretendevano di conoscere i loro seviziatori. I reati commessi all'estero, anche a Roma, pressavano perché venisse data esecuzione alle richieste di prova e poi di esecuzione delle condanne.

Furono quindi costituite Commissioni di verità e riconciliazione, sul modello di quella sudafricana ma senza poteri di accertamento e di declaratoria di non punibilità. Esse ebbero un grande rilievo nel riconoscimento pubblico dei crimini e dunque nella attribuzione di responsabilità politiche e morali. Non riuscirono però ad evitare il nascere, con diversi mezzi, di molti processi volti a far punire i perpetratori dei più gravi delitti.

Tutto ciò portò prima la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, poi le giurisdizioni superiori di quei paesi ad annullare le norme di amnesia (amnistia o di non punibilità sostanziale).

Da queste esperienze è emersa la centralità della narrazione, tanto che si è parlato di una sua funzione curativa (Lodigiani) e dello storytelling quale vettore di riconoscimento dell'altro nell'ambito dei programmi di giustizia riparativa

Non solo le vittime delle grandi tragedie dell'umanità, anche le vittime del quotidiano chiedono di essere risarcite, riconosciute, ascoltate.

La giustizia riparativa non cancella la memoria del male; secondo questa prospettiva potrebbe però forse riuscire a metterla sotto controllo; la memoria dolorosa è dominata grazie al consenso che si raggiunge attorno al fatto. Risultato che si otterrà, però, a condizione che si tenga ben in mente, afferma Todorov, che bene e male sgorgano dalla stessa sorgente e che non è possibile separarli definitivamente.

Si può dunque fare il punto. Parte essenziale del processo è il racconto della verità dei fatti. Possiamo porre tutte le cautele che vogliamo al concetto di verità, possiamo delimitarla come processuale e quindi probabilistica e raggiunta attraverso i limiti epistemologici del processo, che rispondono al contempo a esigenze di garanzia. Possiamo di conseguenza essere cauti circa i possibili errori, derivanti anche da approcci meramente confermativi e che non accedono alla metodica della falsificazione. Al netto di ogni precisazione, il processo ha il fine di accertare una verità materiale, postulata come esistente e approssimabile attraverso lo strumento cognitivo del processo.

Senza questa netta affermazione, ogni pena sarebbe illegale perché in contraddizione con il principio, affermato dalla nostra Costituzione e sistematizzato nelle convenzioni internazionali sui diritti umani, della dignità dell'uomo; l'essere umano non può essere mezzo a fine, non può essere soggetto a pena per finalità di prevenzione generale, come sarebbe se non si accettasse che nel processo si postula la verità come corrispondenza.

Si può anche affermare che nel principio retributivo si radichi – anche se non necessariamente implicato – il carattere cognitivo del processo.

Tale carattere presuppone l'accertamento di un fatto storico già accaduto (lo sottolineo, perché ciò differenzia il processo penale da altre forme di controllo sociale, che guardano al male futuro).

Esso, poiché volto a stabilire la corrispondenza e dunque anche la proporzionalità della pena, non può prescindere dall'accertamento del fatto e della sua dipendenza causale dalla condotta del reo. Questo passaggio dà il titolo a un lavoro di Hans Kelsen, il grande giurista del XX secolo, *Causalità e Retribuzione*⁴, poi sviluppato in un lavoro non a caso intitolato, almeno nella traduzione italiana, *L'origine della Legge Causale dal principio del Contrappasso*⁵.

Dal contrappasso discenderebbe la progressiva consapevolezza e poi l'affermazione della causalità materiale e giuridica. Si può aggiungere che questo passaggio è anche correlabile a quello dalla giustizia performativa a quella cognitiva: non è dal giuramento rituale o dall'ordalia, nelle varie

⁴ H.Kelsen, *Filosofia politica*, 2008. Titolo originale: *Causality and retribution*, in «Erkenntnis», 1939-1940, n. 8, pp. 424-429.

⁵ In nota la curatrice, Liliana Albertazzi, chiarisce che il termine contrappasso non si ritrova nel saggio ma che tale traduzione è maggiormente aderente alla tesi del saggio.

forme del giudizio divino, che discende l'affermazione di colpevolezza, ma dalla cognizione dell'evento e della condotta che lo ha causato.

In questa progressione verso la cognizione, la narrazione assume un ruolo centrale.

Il racconto della verità, prima da parte dei dichiaranti e poi – ove è prevista – nella motivazione, è parte essenziale della reintegrazione dell'ordine violato.

Quanto più grave è il delitto, tanto maggiore l'esigenza di raccontarlo.

Oreste è chiamato da Atena a raccontare la sua storia: le sue origini familiari e le ragioni che lo hanno obbligato, in senso giuridico, a punire l'assassinio del padre, Agamennone. Egli ha violato le leggi naturali, che vietano l'omicidio del consanguineo, ma lo ha fatto perché spinto dalla necessità, e dunque dal dio, di adempiere ad altro e contrastante precetto.

E' la narrazione, e poi la prova che essa corrisponde al vero, che porta al risultato della votazione della giuria, senza esito perché pari, e infine al voto dirimente di Atena [Cartabia].

E' questo uno dei primari insegnamenti delle Commissioni di verità e riconciliazione. La narrazione, nel contesto pubblico e riconosciuto, del fatto che ha violato l'ordine della Comunità, resa dal carnefice e dalla vittima, è la condizione della riconciliazione

Nel contesto di tragedie dove le colpe individuali si radicano in quelle collettive e in esse cercano giustificazione, questo percorso si è rivelato necessario perché la transizione non si trasformasse in vendetta e dunque in nuove ragioni di colpa. Da questo approccio si è molto imparato circa l'inadeguatezza della sola punizione a restaurare davvero l'ordine violato e dare integrale riparazione alla vittima. Esso si è perciò legato alle molte ragioni che indicano l'inadeguatezza della sola pena (e in particolare del carcere) a realizzare questi obiettivi e dunque la special prevenzione insieme a quella generale.

Ma un altro insegnamento è che questo racconto non è sufficiente. Ad esso deve essere aggiunta una componente attiva, che può cambiare a seconda di molte variabili. Possono essere condotte di riparazione del danno materiale e di riparazione, anche pecuniaria, di quello morale; oppure misure impeditive di nuove condotte dannose, attraverso l'allontanamento o la segregazione; possono consistere in percorsi comuni di avvicinamento tra vittima e reo. Infine, tuttavia, possono anche essere misure di mera punizione, in grado di dare il senso della violazione compiuta e di graduarne l'entità.

Nessuna delle Commissioni che abbia avuto effetto ha evitato questa componente, simbolica se si vuole, ma certamente anche molto concreta.

Non lo ha evitato quella Sudafricana, la prima e la più citata delle Commissioni, che ha previsto gradualmente meccanismi di liberazione dalla punizione di coloro che rendevano totale confessione in pubblica udienza, dinanzi alle vittime che contribuivano a narrare.

Non lo hanno evitato quelle Cilena e Argentina che, nate forse dall'idea di contribuire con la loro mera esistenza alla pacificazione, attraverso la sola narrazione condivisa, sono state infine e ineluttabilmente affiancate dalla punizione penale, in processi paralleli, che in Cile hanno riguardato centinaia di responsabili di torture, omicidi e sequestri.

Vi è poi un aspetto non secondario, che si riflette più in generale sui limiti dell'esperienza di giustizia riparativa. E se il reo non confessa? Se il reo (supponiamo qui che anche noi si sia onniscienti e diamo quindi per certo che colui cui è chiesto di narrare sia il responsabile) non intende narrare o non dice la verità?

Nella Commedia i dannati e i purgandi sono mossi a confessare. Alla richiesta del Pellegrino, narrano subito la loro storia e nessuno dubita che sia la verità: sono ormai fuori della logica terrena e sono oggetto e non soggetto delle forze che ivi operano. Ciò che li spinge a narrare è la stessa irresistibile volontà che consente a Dante di percorrere il cammino agli inferi, nonostante l'opposizione dei suoi guardiani. Questa volontà si lega poi alla ricerca della fama, fondamentale ai tempi in cui il Poeta scrive, o delle opere salvifiche, nel Purgatorio.

Ma nel mondo terreno le cose vanno diversamente e non vi sono strumenti per ottenere una narrazione, che possa essere ritenuta veritiera, diversi dal processo e dai suoi strumenti coercitivi, al termine del quale si intravede l'attribuzione dei meriti (ciò che uno ha meritato, *to deserve*).

Se non sbaglio, vi è una sola eccezione a questa regola, in Bocca degli Abati, traditore dei compagni Guelfi a Montaperti, che rifiuta di dire il suo nome, nonostante la richiesta del Pellegrino [Inf. Canto XXXII]

La punizione dei dannati nell'Inferno dantesco avviene secondo un criterio sistematico [Inferno, XI] che comprende più di un aspetto. Da un lato i delitti/peccati sono distribuiti secondo un parametro di gravità in assoluto, rapportato a valori tra loro in relazione. I più gravi delitti sono quelli compiuti contro la fiducia di chi si è affidato, mentre i più lievi – puniti fuori della cinta della città di Dite – sono quelli compiuti per incapacità di resistere alle passioni. Il luogo, fuori o dentro Dite e nei cerchi, indica progressivamente la gravità del delitto. Questa progressione ha finalità di stigma e di esemplarità. Ad essa corrisponde la attenuazione, altrettanto progressiva, della pietà di Dante. Nell'Inferno, infatti, non vi è spazio per la pietà nella pena, ma solo nello sguardo dell'osservatore.

Il parametro della proporzionalità è dato dalla giustizia divina, che corrisponde a una razionalità che non può essere messa in discussione; essa è solo rivelata dalla gradazione delle pene, dalla progressione dall'esterno verso il centro.

Un sistema penale moderno non è molto diverso. Anch'esso descrive le scelte valoriali operate dal legislatore, attraverso la graduazione delle pene. A volte il sistema valoriale è implicito, altre volte è esplicitato, ma esso è sempre alla base della progressione di gravità delle pene. La pena ha dunque anche un significato espressivo, esplicativo. Non solo, ad esempio, può dirsi che l'omicidio è un reato grave perché offende il valore della vita ed è dunque gravemente punito, ma possiamo anche ribaltare l'esposizione e affermare che esso è grave perché è punito con pene severe. Se dall'omicidio ci spostiamo verso reati che offendono valori meno chiaramente significativi, ad esempio l'ordinata circolazione stradale, comprendiamo che il secondo approccio è più chiaro nell'evidenziare la gravità delle violazioni.

Il sistema delle pene è dunque relazione e rispetta un principio di proporzionalità. La proporzionalità verso i valori implica al tempo stesso che essa sia rispettata anche all'interno del sistema. Se punisco con la pena dell'ergastolo l'omicidio, non potrò punire con la stessa pena reati meno gravi. Si è detto che la proporzionalità opera secondo uno schema per ascisse e ordinate, che solo in parte può trovarsi nel sistema punitivo dantesco.

La proporzionalità è dunque anche un limite. Secondo un esempio ricorrente a tale proposito, la punizione con l'ergastolo del divieto di sosta sarebbe non proporzionata né alla gravità in sé della violazione, né alla graduazione delle pene del sistema in cui essa si inserisce.

La nostra Corte costituzionale ha elaborato il concetto fondamentale di proporzionalità a partire da quello di eguaglianza e quindi di ragionevolezza.

In relazione a cosa stabiliamo la proporzionalità? La possiamo stabilire considerando le finalità di prevenzione generale e speciale, con riferimento al reo, alla possibilità che egli commetta nuovi delitti. In un'altra prospettiva invece possiamo considerare la proporzionalità come correlata al reato, o meglio alla condotta punibile. Anche in questo secondo caso entrano nel concetto di proporzionalità le finalità di carattere più generale che fondano la legittimità costituzionale della pena. La retribuzione, in questo caso, costituisce un saldo ancoraggio alla condotta. In altri termini apparirebbe sproporzionata una condanna che non parta dal reato effettivamente commesso, pur considerando una serie di elementi che valgono a individualizzare il giudizio, come i precedenti e la prognosi di recidiva.

Dalla considerazione che ogni castigo deve essere commisurato alla gravità della condotta discende che ciò che determina il castigo non è la disobbedienza in sé considerata, ma il danno, reale o potenziale, arrecato attraverso la condotta posta in essere, agli interessi che il precetto violato mirava a prevenire. Un danno che, a differenza della disobbedienza che risponde ad una logica binaria, si

presenta come intrinsecamente graduabile a seconda della sua concreta intensità e che come tale evoca la necessità di risposte sanzionatorie altrettanto graduate. [Viganò]

Il profilo della valutazione della proporzionalità legata al passato, al reato commesso, ha dunque un forte valore di limite. Qualunque sia la prognosi per il futuro del reo (recidivismo, rifiuto di inserimento sociale ecc.) la punizione è saldamente ancorata alla condotta e al fatto passati, nella scala di gravità predeterminata e che non può andare oltre un certo gradiente di proporzionalità.

Qui si innesta, per la verità, il rischio di un circolo vizioso. Se il calcolo di proporzionalità nel caso concreto e individualizzato è fatto solo con riferimento alla quantità di pena edittale prevista dal legislatore, le esigenze di esemplarità – dunque la prevenzione generale – possono rientrare dalla finestra. Il legislatore può essere tentato di prevedere un continuo innalzamento di pene, per rispondere ad esigenze securitarie, oppure può far rientrare il pericolo di recidiva non in un giudizio prognostico, ma nella sola circostanza di fatto della già avvenuta recidiva. Questa operazione concettuale guarda anch'essa al passato e può far pensare che anch'essa costituisca retribuzione.

L'esempio più chiaro è nell'esperienza statunitense delle *sentencing guidelines*, che ha infine portato alla normazione della punizione automatica del recidivismo con la pena detentiva massima: *three strikes and you are out*.

L'Inferno dantesco è certamente peggiore, basta un solo strike; ma va considerato che il Purgatorio consente invece la più ampia delle riabilitazioni, per le stesse violazioni che nella punizione infernale sono eterne. Basta infatti volgersi a Dio, anche solo in punto di morte, per avere speranza di salvezza. Basta *una lagrimetta*, come dice il demone, scornato perché il traditore Buonconte da Montefeltro gli è sottratto per un pentimento dell'ultima ora, mentre peccatori meno colpevoli sono per sempre dannati [Purgatorio, V, 107].

Ma, come più volte ci ricorda Dante, è questa la imperscrutabile volontà divina, non avvicinabile con il limitato strumento della ragione umana:

«State contenti, umana gente, al *quia*;
ché se potuto aveste veder tutto,
mestier non era parturir Maria.»⁶

Attraverso il gioco della punizione e della riabilitazione, tuttavia, la volontà divina può esserci resa palese, pur se sottratta al nostro giudizio di umani.

Il circolo vizioso di cui s'è detto, derivante dalla sussunzione delle esigenze preventive nella scala di gradazione delle punizioni, sì da incidere sulla proporzionalità o da riportare il giudizio prognostico al passato (come nella ipervalutazione obbligatoria della recidiva), dovrebbe trovare un limite nel rispetto dei valori costituzionali.

E' infatti necessario, perché possa parlarsi di retribuzione in senso proprio, che i parametri di riferimento abbiano un fondamento costituzionale e cioè nella scala di valori che la costituzione attribuisce a beni giuridici protetti e anche al profilo della colpevolezza, anch'esso rinvenibile nella costituzione laddove si prevede che la responsabilità penale sia personale.

Si potrebbe dire, superando con Kant l'utilitarismo di Beccaria e di Bentham sull'efficacia della deterrenza, che la legittimazione a punire vi è quando la sanzione è non già utile ma giusta.

Questi aspetti si legano al tentativo di Hart di coniugare l'idea finalistica della pena, quando riferita alla minaccia legale della distribuzione della pena, con l'applicazione della pena al singolo soggetto rispetto al quale riemerge l'esigenza non utilitaristica ma strettamente retributiva come principio appunto di giustizia distributiva [Viganò]

⁶ (Purgatorio, canto III, vv. 37-39)

Tale prospettiva, in recenti orientamenti nordamericani, assegna all'idea della retribuzione la funzione di *side-constraint*, di limite collaterale rispetto al perseguimento delle finalità attive del sistema; limite esso stesso fondato su principi di giustizia distinti rispetto a quelle finalità, e potenzialmente disfunzionali rispetto ad esse.

Il divieto di superare il limite della proporzionalità avrebbe fondamento costituzionale nell'Ottavo Emendamento inteso come divieto di prevedere o infliggere pene più severe di quanto il condannato non abbia meritato (*deserve*) in conseguenza della commissione del reato

L'idea di giustizia distributiva permea l'intera società medievale, dunque anche la Commedia.

Rispetto al quantum, queste esigenze di giustizia distributiva impongono sia che la pena sia distribuita secondo principi di eguaglianza, casi uguali devono essere trattati in modo uguale, sia che gli autori di reati di diversa gravità debbano essere puniti in modo proporzionato rispetto alla loro relativa gravità, misurata dal punto di vista oggettivo così come soggettivo.

Così, la giustizia distributiva si incarna in Dante nel contrappasso, ma questo non è in grado di rispondere pienamente alle esigenze di proporzionalità, insite nel concetto di retribuzione.

L'idea della retribuzione, in sé, non è in insanabile contrasto con più complesse finalità della pena. Se nell'Inferno la retribuzione non lascia spazio a speranze di salvezza, ciò avviene non a causa del sistema delle pene, potremmo dire con linguaggio moderno. Il contrappasso nell'Inferno lascia spazio solo alla pietà del Pellegrino (e non sempre, come l'esempio del crudele gioco con Bocca degli Abati⁷ dimostra), senza che i dannati abbiano speranza di mai redimersi.

Nel Purgatorio, invece, il contrappasso non esaurisce la punizione, che è soprattutto lontananza dalla luce divina e consente sempre la redenzione.

Non è dunque il contrappasso, la retribuzione ad essere in sé, intrinsecamente, ostile alla possibilità che la pena abbia una funzione diversa e ulteriore rispetto alla mera punizione quale afflizione.

La contraddizione non secondaria di un luogo ove si manifesta la onnipotenza di Dio ma dal quale sembra purtuttavia esclusa un'altra delle Sue qualità intrinseche, l'infinita bontà, insieme alla constatazione del carattere in realtà simbolico del contrappasso, hanno portato a rivedere il contrappasso dantesco.

Se ne è voluto, ad esempio, ribaltare il ruolo nel disegno della Commedia: essa rivelerebbe l'inadeguatezza del contrappasso come punizione⁸. Il contrappasso verrebbe meno proprio là dove il termine è per la prima ed unica volta utilizzato da Dante a definire la retribuzione: "così s'osserva in me lo *contrapasso*" [Inf. Canto XXVIII, 142]. La mimesi del contrappasso, per analogia o opposizione, rivelerebbe la sua inadeguatezza a ricomprendervi pienamente i più gravi delitti, quelli di tradimento, perché essi eccedono il male inflitto alla persona e attingono valori supremi, quali quelli dell'unità della Chiesa o della persona del regnante, il doppio corpo del Re [Kantorovicz - Agamben].

7

«Io avea già i capelli in mano avvolti,
e tratto glien'avea più d'una ciocca,
latrando lui con li occhi in giù raccolti,

quando un altro gridò: "Che hai tu, Bocca?
non ti basta sonar con le mascelle,
se tu non latri? qual diavol ti tocca?".

"Omai", diss'io, "non vo' che più favelle,
malvagio traditor; ch'a la tua onta
io porterò di te vere novelle".»

(Dante Alighieri, Divina Commedia, Inferno, XXXII, vv. 103-111)

⁸ Justin Steinberg, *Dante's Justice? A Reappraisal of the Contrapasso*, in L'Alighieri, 44 - 2014

Altri vedono invece nel contrappasso non una punizione per *lex talionis*, ma la prosecuzione del peccato nel peccatore. Non dunque punizione divina, atroce ed eterna, ma libera scelta operata in vita, che eternamente prosegue.

La responsabilità è conseguenza della libertà. Il libero arbitrio è ciò che fa tale l'uomo:

*Non aspettar mio dir più, né mio cenno;
libero, dritto e sano è tuo arbitrio,
e fallo fora non fare a tuo senno:
per ch'io te sovra te corono e mitrio*

[Purg. XXVII, 139]

Solo un atto volontario e libero, il pentimento in vita, anche dell'ultima ora, potrà aprire la via della redenzione, una *lagrimetta* salvifica.

Il carattere retributivo della pena e la sua correlazione al peccato/reato sono evidenti nella Commedia. Il contrappasso, tuttavia, non è assimilabile alla *lex talionis*, nel senso della corrispondenza tra azione e reazione. La pena come contrappasso è segnata invece dal suo carattere espressivo; attraverso la pena viene assegnata alla violazione il suo posto nel sistema valoriale. Cosa non diversa ma con diverso meccanismo avviene nel Purgatorio, ove a ogni rappresentazione del peccato/delitto e del *martirio* corrispondente, è opposta la rappresentazione esemplare della virtù antitetica. Se ad esempio i superbi sono costretti a chinarsi a terra e a guardare in basso, per il gran peso da cui sono gravati, realizzando così l'espressione della punizione come contrario, al tempo stesso Dante riceve le visioni degli esempi di opposta virtù.

Il contrappasso non è dunque meccanica trasposizione della reazione uguale e opposta, ma è l'espressione simbolica, che al tempo stesso attribuisce lo stigma della vergogna e la sua gradazione.

Il contrappasso dantesco è denso di valori simbolici, molti dei quali anche difficili da seguire, cosicché non sempre è facile percepire dove sia la corrispondenza. Il contrappasso inteso nella sua accezione simbolica è la sintesi della necessità rappresentativa della pena, espressiva dei valori violati e reintegrati, attraverso la pena che si rapporta e contraddice la violazione dell'ordine naturale, costituendone al contempo la gradazione nel sistema valoriale di riferimento.

Dante indica con precisione le radici del sistema valoriale cui fa riferimento e che risale, attraverso i grandi padri Agostino, Anselmo, Tommaso, fino ad Aristotele. Un sistema di valori molto netto e ben definito che consente di articolare la gravità delle violazioni nella struttura stessa dell'Inferno e del Purgatorio. Si è in realtà anche osservato che, mentre nell'Inferno il sistema valoriale è chiaramente quello ereditato dai pagani attraverso Aristotele, è nel Purgatorio e solo nel Purgatorio che si dispiega interamente il sistema valoriale cristiano, basato sull'Amore, che tutto pervade. Razionalità diversa, ma ben riconoscibile.

La riconoscibilità è affermata con chiarezza da Virgilio nell'undicesimo Canto dell'Inferno, quando Dante si sorprende per avere incontrato fuori della città di Dite alcuni dannati, pur colpevoli di violazioni per l'epoca assai gravi. Virgilio contesta a Dante di non aver fatto uso della ragione, perché la sua domanda aveva in realtà una risposta chiara sol che Dante avesse guardato alle implicazioni di ciò che aveva visto. Virgilio cioè riporta Dante a quel criterio razionale di distribuzione dei dannati che deriva dal sistema valoriale e che è sintetizzato nella Etica Nicomachea di Aristotele. Da questo sistema assiologico derivava la distinzione tra i delitti commessi con violenza o frode, nelle sue varie declinazioni via via maggiori, fino al tradimento di chi si affida. Particolarmente grave il tradimento sia nei confronti della unità della fede e sia della città, tradimenti che segnarono la vita di Dante e lo costrinsero all'esilio. Il Canto, a tutti noto, di Paolo e Francesca rende esempio chiarissimo del perché essi siano fuori della cinta di Dite, pur avendo violato un precetto all'epoca molto vincolante, quale la fedeltà coniugale e all'interno del nucleo familiare. Ma essi erano spinti da una incontrollabile passione e non dal malvagio dolo della frode. E' per questa incontrollabile passione che essi sono ora trascinati nell'aere perso, senza mai alcuna possibilità di fermarsi, senza alcuna possibilità di deviare dal corso di questo veleggiare, se non per l'affettuoso grido di Dante. Dunque, il contrappasso è espressivo della colpa e la punizione non è direttamente correlata al solo delitto ma al valore che quella condotta ha in qualche maniera messo in gioco, in positivo e in negativo: le anime, come

furono spinte dalla passione, come furono incapaci di governarsi così sono spinte per la eternità dal volere superiore.

Questa corrispondenza sembra divenire inadeguata, almeno secondo alcuni commentatori, proprio nell'unico Canto in cui si usa espressamente il termine *contrappasso*.

E' nella cerchia più profonda dell'Inferno che il Pellegrino incontra i peccatori più severamente puniti. Sono coloro che hanno tradito la fiducia, causando scismi e separazioni. Per questo essi sono puniti attraverso la più odiosa delle punizioni. Sono a loro volta scissi, così da rappresentare tutte le brutture che dallo scisma derivano.

Maometto, cui si imputa di avere separato i credenti (seguendosi così le conoscenze del tempo – non infondate – che vedevano confluire nell'Islam anche correnti scismatiche cristiane), è tagliato verticalmente dalla testa all'ano (“lì dove si trulla”) e si porta appresso le viscere maleodoranti (“che merda fa di quel che si trangugia”). Bertran de Born, trovatore e poeta della guerra, è punito per essersi insinuato nel cuore dell'Imperatore Enrico il Giovane, portandolo a separarsi dal padre, Enrico II. La sua testa è separata dal tronco, come egli separò le due parti dell'autorità, ed è costretto a portarla dinanzi a sé, come una lanterna. E' questa la sua retribuzione: “Così s'osserva in me lo contrappasso” [Inf. Canto XXVIII, 142].

La cesura verticale di Maometto e quella orizzontale di Bertran de Born costruiscono insieme il segno della Croce.

Si è affermato [Steinberg] che via sia una voluta dissonanza tra il peccato e la punizione, così che – per enormità della violazione – la retribuzione perda il suo reale significato di corrispondenza, sia pure per analogia.

Da ciò discenderebbe la volontà di Dante di dimostrare l'inadeguatezza del contrappasso, della mera retribuzione, ad esser misura della punizione.

Sia come sia, è forse difficile chiedere al Poeta una assoluta coerenza dommatica, per di più interpretata secondo le sofisticate conclusioni di un discorso durato secoli e che ha impegnato le migliori menti, anche dei filosofi morali e del diritto, da Kelsen a Nussbaum.

Ciò che qui conta è che il contrappasso, la retribuzione pura, è inteso ormai come una contraddizione, non solo con la moderna sensibilità verso il reo, ma anche per la sua intrinseca inadeguatezza a rendere conto del principio di corrispondenza, quando da reati di semplice offensività si passa a più sofisticate valutazioni di reati plurioffensivi o di pericolo.

Un campo nel quale si è sostenuto che la pena come retribuzione abbia fatto il suo tempo è quello dei terribili delitti collettivi o che offendono parti significative della collettività, di cui abbiamo già discusso a proposito delle Commissioni di verità e riconciliazione.

È dunque un percorso difficile. Noi oggi non sappiamo come e dove esso ci porterà. Siamo agli inizi e il percorso ci appare impervio e anche contraddittorio. D'altra parte, se guardiamo al lontano passato vediamo elementi di conforto. Oggi guardiamo al Panopticon di Jeremy Bentham come all'esempio più chiaro della società della sorveglianza e attribuiamo quindi a questo unico occhio, in grado di guardare in ogni parte della prigione e così di sorvegliare dal centro della struttura punitiva, come il simbolo di una società repressiva, della sorveglianza e della punizione. Eppure, quando Bentham nel 1791 immaginò la struttura onnisciente, lo fece nella temperie dell'illuminismo e con la convinzione e il desiderio di una concezione illuminata della pena e del carcere, non inutile sofferenza ma appunto sorveglianza, prevenzione, limite finalizzati alla conformazione del comportamento, dunque al reinserimento. Un giorno forse saremo guardati anche noi come i barbari che punivano attraverso la limitazione della libertà della persona. È possibile quindi che riusciremo a trovare un bilanciamento tra il superamento della pena afflittiva e l'esigenza rigorosa del rispetto della dignità umana, insita nella retribuzione se intesa come proporzione, perché rapporto tra sanzione e condotta nel suo complesso considerata. Questa esigenza di garanzia, di rapporto necessario e quindi di retribuzione che da esso deriva, spero non sia mai dimenticato a favore di un obbligo di riconciliazione, di una forzatura rieducativa e riconciliativa, di una rieducazione che perda

i suoi caratteri costituzionali che comportano il rispetto rigoroso della dignità e dunque della scelta. *Te sovra te corono e mitrio.*

Già nella redazione dell'art. 27 della Costituzione, nel concetto di *rieducazione* confluiscono visioni diverse, con il rischio che dal reinserimento sociale si giunga alla conformazione, all'adesione a valori imposti.

In uno straordinario romanzo di Philip Dick, scritto nel 1956, *The Minority Report*, da cui è stato tratto anche un bel film, si immagina una società nella quale, attraverso l'uso di sofisticate tecnologie che stimolano la veggenza, sia possibile impedire ogni crimine anticipando l'intervento repressivo alla fase della sua concezione e dall'inizio della sua attuazione, ben prima del tentativo. Una società quindi dove la sicurezza interviene prima ancora che il libero arbitrio possa manifestarsi. Eppure, l'intervento non è arbitrario ma è ragionevolmente fondato sulla prevedibilità scientifica della condotta illecita. Fantascienza? Certo, ma le più recenti acquisizioni dell'applicazione dell'intelligenza artificiale ci dicono che sarà forse un giorno possibile prevedere, attraverso il dettagliato esame delle sinapsi, le nostre deliberazioni e forse anche le più profonde nostre motivazioni e aspirazioni. Prevarranno le esigenze della sicurezza o quelle del rispetto della dignità della persona e quindi delle sue libere determinazioni?

Per restare ai nostri tempi e ad un esempio più facilmente condivisibile, mi preoccupa, nella sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale, che pure per il resto integralmente apprezzo, circa i reati ostativi alla concessione di benefici penitenziari, quella parte che sembra attribuire alla collaborazione processuale e dunque ad una condotta non concernente l'attitudine morale della persona ma il riconoscimento fattivo delle sue responsabilità, un disvalore, collegandolo al principio del *nemo tenetur se detegere*. La scelta consapevole della ammissione delle proprie responsabilità, il racconto pubblico e procedimentalizzato di ciò che è avvenuto, il contributo alla ricostruzione della verità è di per sé l'inizio della riparazione verso la vittima, è scelta consapevole, condotta materiale corrispondentemente contraria a quella che ha violato l'ordine del consesso sociale e i diritti inalienabili della vittima. È solo a tale riconoscimento e a tale condotta, anche per le sue conseguenze di ricostruzione della verità pubblica, che può finalmente riconoscersi l'inizio del percorso di pacificazione e di reinserimento sociale. Certo, se la collaborazione non è possibile per le più svariate ragioni, altri possono essere gli strumenti che il condannato può allegare e chiedere di provare al fine di documentare il suo allontanamento dall'organizzazione criminale alla quale era appartenuto. Ma la via principale, anche ai fini della riparazione, non può che essere la totale, integrale ammissione pubblica delle proprie responsabilità.

Mi pare che l'ordinanza n. 97 del 2021, in materia di ergastolo ostativo, si sia mostrata consapevole di questa possibile lettura negativa e ha tenuto a sottolineare che “ciò non significa affatto svalutare il rilievo e utilità della collaborazione, intesa come libera e meditata decisione di dimostrare l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale, e che certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente, qui non in discussione. Significa, invece, negarne la compatibilità con la Costituzione se e in quanto essa risulti l'unica possibile strada, a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale.”

Vorrei chiarire che tutto questo non ha nulla a che vedere con il pentimento morale del reo o col perdono; né da parte della vittima né da parte della collettività. Il perdono potrà anticipare o seguire, a volte anche in dipendenza dalla condotta collaborativa, le scelte dell'autore del reato. Il perdono potrà essere privato, individuale, motivato da scelte religiose o civili, o potrà essere pubblico nella forma della grazia, del condono, dell'amnistia. Ma il perdono privato nulla ha a che vedere con la verità e quindi con la riparazione e la restaurazione dell'ordine sociale violato. Ricordo un episodio che mi ha straordinariamente colpito, per la sua profondità e complessità. Trattavo in anni lontani un procedimento per un attentato compiuto a Roma da militanti della destra eversiva su mandato del Servizio Segreto della Giunta cilena, la DINA. Bernardo Leighton, Vice Presidente della Repubblica e Ministro dell'Interno sotto la presidenza Frei, esponente di rilievo della Democrazia Cristiana cilena, uomo di straordinaria statura politica e morale in grado di unificare le opposizioni in esilio, fu vilmente colpito alla nuca con un colpo di pistola in una strada di Roma. La moglie, Ana Fresno Obole, si chinò sul marito per soccorrerlo e fu anch'essa colpita alla nuca dallo stesso attentatore. Ana cadde sul marito, che credeva morto, ma rimase cosciente. Un suo parente corse

loro incontro gridando: “maledetti la pagheranno”. Ana, ancora in terra, rispose: “non pronunciare parole di vendetta, io ho già perdonato”.

Ma ciò che rende veramente straordinaria questa vicenda è che molti anni dopo, giunto in Cile per sollecitare la collaborazione di quel paese nelle indagini ormai a buon punto per l'identificazione di mandanti ed autori materiali, incontrai Ana. Purtroppo, il marito, pur se sopravvissuto, era stato sottratto per sempre alla vita civile del Paese per le gravi lesioni cerebrali riportate. Anche Ana portava ancora le conseguenze dell'attentato. Quando le dissi che era ormai in fase di avvio il giudizio nei confronti dei capi del Servizio segreto cileno quali mandanti dell'attentato, e le rappresentai la possibilità per le vittime di esser parte nel processo, Ana mi rispose: “Io ho subito perdonato. Ma il mio perdono è un rapporto diretto tra me e Dio. La giustizia terrena deve andare avanti e se la mia presenza nel processo potrà essere utile perché si accerti la verità e si faccia giustizia, io ci sarò”.

In conclusione, il legame della pena a condotte passate e certe, da cui discenda la responsabilità secondo criteri di proporzionalità rapportati al male fatto, costituisce un limite verso l'alto, un *side-constraint*, perché la pena possa forse non essere giusta, ma mai ingiusta.