Ante Litteram

Cultura e diritto

1

2025

Rivista della Camera Penale di Catanzaro "Alfredo Cantàfora"

GRAFICA il Segno

Professionalità e Organizzazione al servizio del tuo Studio Legale

LA TUA ASSISTENTE VIRTUALE A SUPPORTO DI:

- analisi della situazione interna e pianificazione;
- agenda e gestione del tempo;
- dei documenti e archivio digitale;
- organizzazione interna e gestione dei clienti (mail, chat, chiamate, appuntamenti);

Al tuo fianco per avere risultati che mirano a eccellenza e innovazione

www.graficailsegno.it

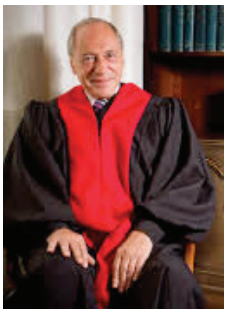
Sommario

• 2
EDITORIALE
L'irreversibile squilibrio tra i poteri dello Stato
di Gian Domenico Caiazza

• 4
IL NARRATORE
Gioacchino da Fiore, tra utopia religiosa e teologia politica
di Luigi Mariano Guzzo

• 8
SAGGIO BREVE
L'errore giudiziario
di Nico D'Ascola

• 16
SAGGIO BREVE
Verso un diritto penale emozionale, tra emozioni del reo... ed emozioni del legislatore
di Fabio Basile



• 22
L'INTERVISTA
a Eugenio Raúl Zaffaroni: L'irrazionalità della pena e del potere punitivo
di Morena Gallo

• 29
LIBRERIA GIURIDICA
Brevi chiose a margine del lessico del diritto penale di Mario Caterini
di Giovannangelo De Francesco

• 33
IL PERSONAGGIO
Né mostri né martiri. Lo sguardo poetico di Gianni Amelio sul diritto penale
di Antonella Canino

Ante Litteram - Cultura e diritto

Registrazione presso il Tribunale di Catanzaro con il n. 1 del 13/02/2025

Redazione: via Falcone e Borsellino
www.camerapenalecatanzaro.it

Direttore responsabile:
Vittorio Ranieri

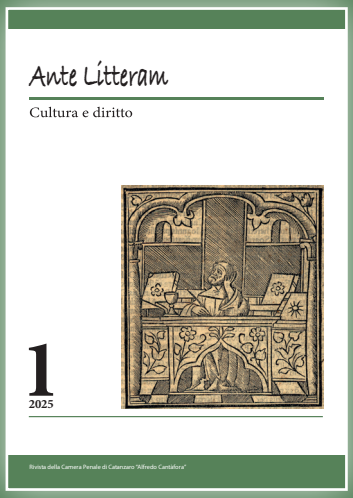
Direttore editoriale:
Pantaleone Pallone

Progetto grafico
Il Segno di Barbara Rotundo
www.graficailsegno.it

Stampa: *Rubbettino Print*
Viale R. Rubbettino, 10
88049 - Soveria Mannelli (CZ)

N. 1 - aprile 2025

In copertina: antica xilografia raffigurante Gioacchino da Fiore nel suo studiolo
(https://it.wikipedia.org/wiki/Gioacchino_da_Fiore)



Comitato scientifico:
Francesco Agnino, Fabio Alonzi, Giuseppe Amarelli, Enrico Amati, Stefano Anastasia, Elena Andolina, Lorena Bachmaier Winter, Charlie Barnao, Fabio Basile, Antonio Baudi, Domenico Bilotti, Gennaro Brescia, Alberto Cadoppi, Gian Domenico Caiazza, Mario Caligiuri, Víctor Moreno Catena, Mario Caterini, Sandro Cavaliere, Franco Coppi, Luís Coutinho, Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque, Vincenzo Nico D'Ascola, Giovannangelo De Francesco, Rosita Del Coco, Raffaele Della Valle, Alessandro Diddi, Filippo Dinacci, Valerio Donato, Roberto Escobar, Luigi Ferrajoli, Giovanni Flora, Marcello Fattore, Luc Philippe Febbraro, Luigi Fornari, Emanuele Fragasso Jr, Novella Galantini, Benedetta Galgani, Cristina Garcìa Pasqual, Gian Luigi Gatta, Filippo Giunchedi, Fausto Giunta, Enrico Grosso, Tommaso Guerini, Luigi Mariano Guzzo, Gaetano Insolera, Mota Kremnitzer, Marina Lalatta Costerbosa, Massimo La Torre, Giovanni Angelo Lodigiani, Andrea Lollo, Donatella Loprieno, Giuseppe Losappio, Nicola Maria Maiello, Vincenzo Maiello, Vittorio Manes, Adelmo Manna, Luca Marafioti, Antonella Marandola, Joseph Margulies, Oliverio Mazza, Francesco Mazzacuva, Nicola Mazzacuva, Dario Melossi, Beniamino Migliucci, Francisco Miguel Mora-Sifuentes, Oscar Morales Garcìa, Fermín Morales Prats, Francesco Bartolo Morelli, Giovanni Mottura, Salvatore Muleo, Daniele Negri, Tamar Pitch, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Gaetano Pecorella, Francesco Petrelli, Roberto Rampioni, Luciano Romito, Pietro Saitta, Alberto Scerbo, Gustavo Siqueira, Fabrizio Siracusano, Francesco Siracusano, Giorgio Spangher, Luigi Stortoni, Massimo Vecchio, Antonio Viscomi, Costantino Visconti, Nicolò Zanon.

Comitato editoriale:
Nicola Cantàfora, Giuseppe Carvelli, Aldo Casalinuovo, Vincenzo Ioppoli, Valerio Murgano, Ermenegildo Massimo Scuteri.

Coordinatori di redazione:
Antonella Canino, Fabrizio Costarella, Alessandro Guerriero, Francesco Iacopino, Danilo Iannello, Angela La Gamma, Stefania Mantelli, Attilio Matacera, Giovanni Merante, Ottavio Porto, Vincenzo Ranieri, Orlando Sapia, Nicola Tavano.

Coordinatori territoriali:
Giuseppe Aloi, Antonio Alvaro, Renzo Andricciola, Giuseppe Bruno, Michele Donadio, Roberto Le Pera, Giuseppe Milicia, Francesco Siclari, Aldo Truncè, Giovanni Zagarese.

Camera Penale di Catanzaro "Alfredo Cantàfora"
Aderente all'Unione delle Camere Penali Italiane

*di Gian Domenico Caiazza**

L'irreversibile squilibrio tra i poteri dello Stato

«*Chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova limiti (…) Perché non si possa abusare del potere occorre che il potere arresti il potere*». Così Montesquieu ragionava, nel 1748, nel porre a fondamento della idea moderna di Stato democratico il principio della separazione dei poteri. Ecco allora che il potere legislativo «*fa delle leggi per sempre o per qualche tempo, e corregge o abroga quelle esistenti*»; il potere esecutivo «*fa la pace o la guerra, invia o riceve delle ambascerie, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni*»; il potere giudiziario, infine, "*bouche de la lois*", «punisce i delitti o giudica le liti dei privati». Naturalmente le idee evolvono, si adeguano alle mutazioni sociali e politiche, ma il principio della separazione dei poteri, della limitazione reciproca tra di essi, resta il caposaldo, direi la precondizione di sopravvivenza del sistema democratico. Regolarmente, dove esso è messo in discussione, si teme per la sorte stessa della democrazia. Le cronache statunitensi di queste prime settimane di Presidenza Trump, ad esempio, ne sono la dimostrazione lampante ed allarmante, con un potere esecutivo (il Presidente) che forza e scavalca sia il potere legislativo (con la adozione di centinaia di "ordini esecutivi"), sia quello giudiziario (addirittura ignorando statuizioni non gradite e non condivise della Suprema Corte). In casa nostra, sebbene con forme del tutto diverse, l'equilibrio è saltato nei primi anni 90, e non c'è più verso di recuperarlo. È bastata una indagine giudiziaria sulla certamente assai diffusa corruzione del potere politico, accompagnata da un formidabile consenso popolare e da una irresponsabile, acritica copertura mediatica, per attribuire all'ordine giudiziario magistratuale un potere di condizionamento e di interdizione verso gli altri due poteri che non ha equivalenti in nessun altro sistema democratico. L'immagine simbolo, lo

ricordiamo tutti, fu quella dei magistrati del pool milanese in TV che affermano la necessità che un legittimo provvedimento di un governo democraticamente eletto, giusto o sbagliato che fosse non importa, venisse ritirato perché da essi non condiviso, ottenendone la revoca a furor di popolo. Un atto -a prescindere dalle intenzioni di chi lo realizzò- tecnicamente eversivo, che ha segnato in modo irreversibile l'equilibrio tra poteri dello Stato nel nostro Paese.
Perfino in questi mesi, nei quali una solida maggioranza parlamentare sembrerebbe (il condizionale è d'obbligo) determinata a portare a termine la più avversata (dalla magistratura) riforma dell'ordinamento giudiziario nella storia Repubblicana, i segni della debolezza del potere politico, intimorito e condizionato dal potere giudiziario, ci giungono copiosi.
È di pochi giorni fa la sorprendente iniziativa, assunta direttamente dalla presidente Giorgia Meloni, di fermare l'iter della proposta di legge di istituzione della giornata in onore delle vittime degli errori giudiziari, individuata nella simbolica data del 17 giugno, quella nella quale fu arrestato Enzo Tortora nell'ormai lontano 1983. Le cronache riferiscono la testualità della motivazione addotta dalla Presidente del Consiglio: «*Non diamo altri pretesti ai giudici fino alla approvazione della riforma sulla separazione delle carriere*». Dietro le apparenze di una decisione dettata da realismo strategico, di chi intenda in questo modo rendere più agevole la strada di quella fondamentale riforma costituzionale, si affaccia in realtà, nitidissima, la impressionante fotografia del patologico rapporto tra potere politico e potere giudiziario in Italia. Da un lato, infatti, non esiste alcun nesso logicamente plausibile tra questa riforma costituzionale e quella proposta di legge sulle vittime degli errori giudiziari; dall'altro, non si comprende esattamente quale pretesto potrebbe mai cogliere un soggetto – la magistratura associata – che non ha (non dovrebbe avere!) né titoli né ragioni per interloquire su una simile iniziativa politica. Il fatto che l'ANM abbia subito manifestato a proposito di essa le proprie obiezioni critiche, con motivazioni peraltro assai discutibili, non si comprende in qual modo potrebbe incidere sul percorso della riforma ordinamentale, anche nella prospettiva della quasi certa campagna referendaria successiva alla sua auspicabile approvazione. Nelle intenzioni, la Presidente Meloni vuole prevenire argomenti polemici, intesi a rafforzare, da parte delle toghe, l'idea di una maggioranza politica ispirata da sentimenti di ostilità nei confronti della Magistratura. Ma è proprio questo il punto. Le vittime di un errore giudiziario sono tali in forza di una valutazione operata dalla stessa magistratura, che riconosce l'errore giudiziario, o la ingiusta detenzione, all'esito di un procedimento che essa stessa gestisce in modo sovrano, ed in assoluta autonomia e indipendenza. Errori giudiziari ed ingiuste detenzioni sono definiti tali non dalla politica, con arbitrarie valutazioni polemiche, ma dai giudici della Repubblica, con sentenze definitive pronunziate in nome del popolo italiano. La scelta dello Stato di esprimere, con una giornata celebrativa annuale, la propria rammaricata vicinanza a chi ha subito una così grave ingiustizia, è una scelta schiettamente politica, sulla quale la magistratura, in un normale e non alterato sistema di divisione dei poteri, non avrebbe titolo alcuno per manifestare riserve o, peggio ancora, risentimento. D'altronde, la speciosa critica avanzata da ANM, secondo la quale si dovrebbe allora celebrare anche la giornata per le vittime -fu fatto questo esempio- della malasanità (le quali però, diversamente che per gli errori giudiziari, ne vedono puniti i responsabili!) dà proprio il segno di quanto sia deteriorato quel delicato equilibrio costituzionale. Da un lato il potere giudiziario pretende, come se fosse la cosa più normale del mondo, di svolgere una funzione di interdizione critica e quasi sindacale su qualsiasi iniziativa legislativa che possa anche solo richiamare l'attenzione sugli esiti e sulla qualità dell'esercizio della giurisdizione, assumendo alla stregua di una indebita aggressione qualsiasi valutazione ad essa non gradita; dall'altro, la politica riconosce, nei fatti, pieno fondamento a questa assurda pretesa, mostrando anzi di temerne le conseguenze, e confessando così, nel modo più clamoroso e sorprendente, la propria soggezione verso il potere giudiziario, ed in definitiva la sua disarmata debolezza. Che non scopriamo certo adesso, ma che francamente mai avremmo immaginato potesse spingersi a tanto.

**Past President UCPI – Direttore PQM*

Gioacchino da Fiore, tra utopia religiosa e teologia politica

*di Luigi Mariano Guzzo**

Monaco cistercense vissuto tra il decimo e l'undicesimo secolo sulle montagne della Sila calabrese, Gioacchino da Fiore segna in maniera indelebile la storia, il pensiero e la cultura dell'Occidente. Dal medioevo arriva ai giorni nostri una *posterità* definita «multiforme»[1], perché interpretata in modi differenti, talvolta contrastanti. L'abate calabrese per Dante è di «spirito profetico dotato»[2], mentre per Tommaso d'Aquino è *rudis*, ignorante[3]. Ma quest'ultimo giudizio non deve sorprendere: per Gioacchino la realtà sensibile non può essere colta appieno negli schemi della razionalità classica, come vorrebbe la filosofia scolastica. La sua è una intelligenza analogica, che si muove per immagini, per figure e per simboli. Non può essere altrimenti: il millenarismo gioachimita traduce la verità trascendente rivelata nelle Scritture cristiane nell'immanenza della storia. E questa traduzione opera nella sfera simbolica, ovvero onirica[4].

Ogni tentativo di ridurre la proposta gioachimita a sistema risulterà parziale. In Gioacchino, il cui influsso è ultroneo al punto da produrre uno "Pseudo-Gioacchino", si sono ritrovati, e si ritrovano, eretici e osservanti, francescani e regolari, luterani e tridentini, marxisti e borghesi, anarchici e massoni, modernisti e reazionari, mazziniani e fascisti, monarchici e repubblicani, estremisti e moderati, progressisti e tradizionalisti. La formazione della poliedrica coscienza occidentale[5] ha, insomma, un debito importante nei confronti di Gioacchino.

Non finisce qui. In tempi più recenti, l'eco di questo insegnamento arriva sin dentro la Casa Bianca di Obama con un accento messianico e apocalittico. Le chiese cristiane avventiste del settimo giorno, con le quali lo Stato italiano ha raggiunto un'intesa ai sensi dell'articolo 8, comma 3 della Costituzione[6], individuano nel cattolico Gioacchino un precursore. Mentre papa Benedetto XVI elogia la speranza nella «riconciliazione dei popoli e delle religioni»[7] in quella stessa tesi definita «eretica e inaccettabile»[8] dal predicatore pontificio Raniero Cantalamessa,

---

1– H. de Lubac, *La posterità spirituale di Gioacchino da Fiore. Dagli Spirituali a Schelling*, vol. 1, Jaca Book, Milano, 2016, p. 24.
2– *Divina commedia*, Paradiso, XII, 141.
3– *Opuscula theologica*, Roma, 1954, I, p. 458.
4– C.G, Jung, *Il libro rosso. Liber novus,* Bollati Boringhieri, Torino, 2009.
5– Cfr. A. Scerbo, *La radice classica della modernità profetica di Gioacchino da Fiore*, in L.M. Guzzo – A. Scerbo (a cura di), *La Parola non si ferma mai. Studi per Mons. Antonio Cantisani*, vol. 2, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024, pp. 557- 568.
6– Cfr. legge n. 516 del 1988.
7– Benedetto XVI, *Udienza generale*, 10 marzo 2010.
8– R. Cantalamessa, *Osserviamo la regola che abbiamo promesso*, in www.cantalamessa.org.

comunque elevato alla dignità cardinalizia da papa Francesco che riconosce Gioacchino quale precursore dell'ecologia integrale e della fraternità universale [9].

La logica simbolica

L'ultimo millennio dell'Occidente è quindi per intero attraversato da una composita recezione dell'opera gioachimita, che forse in sé già realizza l'auspicata palingenesi universale della storia. L'abate calabrese divide e, al contempo, mette d'accordo tutte e tutti. Ha ragione sia Guido Fassò che riconosce in Gioacchino la volontà di attuare sul piano storico il regno di Dio[10], sia Hans Kelsen che nega il fondamento divino alla cooperazione sociale e individua nell'opera dell'abate il tentativo di costituire uno «stato religiosamente perfetto nel mondo»[11].

Non si tratta di contraddizioni, appropriazioni più o meno debite, anacronismi, come potrebbero apparire sull'asse cartesiano di un pensiero "razionale". Giacché, il pensiero di Gioacchino non può essere valutato con i criteri della razionalità classica. Egli rifiuta la logica formale della *distinctio* che si afferma nella filosofia e nella dottrina giuridica medievale[12]. Non per questo, comunque, il suo pensiero è irrazionale. È un'altra forma di razionalità, che può essere qualificata come "analogica" o "simbolica" e che rientra tra quelle logiche oggi definite «non classiche» che consentono di realizzare spazi interstiziali di discorso aperte a differenti e contraddittorie soluzioni interpretative e pratiche[13]. Si tratta di un flusso di coscienza "esoterico", strutturato non in base alla parola, bensì al simbolo, cioè al linguaggio «delle verità che trascendono la nostra intelligenza»[14].

Gioacchino non è un intellettuale, e anzi se la prende con coloro che «si gonfiano della scienza scolastica» e credono più nella «letteratura» che nella «potenza di Dio»[15]. Al contempo, si guarda bene dal definirsi, e dall'essere definito, profeta: in un frammento autobiografico ricorda di essere un «homo agricola»[16]. Egli si annovera tra quegli «uomini spirituali» che sono in grado di «avere colloqui spirituali con le persone semplici o aliene dalla fede cattolica»[17]. Il suo messaggio, quindi, non è il prodotto né di elucubrazioni sofisticate né di visioni mistiche. Fa affidamento ad una inclinazione dell'animo, ad una particolare sensibilità emotiva, ad una forma di intelligenza spirituale, che gli consente di rileggere nella storia umana la rivelazione cristiana.

Il messaggio

L'intelligenza spirituale consente a Gioacchino di «aguzzare gli sguardi delle pupille interiori sul mondo delle realtà trascendenti»[18], in modo da definire una concordia,

---

9– Francesco, *Messaggio per la Giornata mondiale di preghiera per la cura del creato*, 27 giugno 2024, par. 3.
10– G. Fassò, *Cristianesimo e società,* Giuffrè, Milano, 1969, p. VII.
11– H. Kelsen, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia osciale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2014, p. 80.
12– Sul tema, per tutti, A. Errera, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica,* Giappichelli, Torino, 2006.
13– Le logiche "non classiche" sono "para-coerenti", "multi-valoriali" e "non mono-toniche. Cfr. D. Gabbay, J. Woods (a cura di), *The Many Valued and Nonmonotonic Turn in Logic,* North Holland, Amsterdam, 2007; H.P. Glenn, *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove logiche*, trad. it. a cura di S. Felito, L.M. Guzzo, N. Stamile, Esi, Napoli, 2015.
14– F. Pessoa, *Pagine esoteriche*, Adelphi, Milano, 1997, p. 59.
15– *Tractatus super quatuor evangelia*, ed. E. Buonaiuti, Roma, 1930, pp. 282 e 294.
16– Così come riporta G. Santambrogio, *Introduzione*, in E. Buonaiuti, *Gioacchino da Fiore. I tempi, la vita, il messaggio,* La Vita Felice, Milano, 2017, p. 11.
17– *Tractatus super quatuor evangelia*, ed. E. Buonaiuti, Roma, 1930, p. 294.
18– E. Buonaiuti, *Gioacchino da Fiore...,* cit., p. 252.

una concordanza di testo tra il Vecchio e il Nuovo Testamento, e interpretare «la Trinità storicamente e la storia trinitariamente»[19].
Il nucleo centrale della proposta gioachimita si basa sul rilievo che i Testamenti sono due, ma presentano una dimensione trina: nel primo si rivela il Padre, mentre nel secondo, in maniera duplice, il Figlio e lo Spirito[20]. Vi sono, quindi, tre stati che corrispondono ad altrettante età storiche: l'età del Padre, che si estende fino all'incarnazione di Gesù, l'età del Figlio, quella della Chiesa presente, e l'età dello Spirito Santo, già annunciata come tempo "terzo", di libertà e di unità piena. La Chiesa di Pietro, quella gerarchica, lascia il posto alla Chiesa di Giovanni, quella dell'apocalissi, spirituale, senza sacerdoti, guidata da contemplativi, i monaci. È il regno della riunione tra cristiani, ebrei e gentili. La pace sarà tale che persino i «santi si riposeranno dal lavoro di scrivere libri»[21]. Tutto è portato a compimento, e quindi a unità: «il primo Stato del mondo fu di schiavi; il secondo, di liberi; il terzo, sarà comunità di amici»[22].
L'operazione di esegesi biblica si trasforma in una proposta sovversiva dell'ordine sociale ed ecclesiale. Nella misura in cui si riconosce che il destino dell'individuo non è separabile da quello della comunità, della massa, il messaggio di Gioacchino appare come un'utopia politica e un'ucronia sociale. Con gli occhi della fede, però, esso è innanzitutto un messaggio escatologico, un annuncio dell'imminente arrivo del Regno di Dio.

La declinazione meridiana di una giustizia trasformativa

Il pensiero simbolico di Gioacchino è conseguente al dramma che egli vive nella realtà contraddittoria in cui è immerso: la dissolutezza morale dell'apparato ecclesiastico, la sfrontatezza del potere imperiale, la minaccia delle incursioni dei saraceni, la violenza delle crociate, l'arretratezza culturale ed economica delle classi subalterne. Una situazione angosciante, che Gioacchino affronta con il suo «temperamento bruzio, forte ed elastico, a volte duro ma sempre sincero ed affettuoso, dotato di spirito di penitenza, fortezza di carattere, amore alla solitudine, dono della profezia, distacco completo dalle cose del mondo, opposizione ai potenti della terra e molto attaccato allo spirito di povertà»[23].
Quando pensa e scrive, egli ha davanti agli occhi gli altipiani della Sila calabrese, sconfinati, selvaggi e inaccessibili. Ma l'asprezza morfologica di questi territori è consustanziale alla loro bellezza: un'ulteriore contraddizione con la quale fare i conti. Per questo motivo, la comprensione del pensiero simbolico di Gioacchino non può essere sganciata dal conteso storico, sociale e geografico in cui esso matura. Ricordandolo come «calavrese abate»[24], anche Dante enfatizza la natura meridiana del suo messaggio che conferisce al Sud la dignità di un pensiero autonomo, nei contenuti e nelle forme[25].

19– G. Silvestre, *Gioacchino da Fiore faro di luce e di nuovi orizzonti*, in M.F. Caravona, *Approccio alla personalità ed al pensiero di Gioacchino da Fiore,* Pubblisfera, San Giovanni in Fiore, p. 6.
20– Tra le opere di Gioacchino da Fiore si ricordano: *Liber concordiae novi ac veteris testamenti*, Venezia, 1527; *Apocalypsim*, Venezia, 1957; *Tractatus super quatuor evangelia,* ed. E. Buonaiuti, Roma, 1930, *De articulis fidei,* ed. a cura di E. Buonaiuti, Roma, 1936; *Liber Figurarum*, ed a cura di L. Tondelli, M. Reeves, B. Hirsch-Reich, Torino, 1953; *Adversus Judaeos*, ed. a cura di A. Frugoni, Roma, 1957.
21– Così come riportato in H. de Lubac, *La posterità spirituale...*, cit., p. 76.
22– Così come riportato in E. Buonaiuti, *Gioacchino da Fiore…*, cit., p. 30.
23– M.F. Caravona, *Approccio alla personalità…*, cit., p. 97.
24– *Divina commedia*, cit.
25– Cfr. F. Cassano, *Il pensiero meridiano*, Laterza, Roma-Bari, 1996.

Gioacchino parte dall'esperienza. È consapevole della complessità che caratterizza la realtà storica e sociale. Egli non cerca soluzioni pratiche e immediate a breve termine, non si rifugia nelle scorciatoie del pensiero scolastico, va oltre le dispute accademiche. Non è un mero sognatore o un indovino. L'abate calabrese è un monaco che intuisce la necessità di trascendere e trasformare i conflitti in atto, elaborando un obiettivo ulteriore, una "terza via". Il "terzo stato" dello Spirito è una «soluzione creativa»[26] che permette di percorrere la strada della nonviolenza. Attraverso le odierne griglie di lettura dei *conflict studies*, l'opera gioachimita offre una chiave interpretativa della *liquidità* sociale[27] post-moderna[28]. Peraltro, in questa «età dello Spirito» sembra potersi rintracciare l'ipotesi teorica sulla quale, da un lato, interpretare le identità multiple e intersezionali in contesti di pluralismo valoriale e, dall'altro, fondare le idee di un costituzionalismo globale[29] o di una «super-religione» necessaria allo sviluppo sostenibile[30].

Pace e intelligenza artificiale

La posterità sempiterna di Gioacchino risiede nel prendere consapevolezza che le risposte ai turbamenti sociali, ancorché violenti, non possono darsi nelle more di distinzioni binarie e dicotomiche (ad esempio, quella tra "buoni" e "cattivi"). La stessa legittimità giuridica positiva che esaspera i processi conflittuali finisce per non essere sostenibile sul piano sociale. C'è bisogno di immaginazione, di creatività, di logica simbolica. È necessario maturare la capacità di ragionare per analogie, ricercando soluzioni non immediate rispetto ai problemi reali, ma che siano collocabili in un ampio orizzonte di giustizia, dove informazioni contraddittorie e contrastanti coesistano nelle differenze. L'età dello Spirito corrisponde esattamente a questo spazio di «ambiguità costruttive»[31] che permette il "fiorire" di prassi di pace.

La critica di Gioacchino alla filosofia scolastica assume particolare rilevanza nei tempi attuali per un altro motivo. Il pensiero razionale, classico, aristotelico, tomistico, ha formalizzato le capacità dell'intelletto umano. Li ha rese esse stesse simboli, numeri, consegnandole di fatto alle macchine. Ma le forme dell'intelligenza umana non possono essere ridotte alla logica binaria, che oggi è propria dell'intelligenza artificiale. Vi è una intelligenza «spirituale», che si caratterizza pure per il versante emotivo[32], definita da analogie che permettono di immaginare al di là della dimensione sensibile. L'«età dello Spirito», quindi, non corrisponde alla pretesa Singolarità di una Super-intelligenza. La riflessione gioachimita sull'intelligenza spirituale consente, da un punto di vista della filosofia e del diritto, di individuare anche quell'ambito proprio di irriducibilità e di ontologica superiorità della coscienza umana rispetto a quella delle macchine, che oggi appare in profonda crisi.

**Professore Associato di diritto e religione nell'Università di Pisa.*

26– J. Galtung, *Affrontare il conflitto. Trascendere e trasformare,* Pisa University Press, Pisa, 2014, p. 24.
27– Cfr. Z. Bauman, *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2006. Id., *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
28– M. Iiritano, *Gioacchino da Fiore. Attualità di un profeta sconfitto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015.
29– Per tutti, L. Ferrajoli, *Per una costituzione della terra. L'umanità al bivio,* Feltrinelli, Milano, 2022.
30– M. Ventura, *Nelle mani di Dio. La super-religione del mondo che verrà*, il Mulino, Bologna 2021.
31– Cfr. C. Bell, *On the Law of Peace*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 166.
32– D. Goleman, *Intelligenza emotiva*, Rizzoli, Milano, 2011.

L'errore giudiziario

*di Nico D'Ascola**

SOMMARIO

1. I FONDAMENTI SOCIALI DELL'ERRORE GIUDIZIARIO. 2. L'ETEROGENESI DEI FINI. 3. LA MORTE DEL DIRITTO. 4. LA GIUSTIZIA COME AZIENDA. 5. IL CIRCO MEDIATICO. 6. L'INTERPRETAZIONE CREATIVA. 7. CONCLUSIONI.

1. I fondamenti sociali dell'errore giudiziario

Per un avvocato penalista quale io sono, scrivere dell'errore giudiziario è un compito difficile e sofferto. Tanto quanto è difficile scrivere delle cose che ti hanno tormentato per troppo tempo. Che l'esito di un processo avrebbe potuto (convinzione già sufficiente a generare il disagio) e, in taluni casi, dovuto esser diverso, è una sensazione talmente inaccettabile da indurre istintivamente meccanismi di rimozione.

Sul punto occorre preliminarmente osservare che le occasioni di errori giudiziari si moltiplicano in una società che con indifferenza sembra avere accettato l'idea che l'eterno conflitto tra libertà e autorità debba essere risolto nella preconcetta direzione di un buio trionfo della punizione. Esito scontato per società tecnocratiche e piatte, volte all'efficientismo e alla superficialità, indifferenti verso vicende individuali delle quali ritengono di non doversi troppo occupare. Ciò conferma che quelle efficientiste e tecnocratiche sono società per le quali l'imputato non è un uomo, ma solo un costo, un fastidioso caso di devianza da rimuovere al più presto. Talvolta anche indipendentemente dalla sua effettiva responsabilità. Con la conseguenza che l'errore giudiziario finisce per essere anche causato da accertamenti frettolosi. Come tali ad alto tasso di errore. Nel medesimo quadro deve poi collocarsi la tendenza alle pene esemplari, quindi richieste e irrogate in violazione dei principi costituzionali di proporzione e di personalità colpevole della responsabilità penale. Tendenze per confermare la diffusione delle quali già basterebbe leggere alcuni programmi politici per la giustizia penale, sul punto orientati da sondaggi che ne dimostrano la popolarità. Senza poi trascurare che addirittura la nascita e l'iniziale successo di taluni partiti politici sono stati agevolati dalla diffusione di ottuse propagande giustizialiste, con estrema leggerezza condivise da larghi strati della nostra società. È chiaro che in un contesto siffatto il rischio dell'errore giudiziario esplode per effetto della spinta sociale alla punizione e della connessa svalutazione del significato da attribuirsi alla libertà e alla vita dell'uomo. Di quanto scrivo è sintomo l'agghiacciante numero di suicidi in carcere, che non sembra turbare più di tanto la coscienza nazionale, in tante altre disparate occasioni pronta ad esibire la propria sensibilità. In altri termini, la deriva anti-garantista innescata da mani pulite e la sete di protagonismo e carrierismo giudiziario che ne è derivata, hanno provocato una sorta di generalizzato consenso sociale a favore della condanna. Una sorta di surrettizio e improprio mandato popolare alla magistratura che di tale mandato è priva per

legge. Consenso che però seduce i più fragili e inesperti. Insomma, sono ormai evidenti i fondamenti anche sociali e collettivi dell'errore giudiziario.
Ecco perché oggi appare inadeguata la sua tradizionale e ragionevole difesa, secondo la quale esso sarebbe causato da fattori esclusivamente concernenti la controversa interpretazione e applicazione del diritto, ovvero casi di difficile ricostruzione del fatto, risultando per tali ragioni inevitabile. Se è vero che esso è insito nella ingenua pretesa (tuttavia non altrimenti ovviabile) di ricostruire la verità attraverso attività processuali formalizzate e come tali non sempre in grado di garantire che ciò che si è acquisito corrisponda al vero, è altrettanto indiscutibile che una società veramente giusta dovrebbe limitare quanto più possibile il sacrificio dell'innocente.
Non si può poi ignorare che, nella condivisibile direzione di un significativo allargamento della nozione di errore giudiziario soccorre il pensiero di due grandi e veri maestri. Salvatore Satta, richiamando Francesco Carnelutti, ne sosteneva la diffusione. Anche una sentenza assolutoria in primo grado già ne proverebbe la esistenza. Mi permetto di aggiungere che a conclusioni analoghe si dovrebbe arrivare per il caso di un processo penale che non avrebbe dovuto celebrarsi nemmeno nella fase della udienza preliminare, per indagini che non avrebbero dovuto essere compiute, per misure cautelari che non avrebbero dovuto essere adottate o mantenute. Né si può escludere da questo stesso ambito una erronea e più grave qualificazione giuridica.
Casi, questi, anch'essi sintomatici dell'errore giudiziario. In altri termini la categoria della quale ci stiamo occupando, ben al di là di quanto taluni suggeriscono nel tentativo di minimizzare il fenomeno, non richiede la pronuncia di una sentenza di condanna successivamente corretta. In verità non vi è alcuna ragione per escludere che pure l'utilizzazione di un elemento di prova non adeguatamente verificato, ma presentato come grave, costituisca errore giudiziario, dato il contrasto, in casi siffatti, con il principio secondo il quale non è prova ciò che non è verificato o non è verificabile.

2. L'eterogenesi dei fini

Il clima che ho tratteggiato ha fortemente eroso la cultura del dubbio, nonché del rigoroso rispetto delle garanzie processuali. Ma soprattutto dei principi fondamentali, anche di quelli costituzionali sui quali molti, compresi quelli che se ne discostano, hanno pure dovuto giurare. Ne è conseguita la sconfitta del progetto di matrice popperiana di una verità non assoluta e non imposta dall'alto. Bensì frutto di verificazione e falsificazione. La convinzione che nel processo penale non si ponga una questione di verità in termini assoluti, ma che la sentenza stessa si accrediti soltanto nel caso in cui le attività che l'hanno generata abbiano compiuto un percorso dialetticamente qualificato, non ha trionfato. Ciò malgrado le scienze superiori abbiano da tempo insegnato che non tutte le proposizioni vere sono dimostrabili come tali e addirittura che il risultato dell'esperimento scientifico muta a seconda dello sperimentatore. Enunciati, questi, sufficienti a scolpire i lineamenti di una scienza che con ammirevole modestia esibisce la propria incertezza, al contrario di quanto sembra avvenire altrove. Incertezza che, trasferita al processo penale, se anche non può limitare ad libitum la pronuncia del giudice, andrebbe tenuta in maggior conto. Analogamente deve dirsi con riferimento alla saggia e pacata convinzione secondo la quale giudicare è attività estremamente difficile e complessa, che implica, non soltanto il superamento di un concorso, ma, altresì, cultura generale e cultura giuridica (oggi poco diffuse, dato anche il pietoso stato del-

la istruzione e della cultura, recentemente confermato dal tardivo allarme dell'OCSE), nonché intelligenza, esperienza, buon senso, equilibrio e un pizzico di conoscenza della vita. In altri termini formazione umana e – mi permetto di aggiungere, richiamando sul punto Leonardo Sciascia – *una salda coscienza democratica*, da porre alla base dell'uso di poteri così devastanti. Quindi rispetto per il prossimo, posto che il diritto penale non può diventare il diritto penale del nemico. La giustizia penale può (e se ne ricorrono i presupposti deve) essere severa, ma non può mai assumere sembianze persecutorie. Anche questa volta, in modo del tutto opposto la legge consente che i collegi giudicanti siano composti da magistrati giovanissimi, certamente animati dai migliori propositi, ma non per loro colpa in debito di esperienza e maturità professionale. Taluni tra costoro sono dotati di eccezionali capacità. Ma non tutti possono risultare tali, dal momento che le regole imposte alle umane capacità valgono per ogni categoria. Circostanza, questa, che rende evidente il ruolo benefico svolto dalla esperienza e dalla maggiore conoscenza acquisita attraverso il prolungato esercizio delle attività giurisdizionali. Collegi (ovvero giudici monocratici) dotati però di una competenza che si spinge sino ai massimi edittali. Giusto per paragonare il presente (non sempre migliorativo) al passato, occorre ricordare che, un tempo, anche per ovviare a questi stessi problemi, chiaramente percepiti da quel legislatore, erano state istituite le Preture. Preture poi eliminate dalla organizzazione giudiziaria per ragioni del tutto condivisibili e note ma che, occorre ammetterlo, costituivano vere e proprie scuole di formazione per i giovani magistrati ai quali era attribuita una limitatissima competenza per reati puniti sino a tre anni. Insomma, la capacità di giudicare rendendo giustizia è per pochi. Sul piano poi del sistema processuale deve tristemente osservarsi che, al contrario delle più legittime aspettative il *vecchio* di peggior fattura si è travestito di *nuovo* ed ha vinto la sua battaglia. Tanto che molti si stupiscono di rimpiangere il codice *fascista*. Stupisce anche il fatto che, malgrado gli sforzi divulgativi e le sfavillanti analisi di Luigi Ferrajoli sul garantismo, oggi sono ancora in molti a non averne compreso il senso. Nemmeno quello più facilmente afferrabile, ossia garantismo come timido e inidoneo tentativo di riequilibrare l'enorme divario tra le risorse e i mezzi che lo Stato impiega nelle indagini e gli strumenti dei quali, tra l'altro molto tardivamente rispetto al loro inizio, può disporre l'imputato. Sul punto è chiaro che tutti devono comprendere le esigenze delle indagini preliminari che nella maggior parte dei casi è necessario rimangano segrete, pena la loro inutilità. Ma ciò altro non fa che confermare l'obbligo delle garanzie da un lato, e la struttura inevitabilmente squilibrata del processo penale dall'altro. Squilibri, però, che dovrebbero indurre moderazione nel corso del giudizio. Ecco perché oggi si potrebbe semmai obiettare che dell'errore giudiziario siamo tutti responsabili o – per meglio dire – che di questo è pure responsabile l'attuale livello di una società feroce ed estremista. D'altronde non è quello del *sistema giustizia* l'unico settore delle moderne società occidentali, del tutto sopravvalutate, dal quale emergono tendenze oscure e irrazionali che i più ingenui, sempre inclini all'ottimismo, avevano ritenuto definitivamente scomparse. Al punto che oggi, anche nella civilissima Europa, non apparirebbe insensato un richiamo alla *società dei lumi* o un ritorno allo studio dei classici e ai valori dell'umanesimo. Né si può pensare che il giudice e il pubblico ministero, in quanto uomini e donne di questa società, non siano condizionati dal clima nel quale vivono e dalla pubblica opinione. Non può nemmeno escludersi

che di questa taluni siano indotti a cercare il consenso. Insomma, nella tensione dialettica tra conformismo burocratico ed eroismo intellettuale, è alto il rischio che il primo prevalga sul secondo.

3. La morte del diritto

Tutto ciò premesso, a me sembra che il diritto mite, a suo tempo tanto pubblicizzato, sia morto, o che forse non sia mai nato, essendo rimasto un sogno o peggio uno slogan. Questo stesso clima genera le cause che ostacolano il successo di quella prevalente parte della giustizia nazionale realmente colta, problematica e intellettualizzata, davvero preoccupata dell'individuo e delle garanzie che dovrebbero circondarlo, sempre attenta a non cadere in errore.

Esattamente al contrario, taluni addirittura si vantano dell'idea secondo la quale non esisterebbero imputati innocenti, essendo gli assolti soltanto dei furbi che si sono abilmente sottratti al giusto castigo. *Italianamente* agendo all'opposto, però, quando devono tutelare sé stessi. L'essersi avvalsi della facoltà di non rispondere, ossia l'esercizio di un diritto, è divenuto indizio di colpevolezza. Parole gravissime, perché eversive dei principi costituzionali. Parole che un tempo nessuno avrebbe pensato di dover sentire o leggere, perché manifestamente contrarie, non solo alla lettera, ma anche allo spirito della nostra Costituzione repubblicana. Parole, però, che malgrado tutto quanto osservato sono entrate nel vocabolario e nel dibattito giuridico, addirittura pretendendo rispetto e peggio ancora riscuotendo successo. Segno evidente di un grave crepuscolo delle conoscenze. Crepuscolo che offusca il diritto, sino a renderlo superfluo. In altri termini il diritto, quello vero, sarebbe un lusso che non potremmo più permetterci. Ma se le cose stanno davvero così non può escludersi che il mondo del diritto di stampo europeo e liberale possa frantumarsi da un momento all'altro. Tanto per esemplificare, il recente ridimensionamento della oralità conferma i sospetti di cui sopra. Sul punto noi avvocati siamo sembrati come colti di sorpresa, o forse rassegnati in attesa di ulteriori e più gravi tracolli. Retoricamente mi domando quale sarebbe stata la reazione del pur moderato Chiovenda, se posto dinanzi a una oralità da autorizzare.

4. La giustizia come azienda

Ognuno comprende che più si spinge la giustizia verso orizzonti aziendalistici e progetti efficientisti, più l'imputato e la sua vicenda umana appaiono inezie da rimuovere sulla via di una punizione (probabilmente in buona fede) ritenuta senza serie alternative sin dall'inizio delle indagini preliminari. Lo stesso giudizio penale è visto, quindi, come un costo insopportabile, anziché come il luogo dove occorre accertare la reale responsabilità dell'imputato. Di questa diffusa forma di miopia e insensibilità, costituisce conferma la recente soppressione del Tribunale per i minorenni (soppressione che, a suo tempo, io ero riuscito a impedire). La scelta legislativa di cui ci stiamo occupando è gravissima e rischia di produrre effetti devastanti sul terreno della criminalità giovanile e quindi del pericolo di perduranti carriere criminali. Né può tacersi la sottovalutazione del fondamentale ruolo svolto da magistrati specializzati, esclusivamente versati in un settore del tutto peculiare perché contrassegnato da prospettive, esigenze e programmi del tutto diversi rispetto a quelli del processo ordinario (rigorosamente rispettati dal legislatore del 1930, nonché da quello del 1988). Sottolineati anche dalla presenza nel collegio di soggetti dotati di competenze scientifiche in grado di rendere la pronuncia del giudice effettivamente calibrata, non solo sul fatto, ma anche su di una personalità in fase di delicata formazione. Del tutto al contrario, chi giudicherà non

sarà più dotato di una specifica competenza, non godrà dei vantaggi della collegialità, né della presenza di esperti. Si dovrà occupare di tutto ciò che compete al neoistituito Tribunale della famiglia, cui faranno capo anche vicende civilistiche, avendo peraltro anche l'obbligo di comporre sia il Tribunale circondariale, sia la Corte d'appello. È chiaro che tutto ciò non potrà che incentivare errori in un settore delicatissimo. Né può trascurarsi il connesso tema dell'eccesso del carico giudiziario. Tema trattato in uno spazio intermedio tra il tentativo di trovarsi un alibi e la disarmante inerzia dinanzi ad una realtà sapientemente presentata come ineluttabile. Della quale realtà non a caso nessuno, soprattutto chi ne parla, sarebbe responsabile. A proposito delle scelte legislative con le quali si è pensato di fronteggiare la questione penale, il più istruttivo libro di diritto penale (non ancora scritto), dovrebbe commentare le leggi di riforma del sistema. Leggi che si sono succedute dagli anni '70 in avanti, al fine di illustrarne il senso e le finalità. Si scoprirebbe, così, una netta tendenza asistematica e autoritaria, monotonamente giustificata dall'immancabile alibi della *casa che brucia* e dalle altrettanto immancabili lodi all'eroico *pompiere*. Emergerebbero linee di politica legislativa costantemente restrittive delle libertà dei cittadini delle quali una certa politica e i suoi oscuri consiglieri sono pienamente responsabili. Per giunta, come in tutti i casi in cui non si riesce a intravedere un limite agli eccessi, taluno si lamenta ancora della inadeguatezza del sistema punitivo. È così che il diritto penale, che dovrebbe ispirarsi al principio di frammentarietà, proprio a partire dai decisivi anni '70 è divenuto, al contrario, *totale*. Punisce tutto ed ambisce ad espandersi ancora, fino a divenire l'unica forma di illecito. È ovvio, pertanto, che a un diritto penale divenuto quantitativamente enorme e per di più sbilanciato nell'uso di tecniche legislative anticipatrici della punizione, scarsamente consapevoli del principio costituzionale di offensività, quindi ulteriormente dilatative della *matière penale*, debba corrispondere una enorme quantità di processi. Quando poi si propongono soluzioni forti, ma davvero efficaci, come il ritorno alle regole del sistema penale, la facoltatività guidata dell'azione penale, la patteggiabilità di ogni pena (sia pure con limiti legislativi), chi prima si stracciava le vesti gridando alla sempre invocata *casa che brucia*, muta atteggiamento. Divenendo subito cauto, solennemente afferma che con qualche ennesima (e inefficace) alchimia processuale, tutto sommato si può proseguire sulla stessa strada. Ma non basta. Nemmeno si riflette sullo status intellettuale e sulla affidabilità del giudice efficientista che si vorrebbe, inevitabilmente retrocesso a burocrate da intellettuale che era. Così avallando anche la convinzione secondo la quale la giurisdizione non dovrebbe preoccuparsi dei vincoli posti dalla dogmatica, divenendo così più agile e spedita. Accademia e avvocatura, di conseguenza, non rivestirebbero un ruolo effettivo all'interno della giurisdizione, esclusivamente attribuita a una magistratura pratica e spiccia. Non vi sarebbe spazio neppure per quei tradizionali suggerimenti critici finalizzati a richiamare l'attenzione sui principi che reggono il sistema e a sollecitare il dibattito e l'evoluzione della giurisprudenza. Taluni, poi, orgogliosamente affermano, senza avvertire alcun imbarazzo, che le sentenze non si commentano. Ciò, malgrado il diritto sia da tempo immemorabile secolarizzato e le sentenze siano laicamente pronunciate in nome del popolo italiano. Siamo talmente arretrati da colorare di *fas* lo *ius*.

Giova osservare che questa immagine sacerdotale della magistratura è sbagliata e deformante, perché contraria alla realtà e al diritto, anche perché le attribuisce una indimostrabile infallibilità. Si può davvero

pensare che tutto ciò non incida sui casi di errore giudiziario?

5. Il circo mediatico

Non a caso si discute di un attore che senza molta fatica si è fatto spazio nel processo penale, il *pregiudizio*. Sostantivo al quale aggiungerei l'ulteriore termine *condizionamento*. È fin troppo noto il fenomeno della spettacolarizzazione dei processi. I *media* (sospettati di oscuri legami con taluni magistrati), ma prima ancora le conferenze stampa e la fuga di notizie, già presentano gli imputati come sicuri colpevoli. Al punto che il processo sembra già concluso ancor prima di iniziare. La pubblica opinione finisce per convincersi della inutilità di un giudizio che, a quel punto, le sembra finanche dannoso, dato semmai il rischio di ribaltare una verità da tutti ormai condivisa. Risultato, se si pensa all'art. 111 della Costituzione e alla indiscutibile preminenza del giudizio rispetto alle indagini preliminari, del tutto capovolto e in aperta violazione dei principi del codice e costituzionali. A tal punto non si comprende come *quel piccolo uomo vestito di nero* (ossia l'avvocato) possa ribaltare un esito che tutti danno per scontato. Poi, nei casi in cui la Cassazione, nel rispetto dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (a molti sconosciuto), riafferma il diritto oggettivo, taluni quotidiani addirittura si scandalizzano, e disseminano sospetti, non di rado equivalenti a calunnie. Il *milieu* che descrivo è pure arricchito dall'immancabile dubbio circa il ruolo e le iniziative del difensore, puntualmente bollate come dilatorie, se non addirittura dimostrative di connivenza. Difensore un tempo ritenuto paladino dei diritti. Ma oggi inascoltato da chi avrebbe cose più importanti da fare. Il passo successivo è costituito dalla strabiliante idea secondo la quale è la difesa penale alla quale bisognerebbe porre limiti. Esattamente al contrario di quanto accade in Italia, la figura del difensore, nei paesi davvero democratici, è molto forte e rispettata. Anche perché è ritenuto il soggetto che più di tutti conosce il tasso di effettiva democraticità del sistema punitivo (forse è per questa ragione che in Italia non è benvoluto). Ciò a riprova di come qui da noi il clima sia cambiato. Contro questa incivile deriva ho sentito parlare solo gli avvocati, e non tutti.

È pertanto chiaro che questo *vento* costituisce l'*humus* ideale dell'errore giudiziario in cui può cadere un giudice a questo punto divenuto anche marginale. Un giudice schiacciato da un titolare dell'accusa che ormai domina la scena, avendo acquisito una superiore credibilità sociale e maggiore popolarità.

6. L'interpretazione creativa

Se tutto questo non bastasse, a completare il quadro dell'errore giudiziario concorre l'interpretazione *creativa*. Consiste nel punire ciò che la legge penale non consentirebbe di punire. Circostanza, questa, che già la presenta come una invenzione sorprendente sì, ma nel senso della sua intollerabile stravaganza. Proposta da chi non è mai entrato in una aula di giustizia, guarda con aristocratico distacco all'incolto conservatore refrattario rispetto ad ogni evoluzione. Costui replica con affanno che la legge penale è di esclusiva competenza del Parlamento in virtù della rappresentanza popolare della quale solo quest'ultimo è investito. Che soltanto la legge penale, non la interpretazione, è obbligatoria. Che il giudice (ma anche il pubblico ministero) non può mutarne il contenuto, pena la violazione che il principio costituzionale del divieto di analogia sfavorevole. Che il cittadino può calibrare le proprie *libere scelte d'azione* con esclusivo riferimento al testo scritto della legge e che questi principi discendono, non da un atto sublegislativo o da personali convinzioni, ma dalla nostra stessa Costituzione (art. 25 cpv.).

Costituzione che peraltro pretende, non solo la separazione dei poteri, ma anche la reciprocità dei controlli. Nonché l'autonomia e la indipendenza anche della politica (ad esclusiva tutela della funzione, non di chi ne è titolare). Quella tutela della politica, chiaramente finalizzata a garantire gli equilibri istituzionali, che si sono persi con la modifica dell'art. 68 Costituzione. Modifica che all'epoca non scatenò le polemiche che oggi circondano la proposta di separazione delle carriere dei magistrati. Ognuno però comprende che una legge penale dai contenuti cangianti e dal testo modificabile perché subordinato al *contesto*, fatta di opinioni personali e di visioni ideologiche spinte sino al limite di un riedito *Volksgeist,* finisca per punire ciò che il legislatore aveva ritenuto di non dover punire.

La stessa sociologia del diritto insegna che politica e magistratura sono sistemi separati che possono (e debbono) cooperare, ma che non possono contendersi competenze, soprattutto allorquando esse sono chiaramente distribuite. Sul punto, recentemente, la Corte di Cassazione ha fatto chiarezza. Non si può tuttavia negare che simili vicende ci consegnino un volto disomogeneo della magistratura su questioni però fondamentali. Disomogeneità che contribuisce ad alimentare una complessiva incertezza della società. Per quel che vale, ma soprattutto per evitare accuse di strabismo, nego pure che l'avvocatura versi in condizioni migliori.

Tornando alla magistratura, credo che questo andazzo ne danneggi l'autorevolezza, un tempo fuori discussione. La stessa immagine del pubblico ministero ne soffre. Pubblico ministero che talvolta appare schiavo di una opinione pubblica il consenso della quale può dare l'illusione di una investitura popolare di *serie b.* Consenso che però reclama una giustizia rapida nonché risultati certi, i quali, tuttavia, non possono essere garantiti. Così andando le cose si alimenta, ancora una volta, la falsa convinzione che il processo sia strumento di convalida – non di verifica – di una verità investigativa che non potrebbe revocarsi in dubbio.

Le cose vanno addirittura peggio nel caso in cui allo scenario sopra descritto si aggiunga la variante del maxi-processo. Ossia di centinaia di posizioni destinate ad essere valutate congiuntamente e in modo contratto, se non addirittura superficiale. La mancata o incompleta conoscenza degli atti, fenomeno già oggi preoccupante, nel caso dei maxi-giudizi rischia di esplodere.

Nella medesima direzione di un sistema giustizia senza una stella polare, si deve considerare anche il fenomeno dell'impoverimento strutturale, pure per via legislativa, delle fattispecie di reato. Caso emblematico di vicende nelle quali il legislatore ha già deciso che vi è poco da provare, così rendendo impossibile la difesa.

Che dire, infine, degli effetti delle già richiamate visioni ideologiche e personali trasferite al processo penale, della ingenua predilezione per l'idea soggettiva del giusto che induce taluni a trascurare la funzione intermediatrice del diritto e gli effetti benefici del contraddittorio e della oralità, principali antidoti all'errore giudiziario. In quest'ottica non può certo escludersi che la opinione politica del magistrato, se non tenuta ben distante dall'esercizio delle funzioni, possa agire da detonatore. Non è un caso che i magistrati di un tempo, non solo non la dichiaravano, ma fermamente evitavano che trasparisse. Ciò per la evidente ragione che ne sarebbe conseguita una perdita di imparzialità. Del tutto appropriatamente, di recente, le Sezioni Unite della Cassazione hanno sottolineato che la imparzialità è requisito irrinunciabile della giurisdizione e che deve declinarsi, non soltanto sul piano dell'essere, ma anche su quello dell'apparire. Infatti, il magistrato che intende parte-

cipare al conflitto sociale, magari decidendolo, non può poi pretendere il rispetto per l'esercizio delle sue funzioni. Proprio perché sarà percepito come espressione della politica e non della giurisdizione. Sistema della politica del quale dovrà integralmente accettare le regole. Restando aderenti al tema, si deve infine segnalare la intollerabile preferenza per le decisioni monocratiche, di un legislatore assillato dall'idea del risparmio e ignaro del valore della collegialità. Ciò altro non fa che completare un panorama fatto di povertà.

7. Conclusioni

In conclusione credo di avere presentato l'errore giudiziario in termini allargati sul piano della nozione e in termini complessi sul piano delle cause che lo possono determinare. Cause non certo limitate alla sua tradizionale e riduttiva trattazione.

La complessità delle moderne società, trasferita al mondo della giustizia penale, ci consegna questo tema evidenziando tratti analogamente complessi e multifattoriali.

Il populismo giustizialista, frutto della crisi dello stato sociale, ma anche della diffusa ignoranza, circostanze che generano la pressante ricerca di soluzioni demiurgiche, ha giocato (e tuttora gioca) un ruolo non trascurabile nella creazione un clima sociale favorevole alla condanna, del tutto ostile al rispetto delle necessarie garanzie viste come indebite tutele apprestate a un sicuro colpevole. Gli stessi principi costituzionali hanno subito un ridimensionamento nel disordinato immaginario collettivo e purtroppo anche in taluni settori della giustizia penale. Il quadro delle tutele processuali addirittura è stato talvolta presentato come la magna charta del reo.

Il codice del 1988 è stato storpiato da riforme restauratrici, del tutto contrarie alla sua lettera e al suo spirito. Nel mondo della legislazione penale trionfa poi il mito dell'efficientismo di pretta marca aziendalista, di conseguenza è declinata l'esigenza della qualità. La legge penale ha rotto ormai da tempo ogni rapporto con la dogmatica, ribaltando la sua originaria subordinazione a quest'ultima. Rapporto che però le impediva di sbagliare, così finendo per cedere all'idea di un diritto penale quantitativamente enorme e asistematico. Ne è conseguita una ingestibile quantità di processi alla quale non si riesce a trovare rimedi.

L'indecente circo mediatico al quale puntualmente assistiamo assegna le responsabilità prima ancora del giudizio. L'interpretazione creativa indebitamente dilata il precetto penale. I collegi giudicanti sono frequentemente composti, così come gli organi monocratici, da magistrati ancora in fase di formazione. La rinuncia all'anzianità come criterio prioritario per l'assegnazione degli incarichi direttivi ha contribuito a scatenare il carrierismo di taluni. Le personali visioni ideologiche e il trasferimento di altrettanto personali opinioni politiche alla giustizia, hanno posto in secondo piano il principio di imparzialità, presentando la inedita figura di un giudice immerso nel sociale e, quindi, parte, anziché arbitro imparziale. È chiaro che nessuna delle situazioni qui illustrate può dirsi finalisticamente rivolta all'errore giudiziario. Ma a questo possono ritenersi collegate da ben precisi nessi causali.

**Avvocato, Professore Ordinario di diritto penale nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria*

Note dell'Autore: questo articolo è dedicato alla memoria di Aldo e Mario Casalinuovo e costituisce la elaborazione di una mia risalente prefazione a un libro (dedicato alla medesima questione) scritto dal Prof. Vincenzo Mastronardi, noto psichiatra forense dell'Università di Roma La Sapienza.

Verso un diritto penale emozionale, tra emozioni del reo... ed emozioni del legislatore

*di Fabio Basile**

Divieto di accesso alle emozioni del reo?

Per il commissario Maigret, "*la Corte d'Assise rappresentava da sempre la parte più ingrata, più noiosa del suo lavoro e ogni volta che si trovava lì lo afferrava la stessa angoscia. Era come se in quella sede tutto venisse falsato. Non per colpa dei giudici, dei giurati o dei testimoni, non per via del codice o della procedura, ma perché degli esseri umani venivano per così dire riassunti in poche frasi, in poche sentenze*". Davanti alla Corte, pensava Maigret, "*il caso è tratteggiato a grandi linee, i personaggi sono solo abbozzi, se non caricature*"[1].

Come spesso accade, la letteratura sa esprimere efficacemente ciò che la scienza fatica a dimostrare in termini chiari: ecco allora il commissario Maigret che ben descrive come il viluppo di emozioni, passioni, sentimenti e scelte razionali che conducono un uomo a commettere un reato, quando entrano in un'aula giudiziaria, si riducono ad un "*abbozzo, se non a una caricatura*".

Perché questo accade? Perché questa riduzione della complessità emotiva del reo ad un abbozzo, ad una maldestra caricatura?

Forse, tra i tanti motivi, ciò accade perché il nostro diritto penale di matrice illuministica aspira a fornire una risposta *razionale* ad un reo ritenuto *razionale*: un reo, autore di atti commessi con "coscienza e volontà", come recita l'art. 42 c.p.; un reo fornito di libero arbitrio, capace di intendere e di volere, dal quale si pretende il controllo delle emozioni, in quanto tale motivabile attraverso la norma penale, rimproverabile, e sensibile alla pena, minacciata e inflitta.

Il codice Rocco del 1930 si allinea a questo paradigma illuministico della "risposta razionale ad un reo ritenuto razionale (*rational response to a presumably rational offender*)"[2], perlomeno fin tanto che questo paradigma risulta funzionale a soddisfare le esigenze, prioritariamente perseguite dal legislatore fascista, di prevenzione generale, assicurando la tenuta del sistema, senza cedimenti indulgenzialistici.

Ed è proprio figlia di questo paradigma la formulazione dell'art. 90 c.p.: "*gli stati emotivi o passionali non escludono l'impu-*

1- G. SIMENON, *Maigret in Corte d'Assise*, titolo originale *Maigret aux Assises*, prima pubblicazione 1960.
2- L. SHERMAN, *Reason for Emotion: Reinventing Justice with Theories, Innovations and Research, in Criminology,* 2003, p. 9 s.

tabilità": norma frutto di suggestioni da romanzo popolare più che di confronto con le scienze della mente; norma, però, a ben vedere, "di ottuso sbarramento"[3], perché essa – incurante della sua portata finzionistica – cerca di tenere fuori dalle aule giudiziarie il crogiuolo di sentimenti, passioni, emozioni che, in taluni casi, porta alla realizzazione del reato.

Chiara, infatti, è la *finzione di imputabilità* imposta d'imperio dall'art. 90 c.p., il quale in tal modo deroga alla regola (posta solo pochi articoli prima: art. 85 c.p.) della necessaria presenza della capacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto: una deroga evidente e significativa, giacché è innegabile che, nelle forme estreme, gelosia, ira, paura, angoscia e altre emozioni ancora possono accecare, far perdere il lume dell'intelletto, mandare una persona fuori di sé, escludendo la capacità di rendersi conto di quel che si fa e/o annullando i freni inibitori.

Emozioni "insopprimibili"

Epperò questo paradigma illuministico della "risposta razionale ad un reo ritenuto razionale" non era sostenibile, nella sua pienezza, nemmeno per il legislatore autoritario degli anni Trenta, e non poteva essere seguito con coerenza fino in fondo. Ed infatti, lo stesso legislatore del codice Rocco, se, tramite l'art. 90 c.p., cacciava dalla porta la gelosia, l'ira e le altre emozioni, poi in realtà finiva per aprire la finestra, per lo più maldestramente, ad alcune emozioni in particolari situazioni: lo faceva, ad esempio, con la previsione dei "delitti per causa d'onore", dove gelosia e ira, rivestite delle sembianze della "causa d'onore", consentivano al coniuge (quasi sempre il marito) che uccideva la moglie adultera di essere punito non già con la reclusione da 24 a 30 anni all'epoca prevista per l'uxoricidio (art. 577 co. 2 c.p. nel testo in vigore fino al 2018), ma con una pena quasi ridicola, la reclusione da 3 a 7 anni; e per causa d'onore potevano altresì essere commessi, con tanto di generosa riduzione di pena, oltre all'omicidio, anche i delitti di aborto, infanticidio, lesioni personali e abbandono di neonato (cfr. artt. 551, 578, 587 e 592 c.p.).

Ancora: le emozioni, cacciate dalla porta con l'art. 90 c.p., rientravano dalla finestra con l'attenuante della provocazione di cui all'art. 62 n. 2 c.p., in cui protagonista è l'ira, ira addirittura elevata a rango di "scusante" nei delitti di diffamazione e ingiuria (art. 599 c.p.); le emozioni rientravano dalla finestra, altresì, con l'attenuante della suggestione della folla in tumulto (art. 62 n. 3 c.p.), e poi con le tante previsioni (si pensi alle scusanti di cui all'art. 384, all'art. 307 co. 3, all'art. 418 co. 3, c.p.) in cui l'*affectio parentalis* – l'aver agito spinti dall'amore e dall'affetto per il coniuge o per il prossimo congiunto – procura la non punibilità[4]; fino al recente riconoscimento dello "stato di grave turbamento" ai fini della non punibilità dell'eccesso nella legittima difesa domiciliare (art. 55 co. 2, per come introdotto nel 2019).

E nei decenni successivi, a partire dagli anni '60, il paradigma del diritto penale quale "risposta razionale ad un reo ritenuto razionale" si incrina sempre più anche

3- F. PALAZZO, *Prefazione*, in D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, 2020, p. XVIII.

4- Per un'accurata analisi di tali disposizioni nella prospettiva qui rilevante, v. D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., p. 3 ss.

nelle applicazioni giurisprudenziali che, sia pur formalmente rispettose dell'art. 90 c.p., cominciano a dare rilevanza alle emozioni:
a) in sede di commisurazione della pena, dove le emozioni possono ancora rimanere celate sotto il velo dei criteri onnicomprensivi dell'art. 133 c.p., nascondendosi tra i "motivi a delinquere", le "condizioni di vita" e il "carattere del reo";
b) poi, più svelatamente, tramite la concessione delle circostanze attenuanti generiche: come ad esempio fece, con piena consapevolezza, una sentenza di legittimità del 1971, relativa al caso di un certo Tallarico di Catanzaro, che, intendendo "disfarsi della moglie per odio e raggiungere l'amante emigrata in Canada", dà mandato ad un sicario di ucciderla. Ebbene, la Cassazione riconosce che dai giudici di merito "al Tallarico l'attenuante fu riconosciuta in veste dell'ambiente di miseria e di depressione morale, economica e finanziaria, in una situazione cioè che non aveva consentito all'imputato di opporre *un freno efficiente al turbinio delle proprie passioni*"; e secondo la sentenza in esame, "gli stati passionali, pur non influendo sulla imputabilità, possono tuttavia essere ben posti *a fondamento delle attenuanti generiche,* soprattutto se concorrono con circostanze di natura ambientale e sociale che abbiano influito negativamente sullo sviluppo della personalità del reo"[5].
Si tratta di un orientamento poi consolidatosi e cristallizzatosi nel seguente principio di diritto: "*gli stati emotivi o passionali*, i quali non escludono né diminuiscono l'imputabilità, possono però essere considerati dal giudice ai fini della concessione delle *circostanze attenuanti generiche, influendo essi sulla misura della responsabilità penale*"[6]. Un principio di diritto ribadito da ultimo nella recentissima sentenza con cui la Cassazione[7] – nel tragico caso di Lorena Quaranta – ha annullato con rinvio la sentenza d'appello, in quanto i giudici di merito, pur accertando che al momento del fatto (30 marzo 2020) l'imputato versava in uno stato di profonda angoscia e di agitazione collegato all'insorgere dell'emergenza pandemica da Covid-19, non aveva adeguatamente valutato l'attitudine di quel particolare stato emotivo a giustificare la concessione delle attenuanti generiche (che, per l'appunto, erano state negate)[8];
c) infine, lungo il solco tracciato dalla sentenza Raso del 2005, nei casi in cui l'emozione supera la linea di confine tra impulsivo e compulsivo, nei casi, quindi, in cui si trapassa dalla mera "tempesta emotiva e passionale"[9] alla vera e propria farneticazione nosologica, si giunge alla dichiarazione di non imputabilità del soggetto agente, come avvenuto nel caso di Brescia del vecchio marito che, depresso e in pre-

---

5- Cass., Sez. I, 2 marzo 1971, n. 217, Rv. 118050, in *Giustizia penale*, 1972, pt. II, p. 463, con nota di P. Nannarone, *Rilevanza penale degli stati emotivi e passionali.*
6- Cfr. Cass., Sez. I, 15 novembre 1982, n. 2897, Rv. 158296; Cass., Sez. I, 5 aprile 2013, n. 7272, Rv. 259160.
7- Cass., Sez. I, 30 maggio 2024, n. 27115, Rv. 286606.
8- Va, peraltro, segnalato che, in sede di rinvio, la Corte d'assise d'appello di Reggio Calabria ha, a sua volta, negato il riconoscimento delle generiche. Sulla vicenda si attende a breve il definitivo pronunciamento della Cassazione (udienza prevista per il 20 maggio 2025).
9- Così Corte ass. app. Bologna, 8 febbraio 2019, C., la quale, in considerazione di siffatta "tempesta" (unitamente, però, anche ad altri fattori), riconosce all'imputato le generiche: v. la sentenza in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di M. DOVA, *Eccessi emotivi e responsabilità penale: la controversa sentenza della Corte d'assise d'appello di Bologna.*

da ormai ad un autentico delirio di gelosia, uccide la moglie nella loro abitazione, sita – ironia della sorte – in via Lombroso[10].

Insomma, in un modo o nell'altro, le emozioni e le passioni – che nemmeno il codice Rocco seppe mettere a tacere del tutto – finiscono per emergere nelle aule giudiziarie e, quindi, nelle sentenze dei nostri giudici, decretando il valore puramente illusorio dello sbarramento posto dall'art. 90 c.p.

Del resto, questo percorso di emersione delle emozioni e delle passioni nelle (più recenti) valutazioni giudiziarie trova pieno conforto nelle acquisizioni della psicologia, della psichiatria e, da ultimo, delle neuroscienze, che rivelano come le emozioni svolgano un indubbio *ruolo motivazionale per il comportamento umano.*

Mente e corpo, componente razionale e componente emotiva, non sono infatti contrapposte, come vorrebbe la vulgata pseudo-cartesiana[11], ma sono tra di loro *strettamente interdipendenti*: la valutazione della realtà esterna, l'interpretazione di fatti e di dati, la capacità di scelta, di ragionamento logico e di ricordare le situazioni dipendono, in modo rilevante, dallo stato emotivo dell'individuo[12], giacché – come ribadito di recente da Massimo Cacciari – "ogni azione conscia è solo la punta dell'iceberg di un immenso inconscio"[13].

E le emozioni del legislatore? No, grazie!

Le emozioni e le passioni *del reo* non vanno ovviamente per nulla confuse o, peggio, barattate con le emozioni e le passioni *del legislatore:* le prime – quelle del reo – vanno adeguatamente riconosciute e valutate nella loro incidenza sulla colpevolezza; le seconde – quelle del legislatore – vanno, invece, riguardate con estrema diffidenza in considerazione della loro incidenza sulla qualità (scarsa) e quantità (troppa) della legislazione penale. Nessuna acquiescenza andrebbe, pertanto, prestata ad un legislatore che – rinunciando alla razionalità – insegua le proprie, di emozioni e passioni! Quella freddezza, quella lucidità, quella razionalità che è irrealistico pretendere, sempre e immancabilmente, dal reo, ben potrebbero, invece, essere pretese dal legislatore, il quale, per contro, soprattutto negli ultimi anni si è spesso lasciato improvvidamente guidare dalle proprie emozioni e dalle proprie passioni e, prima di tutte, dalla passione, per dirla con Didier Fassin, "per il punire": una "passione contemporanea" che talora ha portato il nostro legislatore ad introdurre figure di reato ridondanti e ambigue, se non *tout court* "confusiogene" (come l'omicidio stradale e nautico, o il delitto di deformazione dell'aspetto di una persona); che ha condotto a smodati, continui aumenti sanzionatori (come per reati

---

10- Di tale vicenda – la cui sentenza d'appello è stata commentata da A. MELCHIONDA, *Omicidio ed assoluzione "per gelosia"*, in *Arch. Pen*. 2021, n. 1, p. 1 – è noto grazie ai mass-media l'esito assolutorio confermato dalla Cassazione nell'udienza di gennaio 2023 (v. ad es., https://lc.cx/GVf_tC), ma la relativa sentenza di legittimità non è reperibile nelle principali banche dati di giurisprudenza.

Occorre, peraltro, segnalare l'incerto crinale lungo il quale corre la valutazione delle emozioni, talora capaci, come abbiamo appena visto, di procurare una riduzione della pena o addirittura l'assoluzione; altre volte, invece, assunte come circostanze aggravanti dei motivi abietti e futili: in tal senso, da ultimo, Cass., Sez. I, 19 ottobre 2023, n. 5514, Rv. 285721.

11- Cfr. S. ARCIERI, F. BASILE, R. BIANCHETTI, P. CICERONE, *Alla radice dell'imputabilità e della colpevolezza penali. Conversazione con Massimo Cacciari – pt. 1, in Diritto penale e Uomo*, 16 dicembre 2020.

12- Sul punto, v. M. DOVA, *La tempesta emotiva e il giudice cartesiano*, in *Sist. Pen*., 27 maggio 2020; ID., *Alterazioni emotive e colpevolezza*, Torino, 2019, p. 21 ss.

13- V. *supra*, nota 11.

quali il furto in abitazione, il reato di associazione mafiosa, il reato di scambio elettorale politico-mafioso), e all'introduzione di nuove circostanze aggravanti (nell'art. 61 siamo ormai arrivati al numero 11 *novies*"); che ha condotto ad un impressionante allungamento del catalogo dei reati (di fronte al quale neanche un Manzini o un Antolisei si raccapezzerebbero più).

Si è così prodotta una graduale torsione del vecchio paradigma illuministico della "risposta razionale ad un reo ritenuto razionale" al punto che, forse, siamo ormai passati all'opposto paradigma della "risposta emozionale ad un reo ritenuto razionale (*emotional response to a presumably rational offender*)"[14].

Per contro, il dialogo tra saperi empirici e normativi, l'apertura del diritto penale ad una dimensione transdisciplinare verso le scienze umane, secondo il modello di una scienza penale integrata, già tratteggiato quasi un secolo e mezzo fa da von Liszt[15], e il connubio tra scienze umane e scienze dure che le neuroscienze aspirano a celebrare, forse potrebbe preparare il terreno per un auspicabile nuovo paradigma del diritto penale: quello di un diritto penale che sia finalmente in grado di fornire una "risposta razionale ad un reo ritenuto emozionale (*rational response to a presumably emotional offender*)": un diritto penale che – consapevole di avere a che fare con un reo intriso di emozioni e passioni – fornisca tuttavia risposte, per usare una bella espressione di Carlo Enrico Paliero, "in termini di razionalità sociale"; un diritto penale non vendicativo, non simbolico, non passionale, non emozionale, ma ispirato a riscontri empirici, a obiettivi di effettività, a valutazioni economiche di costi-benefici.

In un ripensamento complessivo "dei delitti e delle pene" potrà allora farsi spazio adeguato anche ad un "arricchimento umanistico delle categorie centrali del diritto penale"[16], affinché le stesse diano il giusto rilievo alle emozioni, alle passioni del reo: e ciò non solo in sede di scelte primarie di incriminazione, non solo in sede di valutazione giudiziaria e di commisurazione della pena, ma anche – se non soprattutto – in sede di individuazione del catalogo delle pene e delle modalità esecutive delle stesse: perché se l'emozione ha influito sulla commissione del reato, dell'emozione occorrerà tener conto anche in fase di inflizione e di esecuzione della pena.

**Avvocato, Professore Ordinario di diritto penale nell'Università Statale di Milano*

14- Sono ancora categorie lessicali di L. Sherman: v. *supra*, nota 2.

15- *Der Zweckgedanke im Strafrecht,* 1883, tr. it. a cura di A.A. CALVI, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, 1962, p. 67, secondo cui "solo nel procedere parallelo dell'antropologia criminale, della psicologia criminale, della statistica criminale con la scienza del diritto penale, risiede la possibilità di una fruttuosa lotta contro la criminalità".

16- F. PALAZZO, *Prefazione*, in D. PIVA, *Le componenti impulsive*, cit., p. XVIII.

GUGLIELMO

il caffè che fa centro

Una grande famiglia

CAPSULE COMPATIBILI CON LE MACCHINE AD USO DOMESTICO NESPRESSO, LAVAZZA A MODO MIO E DOLCEGUSTO*, MISCELE PER MOKA E PER MACCHINA ESPRESSO DI ALTISSIMA QUALITÀ, CONFEZIONI INNOVATIVE: PER CHI CERCA IL MASSIMO DEL PIACERE IN UN CAFFÈ PIENO E COSTANTE, DAL SAPORE INCONFONDIBILE.

*i marchi non sono proprietà di Guglielmo Spa né di aziende ad essa collegate

www.caffeguglielmo.it

CaffeGuglielmoOfficialFanpage CaffeGuglielmo CaffeGuglielmo

L'irrazionalità della pena e del potere punitivo

intervista a Eugenio Raúl Zaffaroni

*di Morena Gallo**

In collaborazione con l'Istituto di studi penalistici "Alimena" dell'Università della Calabria, pubblichiamo l'intervista, anticipata su nostra autorizzazione su *Sistema penale*, di Morena Gallo al Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni dal titolo: *L'irrazionalità della pena e del potere punitivo*. In considerazione del recente attacco contro Raúl Zaffaroni da parte del Presidente argentino Javier Milei in un discorso in Parlamento e sulla stampa, riteniamo opportuno, direttamente attraverso le sue parole, offrire con immediatezza il pensiero del professore argentino, uno dei penalisti più illustri del panorama internazionale. Raúl Zaffaroni è professore emerito di diritto penale e criminologia nell'Università di Buenos Aires, è stato Ministro della Corte suprema Argentina e Giudice della Corte interamericana dei diritti umani. Ha ricevuto oltre 50 lauree *honoris causa* da Università di 15 Paesi, nonché, tra i tanti altri riconoscimenti, il Premio Jescheck dell'*Asociación internacional de derecho penal*, il titolo di Grande ufficiale dell'Ordine della Stella della solidarietà italiana, la Gran croce dell'Ordine al merito della Repubblica federale tedesca, il titolo di Gran maestro dell'Ordine internazionale di criminologia del Ministero della Giustizia francese. Le dichiarazioni del Presidente Milei in tema di diritto e giustizia penale, volte a criticare il c.d. "virus dell'antipunitivismo" del quale uno dei massimi inoculatori sarebbe Raul Zaffaroni, sono state il prodromo per annunciare, dopo una riforma della recidiva già approvata, un generale inasprimento sanzionatorio, l'abbassamento della soglia per l'imputabilità dei minori e una legge sulla sicurezza. L'attacco al Prof. Zaffaroni ha suscitato la reazione compatta dell'Associazione argentina dei professori di diritto penale, con un documento che pure qui pubblichiamo, col quale, tra l'altro, è stato ribadito con forza che in uno Stato di diritto il garantismo non è un'opzione, ma un obbligo costituzionale. I professori argentini, oltre ad affermare con forza il valore delle garanzie e dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione come limite all'intervento penalistico, hanno manifestato solidarietà ai giuristi oggetto di attacchi personali per avere difeso i valori del diritto penale di uno Stato sociale di diritto.

Professore, grazie per l'opportunità di intervistarla. Innanzitutto, lei sorprende un po' i penalisti europei sostenendo che la pena e il potere punitivo in generale non rispondono a nessuna delle funzioni che solitamente vengono assegnate. Alcuni dicono che la sua posizione è abolizionista.

"Non sono un abolizionista. Più di trent'anni fa ho scritto un saggio in amichevole discussione con gli abolizionisti, tradotto in italiano con il titolo «Alla ricerca delle pene perdute» e pubblicato nel 1994. L'abolizionismo postula un vero e proprio cambiamento di civiltà. Se ciò dovesse avvenire, non è una questione di dogmatica penale. Ho cercato di dimostrare solo che il modello punitivo non è un vero modello di risoluzione dei conflitti. Ho solo chiarito che, in questo modello, c'è sempre un po' di irrazionalità, ma niente di più. Alcuni dogmatici idealisti, però, ritengono che, se nessuna delle funzioni assegnate alla punizione è vera, allora la punizione dovrebbe essere abolita. Ciò è bizzarro: il loro idealismo hegeliano porta loro a credere che tutto ciò che non è razionale non esista o debba scomparire. Il realismo più elementare ci mostra che il mondo è così com'è e che dobbiamo lavorare con il diritto penale nel mondo così com'è e non come vorremmo che fosse e, ancor meno, fingendo di ignorare la reale esistenza di poteri non del tutto razionali o legittimi. Il potere viene esercitato da chi ha il potere di esercitarlo; questo è ciò che la realtà quotidiana ci mostra, oggi più che mai".

Ma come si può legittimare il diritto penale se la pena non è mai del tutto razionale?

"Non tutte le pene sono ugualmente irrazionali, c'è un grado di irrazionalità. Nessuno nega che chi uccide o chi rapina a mano armata debba essere messo in prigione, ma con questo non si esaurisce il potere punitivo, basta guardare l'inflazione di tipologie criminali del punitivismo populista dei nostri giorni per verificarne l'espansione. È arrivato a un punto tale che, se si imponesse meccanicamente una pena per ogni azione tipica, credo che dovremmo essere tutti imprigionati, o poco meno. Poiché questa distopia è fortunatamente irrealizzabile, si impone una selezione che, naturalmente, ricade sui più vulnerabili di ogni società".

Sì, ma questo forse delegittima il lavoro dei penalisti.

"Quando sostengo che le funzioni assegnate alla pena non sono quelle che essa svolge realmente, ma quelle che ogni penalista vorrebbe che svolgesse, non sto delegittimando la pena, ma chiedo che i penalisti considerino la realtà e non inventino funzioni o modelli di Stato. Nella realtà del mondo, il potere punitivo è un fatto politico, un esercizio del potere politico, un *factum politico*, come diceva un secolo e mezzo fa il brasiliano Tobias Barreto. Diceva, giustamente, che la punizione è come la guerra: chi ha il potere lo esercita, e non secondo il «gusto» dei penalisti, ma nella misura del suo potere e secondo la sua convenienza. Quando non c'è controllo legale e nessuno pone limiti, questo potere si espande senza limiti. Lo vediamo oggi con le guerre: non c'è nessuno che ponga limiti, gli organismi internazionali sono impotenti. Gli internazionalisti se ne sono resi conto e, con umiltà, hanno smesso di discutere quando la guerra è 'giusta' e hanno iniziato a limitarne gli orribili risultati con il diritto internazionale umanitario. I penalisti non hanno avuto questo gesto di

umiltà, ma la verità è che quando non ci sono giudici a limitare l'esercizio del potere punitivo, questo si espande come potere puramente poliziesco. O stiamo dimenticando le SS, la Gestapo, il KGB, ecc.? Il compito dei dogmatici è quello di creare sistemi di interpretazione che consentano ai giudici di limitare razionalmente l'esercizio del potere punitivo. Ogni costruzione dogmatica è un vero e proprio programma politico e il contenimento del potere punitivo è ciò che impedisce il genocidio e il totalitarismo. L'indispensabile funzione di contenimento razionale del potere punitivo è ciò che più legittima il diritto penale: siamo la Croce Rossa del momento politico".

Ma allora qual è la funzione della pena?

"Alcuni frettolosi difensori della dogmatica penale idealista dicono che io sostengo che la pena non ha alcuna funzione. Non c'è niente di più sbagliato di quello che sostengo. Proprio in quanto *factum politico*, il potere punitivo è così estremamente multifunzionale che è impossibile conoscerne tutte le funzioni. Nessuno potrebbe farlo, nemmeno i sociologi e i politologi più esperti e smaliziati. Il potere punitivo può modificare i premi assicurativi, il prezzo degli immobili in un quartiere, la preferenza per un modello di auto, il *rating* di un canale televisivo, la preferenza per un candidato al parlamento, e potrei continuare. Inoltre, la pena non potrà mai avere la stessa funzione in tutti i crimini. Non credo che qualcuno possa credere che il potere punitivo sia lo stesso quando viene esercitato contro uno stupratore seriale e contro un possibile evasore fiscale, che scappa e fa ammenda del suo errore dichiarando ciò che aveva omesso, tornando così a essere un buon cittadino".

Non conosciamo le funzioni della pena, ma conosciamo i pericoli del potere punitivo?

"Esattamente, è come l'acqua, quali sono le funzioni dell'acqua? Ce ne sono troppe, ma in certe circostanze sappiamo che dobbiamo arginarla, altrimenti può affogare tutti. L'unica cosa che sappiamo del potere punitivo con assoluta certezza e per sfortunata esperienza storica, è che se non viene contenuto in modo legale e razionale, tracima e spazza via tutto".

Su quali basi viene contenuto, su quale modello di società, e non si tratterebbe di ideologia nel senso negativo del termine?

"Non sto facendo una «macrocritica» sociale, non sto assumendo il marxismo di Francoforte o cose del genere. Osservo il mondo e vedo che il potere punitivo è «selettivo», nella nostra America, in Europa, negli Stati Uniti, in Cina, ovunque, perché è inevitabile che sia così. Vedo che tende a tracimare, che se non lo contengo si traduce in detenzioni illegali, torture, esecuzioni senza processo, rapimenti, sparizioni forzate di persone, persecuzioni ideologiche, *lawfare* per squalificare i politici, incursioni nelle ambasciate e così via. Questa è la realtà, non c'è bisogno di essere un esperto criminologo per verificarla, tutti lo sanno. È solo che quando lo dico a qualche collega dogmatico idealista, lui mi dice che sono un «criminologo» e non un penalista, è ovvio che vuole escludermi dalla dogmatica perché do fastidio".

Ma è vero che lei è un criminologo. Se non sbaglio, lei ha ricevuto il Premio di Stoccolma per la Criminologia, che è qualcosa di simile al Premio Nobel per la materia.

"Sì, nel 2009. Ho una formazione criminologica e per molti anni sono stato pro-

fessore di questa materia nella Facoltà di psicologia di Buenos Aires, ma non ho mai smesso di essere un penalista. Le mie pubblicazioni lo dimostrano. Inoltre, i dati che indico sono alla portata di qualsiasi cittadino, solo i penalisti idealisti non li vedono. Ma torno alla sua domanda precedente. I criteri per programmare i sistemi di interpretazione con questi fatti della realtà sono nel diritto positivo stesso: nelle costituzioni e nei trattati universali e regionali sui diritti umani. Non ho bisogno di cercarli nella speculazione filosofica o nella critica sociale. La «selettività» punitiva danneggia l'uguaglianza costituzionale, la detenzione preventiva generalizzata danneggia il principio di presunzione d'innocenza, gli abusi danneggiano i diritti costituzionalmente protetti, ecc. Un diritto penale che limiti l'esercizio del potere punitivo è lo sforzo giuridico più importante per l'efficacia delle norme gerarchicamente più alte dei nostri rispettivi ordinamenti giuridici".

Ma la pena non ha anche una funzione preventiva, e questo non è previsto dalle stesse Costituzioni?

"È la stessa funzione preventiva che svolge tutto il diritto. Paghiamo l'affitto per non essere sfrattati, paghiamo i debiti per non essere pignorati, e questo non ha nulla a che vedere con il potere punitivo. Ma credere nella pena come strumento di prevenzione significa creare un idolo onnipotente: metto nelle fasttispecie penali tutto ciò che non mi piace e magicamente sparisce. Nei crimini più aberranti la minaccia della pena non ha alcuna funzione preventiva: si può credere che il pervertito che uccide la moglie consulti prima il codice penale per sapere quanti anni di carcere gli costerà il suo crimine? Tale prevenzione funziona in alcuni casi di calcolo costi-benefici, come i reati fiscali, ma non nei casi gravi. Ecco perché, non credendo in questo idolo, in questo falso Dio, chiamo la mia teoria della pena come *factum politico* «agnostica», non so a cosa serva, né si può conoscere nella sua interezza, non credo nella sua onnipotenza. C'è solo un onnipotente e non è sulla terra".

Alcuni ritengono che lei sia sensibilizzato dal modo in cui viene esercitato il potere punitivo in America Latina.

"È vero che osservo un potere punitivo più dannoso per l'efficacia costituzionale che nell'emisfero settentrionale. Ma questo non mi rende più sensibile, mi dà solo una visione più cruda delle sue caratteristiche. Non cantate vittoria nell'emisfero settentrionale: non è forse vero che la maggioranza dei detenuti negli Stati Uniti è nera, e come se la passano gli africani e gli islamici in Europa?"

La sua posizione è ancora critica nei confronti della dogmatica criminale, vero?

"No, credo fermamente che non si debba abbandonare il metodo dogmatico. Farlo significherebbe cadere in un pericoloso «romanticismo» e in una pura critica politica. L'unica cosa che critico è che la dogmatica è racchiusa in un idealismo che la porta a suicidarsi, a degradarsi in quella "schifosa scienza" di cui parlava Carrara riferendosi ai pratici. La dogmatica idealista neokantiana si è stancata di inventare funzioni legittimanti per la pena: prevenzione generale e speciale, positiva e negativa, in tutti i manuali possiamo vedere che ogni penalista ha scelto quella che gli piaceva di più e con quella ha eliminato la realtà del mondo. Poiché questo è troppo falso, oggi viene portato all'estremo, almeno da un settore della dogmatica: la pena serve solo a confermare l'efficacia della norma. Sì, della norma penale, e poco importa se allo

stesso tempo conferma l'inefficacia della norma costituzionale e internazionale".

Intende il funzionalismo?

"Beh, per chiamarlo così. In realtà, di un radicalismo hegeliano retrogrado che si avvicina pericolosamente a costruzioni di altri tempi. Dobbiamo tutti essere "fedeli al diritto", tornare alla "*Rechtstreue*". Tutti dobbiamo fedeltà al diritto e, quindi, ogni crimine è un atto di infedeltà, è un'omissione, omettiamo di rispettare la norma impostaci non solo dalla legge, ma anche dall'etica sociale improvvisamente incorporata nella legge, in ragione del fatto che frodiamo i "ruoli" (di buon vicino, di buon cittadino, ecc.). Ci può essere un crimine senza alcun danno al bene giuridico, perché l'importante è che omettendo di farlo violiamo la "*Rechtstreue*". Con la punizione usiamo un essere umano per riaffermare l'efficacia della norma. Mi chiedo se la crocifissione di Gesù Cristo non abbia riaffermato l'efficacia di una norma del diritto romano. Come si vede, l'idealismo dogmatico raggiunge il suo apice, si chiude in sé stesso, crocifigge Gesù Cristo se necessario, dice ai giudici di non tenere conto di alcun dato della realtà sociale, dice loro che l'unica cosa che deve interessarli è ratificare l'efficacia della norma penale nel caso in cui il reo sia stato "infedele" al diritto. L'idealismo dogmatico propone di ignorare la complessità dell'esercizio reale del potere punitivo e di farsi custodi della "fedeltà" dei sudditi – non cittadini – alla legge. In questo modo mira a portarci al grado più radicale di solipsismo giuridico".

Professore, la ringraziamo per questa opportunità ed è stato veramente un piacere parlare con lei.

"Sono io che ringrazio voi, l'Istituto di studi penalistici "Alimena" dell'Università della Calabria diretto da Mario Caterini, per le tante e interessanti iniziative che svolgete e che mi hanno visto coinvolto".

**Dottoranda in diritto penale nell'Università della Calabria.*

BANCA MONTEPAONE
GRUPPO BCC ICCREA

CONNETTORI di COMUNITÀ

Fondazione
BANCA MONTEPAONE

Saggi, casi e analisi per capire in profondità il nostro presente

RUBBETTINO *Cinquant'anni di idee libere* rubbettinoeditore.it

Brevi chiose a margine del lessico del diritto penale di Mario Caterini

*di Giovannangelo De Francesco**

Il volume di Mario Caterini dedicato al *Lessico del diritto penale* ha rievocato in chi scrive la memoria dei tempi dell'Università, allorché, in qualità di studente (non diversamente dal mio Maestro, Tullio Padovani, anch'egli da studente, come ebbe modo di raccontarmi quando cominciammo a frequentarci) preparavo l'esame di diritto penale avvalendomi del testo di Francesco Antolisei. Il motivo di tali ricordi è dovuto ad un profilo che, salve le debite differenze, accomuna le due opere, ossia la ricerca di una chiarezza espositiva in grado di trasmettere un «sapere» suscettibile di essere fruito da qualsiasi lettore interessato alla nostra pur difficile materia. Ai tempi d'oggi, risulta invero frequente la predilezione verso un linguaggio complesso e ricercato, che sembra avere come scopo principale quello di mostrare l'erudizione dell'autore e la sua attitudine a servirsi di vocaboli rari e finemente allusivi, con la conseguenza, tuttavia, di dar vita ad un «prodotto scientifico» del quale il meno che si può dire è ch'esso – come l'Essere heideggeriano – tende a nascondersi, ma - diversamente da quello – fatica a disvelarsi.

Ebbene, il «Lessico» proposto da Mario Caterini appare rivolto verso una direzione radicalmente antitetica rispetto ad una simile tendenza. Più esattamente, il suo è un programma che mira a coniugare l'elaborazione sul piano concettuale all' esigenza di tradurre quest'ultima in un «sapere discorsivo» funzionale al dialogo e all'insegnamento. L'impostazione generale si ispira ad una visione permeata da un atteggiamento di vigile e rigoroso garantismo: nelle premesse, nelle argomentazioni, nelle conclusioni via via formulate con riguardo agli istituti e alle categorie che sottendono il volto costituzionale dell'illecito e della sanzione penale. Una visione che risente nel profondo della grande lezione di civiltà giuridica dovuta agli insegnamenti di Franco Bricola, e al contempo delle suggestioni promananti, tra le altre, dalla Scuola napoletana di diritto penale: una Scuola prodigatasi da sempre nella ricerca di un connubio tra ragioni sistematiche e direttive di politica criminale, all'insegna di un orizzonte teleologico destinato ad incrociare lo sguardo del penalista nell'esplorazione dei territori maggiormente sensibili alle avventure del pensiero e all' indagine del fenomeno criminale nelle sue molteplici manifestazioni.

Non disgiunto da tale prospettiva d'insieme è poi – almeno così ci è parso leggendo e rileggendo il volume - un atteggiamento, nel merito e nel metodo, capace di sottrarsi alle sirene di una «scelta di campo» intrisa di un esasperato «personalismo», il quale corre il rischio di dimenticare che i problemi sul tappeto non sempre (ed anzi, molto raramente) si prestano ad essere definiti proponendo soluzioni ultimative e rigidamente unilaterali. Così, non potrà stupire la circostanza che, ad es., nell'illustrare le tematiche della causalità (in particolare, quella collegata all'art. 41 2° comma, c.p., e al rapporto tra probabilità statistica e probabilità logica), del caso fortuito o delle ipotesi scusanti e dei

loro rapporti con le scriminanti, il Nostro lasci emergere la possibilità di sviluppare percorsi ermeneutici suscettibili di condurre a letture differenti, e talora «polivalenti», quanto alla loro posizione sistematica, specialmente laddove ne possa discendere una «copertura» più efficace dal «rischio penale».

Di particolare interesse ci è sembrata, altresì, l'attenzione dedicata alle problematiche dell'interpretazione delle norme penali. Qui dovrebbe assumere – non è superfluo rimarcarlo – un ruolo centrale l'esigenza di garantire, nel segno dell'uguaglianza insita nella fonte-legge, il rispetto di un «vincolo» costante rispetto agli orientamenti della prassi, al fine di contenere gli eccessi di discrezionalità di quel «diritto giurisprudenziale» che ai tempi d'oggi tende sovente a discostarsi dai referenti normativi.

Orbene, Mario Caterini si dimostra profondamento consapevole dell'esigenza or ora segnalata. Due, più nello specifico, gli aspetti salienti dei suoi sviluppi tematici.

Il primo si coglie nell'elaborazione di una prospettiva ermeneutica che, prendendo realisticamente atto della frequente ambiguità dei testi normativi, conduce ad orientarsi, nel dubbio, nel senso di una soluzione favorevole all'imputato. Non si tratta, in quest'ottica, di superare i confini della legge, ma di pronunciarsi in *favorem rei* proprio laddove il dato letterale si riveli equivoco nel legittimare una risposta in chiave repressiva. Si tratta di un'impostazione che Caterini ha prospettato anche in alcuni saggi precedenti, i quali si fanno apprezzare per rigore argomentativo e coerenza metodologica.

Il secondo aspetto concerne il contributo del nostro Autore all'ampliamento degli orizzonti alla cui stregua apprezzare il fondamento del divieto di analogia. Qui vi è anzitutto da sottolineare come Caterini, al di là del divieto in questione, contesti l'analogia già sul piano della mancanza di lacune; una posizione che anche noi abbiamo avuto modo di sviluppare, in base al presupposto che il «tipo criminoso» che la fattispecie viene ad incarnare fa sì che l'analogia, prima ancora che vietata, debba considerarsi addirittura inconcepibile, sia nell'ottica, per l'appunto, della mancanza di «lacune» da colmare, sia in quella dell'impossibilità di postulare casi 'analoghi' a quelli disciplinati. E tuttavia, Mario Caterini, approfondendo ulteriormente i termini della questione alla luce dell'art. 27, 3° comma, Cost., osserva come, "perché il condannato avverta la pena come «giusta»" – essendo questo un presupposto ineludibile ai fini del processo rieducativo - debba escludersi che "la norma su cui si basa la condanna" possa essere "inventata analogicamente dal giudice senza una previa comminatoria legislativa". Ed invero, è proprio su questo «contatto» con il messaggio normativo – come ci hanno insegnato, fin dall'antichità, i massimi esponenti della filosofia politica – che viene a fondarsi la garanzia del «dominio della legge» rispetto alle determinazioni e al «volere degli uomini»; laddove, e all'opposto, la sconfessione del giusto «legale», se si eccettua la ribellione a regimi o a comandi dispotici, viene a tradire e a calpestare la fiducia che i singoli individui, allevati ed educati in seno alla *pólis*, nutrono nel vedere rispettati i confini da questa tassativamente sanciti quanto ai rapporti tra l'esercizio del potere e la salvaguardia delle proprie scelte di libertà.

Detto questo, parrebbe, tuttavia – e su questo punto ci permettiamo di manifestare un atteggiamento di dissenso con l'opinione del Nostro – che le ragioni che militano a favore della «legalità» (previsione per legge e determinatezza, così come esclusione dell'analogia) debbano essere riproposte anche nel campo delle cause di giustificazione. In effetti, poiché il fatto di reato esige l'intervento di una legge, non pare possibile che ad essa possa contrapporsi, scriminando quel fatto, una qualificazione normativa priva di analoga rilevanza e che non sia circondata dagli ulteriori limiti poc'anzi richiamati. E ciò, non soltanto per motivazioni di carattere formale (ossia dettate dal rispetto della gerarchia delle fonti), ma anche in virtù di ragioni di tipo sostanziale, essendo evidente che l'interesse sotteso alla norma permissiva possa reggere il confronto con quello espresso dal fatto tipico, soltanto qualora sia la stessa legge, ed alle medesime condizioni, a conferirgli un «rango» comparabile con quello corrispondente al nucleo di valore racchiuso nella norma incriminatrice;

non senza aggiungere – vale la pena ricordarlo – che la «giustificazione» del fatto deve considerarsi tutt'altro che «indolore» per il terzo destinato a subirla (basti pensare all'esercizio di un diritto ed a maggior ragione all'adempimento di un dovere), di talché ben si comprende come a quest'ultimo spetti un legittimo interesse a che essa risulti fondata su una previsione di legge dai confini tassativamente delineati.

Collegato in certa misura alle questioni sinora affrontate è anche il tema dell'offensività. E qui Caterini mostra di sapersi muovere con particolare accortezza in uno spazio intrinsecamente problematico, non senza riconoscere, con sincera onestà intellettuale, le possibili tensioni tra tipicità-determinatezza e ricerca di un disvalore suscettibile di apparire concretamente afferrabile. Al fine di arginare possibili contestazioni, egli, con riguardo, ad es., ai reati di pericolo, sviluppa l'argomento in base al quale la garanzia costituzionale della legalità, pur vietando di punire oltre i limiti della legge, non "imponga", viceversa, di irrogare comunque la sanzione: di modo che, facendo ricorso ad un interpretazione lato sensu «adeguatrice», sarebbe possibile pervenire ad una soluzione, la quale si traduca nel conferire al pericolo, in apparenza astratto, una dimensione concretamente idonea a rivelare la probabilità dell'offesa. Si tratta di una lettura senza dubbio ingegnosa, anche se resta l'impressione della difficoltà di appianare per suo tramite l'esistenza di un contrasto tra le due esigenze poc'anzi evocate; un contrasto, d'altro canto, che mal si presta a venire stemperato facendo leva sulla ben nota interpretazione dell'art. 49 c.p. in chiave c.d. «realistica», la quale ha posto e continua a porre non pochi interrogativi circa la sua compatibilità con l'ordito complessivo del sistema.

Certo è che l'esitazione della stessa Corte costituzionale a circoscrivere maggiormente lo spettro della tutela si traduce nel conferire al giudice ordinario lo svolgimento di un compito al quale egli finisce col ritenersi in qualche modo legittimato. Ma non è men vero, tuttavia, che la scelta di accreditare una simile prospettiva rischia pur sempre di avviare la definizione del *quid puniendum* verso una crescente erosione dei confini della legalità, aprendo il varco a «manipolazioni» intollerabili a cospetto degli stessi principi di garanzia chiamati a governare la nostra materia alla luce della Costituzione.

Il merito di Caterini resta, nondimeno, quello di avere dedicato particolare attenzione ad un nodo sistematico e politico-criminale di grande rilievo nell'orizzonte dei principi, per di più illustrato con didattica acribìa, similmente ad altre problematiche, attraverso il commento a singoli «casi pratici» elencati all'inizio di ciascun capitolo.

Di sicuro interesse è anche l'esposizione dedicata alla tematica della colpevolezza. Senza potermi qui soffermare sulle molteplici questioni inerenti al terzo elemento o 'principio' che investe l'analisi del reato, mi piace tuttavia sottolineare come l' Autore, nel momento di definire l'ambito di rilevanza del fenomeno dell'*ignorantia legis*, si preoccupi, questa volta, di salvaguardare, malgrado la diversità della sedes materiae, la posizione logicamente e teleologicamente preliminare della «pietra angolare» rappresentata dalla tipicità dell'illecito. A tale riguardo – ammonisce l'Autore, sviluppando alcuni spunti in materia – si è troppo spesso ritenuto di dover ricondurre al piano della colpevolezza (e più esattamente, all'esclusione del rimprovero a causa di un errore inevitabile) situazioni meritevoli di essere invece affrontate e tematizzate alla luce di una diversa chiave di lettura. Ed in effetti – come lascia emergere, tra le altre, la questione del c.d. dubbio invincibile – la presenza di indirizzi contrastanti nell'ambito della giurisprudenza dovrebbe giocare a favore del riconoscimento di una carenza del sistema sotto il profilo della stessa tipicità del fatto, sì da rendere inammissibile la scelta di «spostare» e rinviare al piano soggettivo-personalistico l'individuazione di fattori già ab initio preclusivi di un addebito di rilevanza penale.

In un'opera particolarmente attenta alla dimensione teleologica dei principi del nostro settore disciplinare non poteva poi mancare una trattazione, prima ancora che dei singoli effetti del reato, delle funzioni e degli scopi fondamentali attribuiti alla pena. A tale riguardo, Caterini si mostra propenso ad attribuire un ruolo di par-

ticolare rilevanza alla prospettiva della rieducazione: una prospettiva, il cui significato preminente nella nostra architettura costituzionale non tollera una visione limitata alle sole logiche della sanzione, venendo esso a proiettarsi – come l'Autore evidenzia a più riprese – sugli stessi principi e profili strutturali inerenti ai contenuti del reato. Né può dimenticarsi come il paradigma rieducativo abbia contribuito ad accrescere la consapevolezza circa il ruolo fondamentale spettante al principio di proporzione, nel quale si esprime un criterio di misura, sul piano qualitativo e quantitativo, che governa l'intero universo della penalità, e che trova un riscontro emblematico, oltre che nell'ambito degli indirizzi della nostra Corte costituzionale, nella stessa esperienza delle fonti e delle decisioni adottate in sede sovranazionale, anch'essa opportunamente ricordata nel volume qui presentato.

Vero tutto ciò, non può negarsi, peraltro, come il finalismo rieducativo, specialmente nell'ottica della predisposizione di un «trattamento» efficace, abbia spesso richiamato l'esigenza di addentrarsi il più possibile (salva, beninteso, la disponibilità dell'interessato) nel percorso esistenziale proprio dell'autore del fatto, alla luce degli sviluppi, in certa misura unici ed irripetibili, che ne hanno condizionato la fisionomia: un'esigenza, come appare evidente, che difficilmente potrebbe conciliarsi con un metodo di approccio, il quale (magari, con l'obiettivo di «alleggerire» l'impegno ch'essa comporta) si limitasse, viceversa, a far leva su schemi di valutazione sostanzialmente uniformi, e come tali destinati ad incorrere nel rischio di arbitrarie generalizzazioni. La rieducazione, valutata in quest'ottica, sembrerebbe dunque spostare l'angolo visuale dalla posizione del «soggetto attivo» nella sua qualità di portavoce della «tipicità» o quale destinatario di un'imputazione fondata su requisiti (come nota Padovani) in certa misura «omologabili» a quelli degli altri consociati, ad una prospettiva necessariamente incentrata sul singolo individuo, e come tale inscindibilmente collegata, a livello di accertamenti e di strategie d'intervento, allo specifico processo di formazione del suo carattere e della sua personalità. Ed è proprio ragionando in quest'ottica, che viene allora da pensare che l'Autore del nostro Lessico abbia voluto offrire una testimonianza emblematica della rilevanza di tale ultimo profilo allorché si è trovato a decidere quale argomento meritasse di figurare nella parte conclusiva del suo contributo. Non sembra un caso, per vero, la circostanza che la vasta Appendice del volume, che reca l'impronta di valenti collaboratori, risulti dedicata al Sistema penale minorile, sia con riguardo al processo e al trattamento dei minori, che nell'ottica delle previsioni incriminatrici a tutela dei medesimi.

La condizione del minore, quale soggetto particolarmente fragile o più facilmente «manipolabile», implica come dovere prioritario quello di occuparsi dei profili educativi e rieducativi che lo riguardano. Se l'educazione risulta compromessa dalle omissioni o dagli abusi di chi abbia il dovere di averne cura e che invece manchi di provvedere alle sue necessità o se ne approfitti illecitamente, la rieducazione configura, per altro verso, l'aspetto saliente del metodo di approccio alla devianza minorile, venendo essa a conferire significato a qualsiasi programma od intervento rivolti a fronteggiarla.

Il minore, il singolo minore, l'individuo immaturo che agisca contra legem evoca, in altri termini, il bisogno ineludibile che il procedimento a suo carico – così come il suo esito finale - vengano a rispecchiare un canone valutativo in grado di svincolarsi al più presto dall'astrattismo del «tipo d'illecito» per immergersi nella concretezza dei disagi personali, delle influenze ambientali, dei difetti di socializzazione e di vicinanza affettiva che siano stati all'origine della condotta incriminata: essendo appunto questa, vale la pena ribadirlo, l'unica strada per poter vedere attuato il progetto rieducativo nella sua più profonda vocazione a garantire ai singoli destinatari – a maggior ragione, se minori d'età – un futuro diverso dalle esperienze e dalle vicissitudini che li abbiano personalmente coinvolti, inducendoli a rimanere insensibili, se non addirittura ostili, all'appello della legalità.

**Professore Ordinario di diritto penale nell'Università di Pisa.*

PERSONAGGI

Né mostri né martiri. Lo sguardo poetico di Gianni Amelio sul diritto penale

*di Antonella Canino**

È passata quasi in sordina la proiezione a febbraio di quest'anno presso l'IPM Silvio Paternostro di Catanzaro, a 55 anni dalla sua realizzazione, dell'opera prima di Gianni Amelio *La fine del gioco*.

Un'operazione culturale appartenente, potremmo di dire, all'archeologia cinematografica che tuttavia avrebbe meritato maggiore attenzione da parte della città, non solo perché Gianni Amelio, nativo della vicina Magisano, ha trascorso la sua età di formazione nella nostra città, o perché alla sceneggiatura partecipò Mimmo Rafele catanzarese anch'esso, uno degli autori più apprezzati del cinema italiano, ma anche perché il film venne girato pressoché interamente a Catanzaro.

Confesso di averlo visto in questa occasione per la prima volta questo film e, sorpresa per le scene girate in alcuni dei luoghi storicamente "giudiziari" della nostra città, Piazza Matteotti e l'Istituto Penale Minorile, e per le tematiche affrontate, ho approfittato di una serata trascorsa a casa dell'avv. Marcello Furriolo che, con Gianni Amelio ha condiviso gli studi liceali e le esperienze culturali in quell'epoca, per saperne di più sul giovane Gianni Amelio e su quel film.

Mi racconta, circondati da pile di libri, dischi, locandine di film celebri (non necessariamente "strappati" da Mimmo Rotella) e altri memorabilia tra cui le prime bozze a mano libera per il progetto del Politeama di Paolo Portoghesi, di quando, nei primi anni sessanta, insieme a Gianni Amelio, Mimmo Rafele, Piero Bevilacqua, con le "incursioni" di Franco Piperno (solo per citare alcuni di quelli che hanno raggiunto fama nazionale) e con "uno sparuto gruppetto di giovanissimi studenti universitari appena usciti dal liceo classico Galluppi, il vecchio liceo di Corso Mazzini, con l'entusiasmo dell'età e la passione delle idee" diedero vita al periodico "Il Manifesto" e ad altre iniziative politiche e culturali nel centro della nostra città.

Mi trasmette il ricordo della loro passione per il cinema, il teatro, la musica, la pittura, la letteratura che consideravano gli strumenti, le armi di una "rivoluzione" che avrebbe dovuto condurre ad una società migliore.

Mi descrive l'entusiasmo giovanile di Gianni Amelio per il cinema, arricchendo il racconto con aneddoti sulla sua abilità nel manovrare gli strumenti di proiezione delle pellicole nei cineforum che questo gruppetto di cinefili organizzava in una sala del centro cittadino.

Mi spiega come quella primordiale utopia di miglioramento della società attraverso la cultura, filtri quasi in ogni fotogramma delle sue pellicole, e di come la poetica di Amelio sia percepibile anche nei suoi film, in senso lato, di ambientazione giudiziaria.

Con la curiosità suscitatami da questa serata ho rivisto alcuni film di Gianni Amelio.

La fine del Gioco (1970) è il film di esordio alla regia di Gianni Amelio.

Sceneggiato dallo stesso Amelio e da Mimmo Rafele, venne girato, con i pochissimi mezzi messi a loro disposizione dal secondo canale della Rai nell'ambito di un progetto di cinema sperimentale per autori esordienti, proprio nella città della loro primitiva formazione culturale.
Il film si avvale della recitazione di Ugo Gregoretti, del quale Amelio era stato fino ad allora aiuto regista, nei panni di un giornalista che sta realizzando un reportage sul disagio e sulla difficile esperienza di vita di un dodicenne, Leonardo, orfano di padre, recluso nel riformatorio di Catanzaro.
Amelio, introduce al tema del film con una lunga sequenza, magistralmente "documentaria" del carattere totalizzante dell'istituzione carceraria e dell'alienazione che produce sui reclusi: riprende in campo lungo una fila di giovani ospiti dell'istituto penitenziario minorile che, sorvegliati da personale penitenziario a bordo di una Fiat 124 che li segue a passo d'uomo, dapprima attraversano piazza Matteotti, poi fanno ritorno in Istituto costeggiandone il muro di cinta ed infine raggiungono i dormitori, salendone, quasi come automi, le scale.
Nessuna voce narrante, nessun sottofondo musicale: solo il rumore cadenzato dei passi funge da commento sonoro alla sequenza.
Al piano superiore un giornalista sta allestendo il set che ospiterà l'intervista a Leonardo.
Dal dialogo tra i due scopriamo che Leonardo è un dodicenne, ristretto in riformatorio non perché abbia commesso un reato, ma solo perché "discolo".
Il film prosegue con il giornalista che ottiene dal direttore dell'Istituto una licenza premio per Leonardo con l'intento di proseguire il suo reportage filmando il ragazzo al ritorno a casa nel remoto paesino natio.
Durante il viaggio in treno Leonardo comprende che al giornalista non interessa la sua storia di vita, né quali siano le reali condizioni in cui vive la sua detenzione, accontentandosi piuttosto della "realtà" predisposta dalla direzione per le riprese e tentando di costruire una realtà stereotipata, rassicurante per gli spettatori. Alla prima fermata Leonardo, fuggirà dal treno.
Il film condivide l'idea primordiale del film che lo ha reso celebre *Il ladro di bambini* (1992) che racconta la storia di un carabiniere e del viaggio compiuto per portare due ragazzini in un istituto. I due film sono inoltre accumunati dalla circostanza che ad introdurre la trama siano fatti giuridicamente rilevanti: in uno il riconoscimento giudiziale del carattere discolo del recluso, nell'altro la carcerazione della madre dei bambini e la necessità del suo ricovero in istituto.
Se in questi due film il diritto penale costituisce soltanto l'antefatto che innesca la trama, altre due opere del maestro Amelio presentano una trama narrativa incentrata su specifiche fattispecie normative.
In *Porte aperte* (1990) assume un ruolo centrale la pena di morte, ne *Il signore delle formiche* (2022), la vicenda umana del protagonista è travolta dall'accusa per il reato di plagio.
Nessuna delle due norme è ormai in vigore. Nonostante ciò, uno dei pregi di entrambe le opere risiede nella capacità di Gianni Amelio di rappresentare l'essenza del tema giuridico affrontato, al di là e oltre le singole vicende giudiziarie narrate; la sua abilità, potremmo dire prendendo a prestito il titolo di un'altra sua straordinaria pellicola, di "colpire al cuore" lo spettatore della storia processuale che vi si narra.
La maestria con cui Amelio riesce a trasporre cinematograficamente le dinamiche dei pro-

cessi penali al centro delle due vicende è tale da rendere in entrambi i casi trasparente, anche per il pubblico più superficiale, che dietro alla supposta funzione securitaria della pena di morte nel caso di Porte aperte, o dietro alla necessità di correzione della "devianza" ne Il signore delle formiche, si celi un modo di intendere, prospettare, invocare e utilizzare il diritto penale funzionale al potere e non ai bisogni della collettività.
Emblematico al riguardo Porte aperte nel quale l'imputato è un pluriomicida reo confesso rispetto al quale Amelio non vuole suscitare alcuna compassione.
Porte Aperte, uscito nelle sale nel 1990, è tratto dall'omonimo romanzo di Leonardo Sciascia del 1987.

La trama è nota. Palermo, 1937. È da poco entrato in vigore il codice penale fascista che ha reintrodotto la pena di morte. Tommaso Scalia (nel film Ennio Fantastichini) da qualche tempo licenziato dalla "Confederazione fascista professionisti e artisti", fa ritorno nell'edificio che ospitava il suo ufficio e con fredda, lucida determinazione, uccide il capo ufficio che lo ha licenziato e il collega che ha preso il suo posto. Poi, dopo avere condotto la moglie che lo attendeva in macchina ignara dei propositi omicidi del marito, in luogo appartato fuori città ed averla costretta ad un rapporto sessuale contro la sua volontà, la uccide con una revolverata alla nuca.
Il giudizio si celebra immediatamente avanti la Corte di Assise.
A latere di un presidente ormai in procinto di chiudere la sua carriera, si augura serenamente, viene chiamato a comporre il collegio da una pretura periferica il giudice Vito di Francesco (Gian Maria Volontè che per questa interpretazione ottenne una nomination agli oscar del 1991).
Il giudizio sembra avere un esito scontato nella condanna alla pena capitale che il regime auspica con una leziosa lettera indirizzata al presidente della corte e che il pubblico in aula invoca a gran voce. Il giudice a latere (nel romanzo di Sciascia chiamato "il piccolo giudice") è intimamente contrario alla pena di morte e perciò si adopera, nonostante l'ostilità del pubblico del processo e anche contro la volontà dell'imputato affinché, qualificando gli omicidi come delitti d'onore in continuazione, gli venga comminato l'ergastolo e non la pena capitale.
La strategia processuale del giudice a latere, sebbene conforme alla legge, è però contraria alla volontà del legislatore fascista resa palese dal procuratore generale durante un pranzo con il presidente e il giudice a latere della corte di assise. Con la pena di morte, dice il procuratore, lo Stato garantisce la sicurezza dei propri cittadini. La pena capitale serve per *cancellare dalla faccia della terra tutti i ladri, i violenti, i maniaci, gli spostati.* Solo così l'azione della legge, processo dopo processo, può *fare in modo che la gente perbene possa vivere tranquilla, possa andare a dormire lasciando la porta aperta.*
Per il giudice di Francesco invece la pena capitale *non è materia di giurisprudenza ma di politica: serve a chi ci governa, non ai cittadini.*
Il tentativo del giudice di aggirare la legge con la stessa legge naufraga, non di meno Di Francesco riuscirà con l'aiuto di un giudice popolare illuminato (interpretato da Renato Carpentieri) a convincere la giuria a comminare l'ergastolo. In appello la sentenza verrà riformata in *peius*.
Altro film, altro processo.
Il signore delle formiche (2022).
L'orrore per la pena di morte, abolita dalla Costituzione, cede il posto all'orrore per il reato di plagio e per un processo istruito, condotto e concluso attorno al pregiudizio che la gente perbene nutre verso ogni diversità.

Il signore delle formiche. Elio Germano e Luigi Lo Cascio

Tratto da una storia vera, narra dell'amore omosessuale, corrisposto, di Aldo Braibanti per il ventitreenne Ettore Tagliaferri (nome di fantasia utilizzato nel film) e del processo per plagio instaurato in seguito alla denuncia dei familiari del ragazzo: una delle pagine più buie della giustizia italiana.
Una storia dimenticata, lontana nel tempo, apparentemente inattuale stante la dichiarazione di incostituzionalità del reato di plagio avvenuta nel 1981, ma attualissima nella temperie (in)culturale che stiamo attraversando.
Anno 1968. Mentre il mondo sta conoscendo rivolgimenti di ogni tipo e i giovani (non più soltanto sparuti gruppetti di utopisti) immaginano che la società possa, in poche ore, cambiare in meglio, si celebra in Italia un processo grottesco che condannò Aldo Braibanti a nove anni di reclusione.
Unico caso in cui venne applicato, prima di essere abolito per sempre, il reato di plagio.
Un processo, dice Gianni Amelio, fondato su *un'accusa talmente paradossale da non meritare nemmeno una difesa.*
Una specie di caccia allo stregone rappresentato da un intellettuale coltissimo, curioso, innovatore, con la passione per la mirmecologia; un partigiano che per questo aveva conosciuto le carceri fasciste, un comunista, un omosessuale: Aldo Braibanti, appunto nel film Luigi Lo Cascio. La sua vera «colpa» fu quella di amare, ricambiato, un giovane di 23 anni, nel film interpretato da Leonardo Maltese.
Anche in questo film le scene del dibattimento, che il regista ha minuziosamente ricostruito studiando i documenti processuali, sono più emozionanti e più efficaci di moltissimi film di genere giudiziario.
Il taglio delle riprese, la fotografia, la profondità dei dialoghi riescono a restituire il clima del processo, di quel processo ben descritto dal giornalista che nel film segue la vicenda (Elio Germano): questo processo è *lo specchio del nostro paese, del suo aspetto più retrivo, più meschino, più criminale.*
Il processo si concluderà con la condanna di Braibanti a nove anni di reclusione, il PM ne aveva chiesti 14, nonostante la presunta vittima del reato, in realtà vittima della famiglia che lo sottopose a numerosi interventi di elettroshock per "curarlo", avesse dichiarato che *il processo è assurdo... perché non c'è nessun colpevole, perché non c'è nessuna colpa.*
La pena venne ridotta in appello a quattro anni, due dei quali condonati per il suo trascorso da partigiano. Il reato di plagio venne dichiarato incostituzionale nel 1981 per indeterminatezza della fattispecie incriminatrice anche grazie alla battaglia di civiltà condotta dai radicali, nel film ricordati da Gianni Amelio con l'inserimento di un breve cameo di Emma Bonino.
Guardo un'intervista a Gianni Amelio in cui, parlando della vicenda Braibanti e dei cambiamenti intervenuti nella nostra società da quell'epoca ad oggi si domanda se loro, quei giovani che pensavano di cambiare il mondo in poche ore, abbiano fatto abbastanza, immaginando *quel gruppetto sparuto di studenti catanzaresi* con la passione per il cinema, il teatro, la musica, la pittura, la letteratura, che con quelle armi volevano compiere una "rivoluzione" che avrebbe dovuto condurre ad una società migliore. Si maestro Amelio tanto è stato fatto, ma tanto c'è ancora da fare: è necessario che ognuno di noi si impegni quotidianamente per migliorare questa società, per non lasciare che si "incattivisca" ulteriormente, per impedire che il processo regredisca verso una concezione illiberale del diritto.
Nel film Braibanti dice: *"Non voglio essere un martire: né mostro né martire"*.
Noi quotidianamente continueremo la battaglia per far sì che le persone imputate non siano più *né mostri né martiri.*

**Avvocato, Consigliere del Direttivo della Camera Penale di Catanzaro "Alfredo Cantàfora".*

Ranieri®
INTERNATIONAL

Italian Life Style

Motonautica F.lli Ranieri Srl / RANIERI INTERNATIONAL
www.ranieri-international.com - info@ranieri-international.com
SOVERATO (CZ) Italy - Tel. 0967 25839

BRULLI energia

“Due strade
trovai nel bosco e io,
io scelsi quella meno battuta.
Ed è per questo che
sono diverso.”

R. Frost

L’ENERGIA,
GIUSTA.

Quella che portiamo in tutto il mondo
nasce principalmente dall’acqua.
La produciamo lasciando il 50% degli utili sul territorio.
È pulita. È rinnovabile. È per tutti.

www.brulli.eu