

Colpa o rischio? Sulla coesistenza di due principi e sulla loro difficile legittimazione morale

Alberto Bondolfi

Abstract – This article aims to highlight the «eternal» character of the arguments put forward in favor or against the moral legitimacy of penal sanctions. Contemporary discussions tend to replace the criterion of guilt with that of the risk of recidivism and, in doing so, impose a paradigm shift on the entire judicial system. It is argued that, from a moral point of view, this paradigm shift has clear limits. Moreover, the undifferentiated use of the criterion of «dangerousness» in the context of penal sanctions is shown to be highly problematic also when considered from a theological perspective. The article argues for an intermediate position. On the one hand, significance is conceded to the category of dangerousness; on the other hand, it is insisted that this significance must be thought of as constrained by the rules of a law that respects the fundamental rights of every person.

Il tema di questo contributo è classico ed al contempo particolarmente attuale. Esso costituisce l'oggetto di un dibattito che potremmo chiamare «eterno» ed ha assunto in questi ultimi anni una nuova fisionomia, che a sua volta sollecita una attenzione critica e specifica da parte della riflessione etica.

Intendo strutturare le mie considerazioni in varie tappe: a mo' di introduzione cercherò innanzitutto di mettere in evidenza il fatto che i dibattiti attorno alla legittimazione morale della sanzione penale siano per così dire necessariamente «eterni» poiché sembra davvero impossibile trovare una argomentazione o una catena di argomenti così perfetta da assumere tutti gli aspetti pertinenti in questo ambito ed al contempo da risultare coerente a tutti coloro che si sono espressi su questa problematica. In un

Riprendo qui, con ulteriori approfondimenti e correzioni, alcune considerazioni che avevo già formulato in due mie pubblicazioni precedenti: *La peine: un thème à redécouvrir en éthique et en droit*, in «Revue de théologie et de philosophie», 141, 2009, pp. 115-126, e *Quelle légitimation éthique pour le droit pénal? Partir du principe du risque ou de la faute?*, in F. Riklin - A. Bächtold (edd), *Sicherheit über alles? / Sécurité avant tout?*, Bern 2010, pp. 65-72.

secondo momento cercherò di ‘schizzare il contesto’ in cui si è inserito il discorso attorno al rischio di comportamento criminale e di esporre le misure principali preconizzate da coloro che hanno animato questo stesso dibattito. In una tappa ulteriore mi chiederò se tale approccio al fenomeno della criminalità ed alla sua prevenzione sia giustificabile su un piano etico normativo. Spero qui di riuscire, dopo aver soppesato le ragioni a favore e contrarie a tale prospettiva, a formulare una ‘posizione intermedia’ che le dia una legittimità parziale, concludendo infine con alcune considerazioni di carattere teologico che dovrebbero servire a meglio localizzare il senso dell’impegno di varie organizzazioni legate alle chiese cristiane in campo penale.

Il tutto si concepisce evidentemente come riflessione frammentaria ed aperta alla critica: non intendo proporre posizioni sicure ma solo «dubbi legati comunque ad una riflessione». Il mio contatto con penalisti e criminologi non ha diminuito o alleggerito i miei dubbi, bensì li ha ancora maggiormente alimentati. La mia comunque non vuole essere una critica malevola, ma un tentativo di superamento delle logiche contemporanee legate alla prevenzione del rischio che si vuole cooperativa pur nella costante attenzione critica.

1. *Legittimare la sanzione penale sul piano morale: un compito «infinito»*

Da sempre le società basate sulla scrittura hanno cercato di formulare ragioni di principio per legittimare anche moralmente la repressione nei confronti di coloro che avessero turbato la pace sociale con comportamenti ritenuti dannosi per questa stessa convivenza.

Tali pratiche repressive sono comunque anche rimaste vicine ad altre non necessariamente legate a comportamenti realmente dannosi, ma ritenute tali o da istanze religiose o dall’arbitrio delle autorità politiche al potere: la repressione «selvaggia» ha da sempre accompagnato alcune pratiche penali facendole proprie anche al di fuori del quadro istituzionale, e delle condizioni morali entro cui erano state previste. Molti avversari di tiranni sono stati ingiustamente privati della loro libertà e persino della loro vita in nome di un potere giudiziario indebitamente usurpato da coloro che non avevano titoli per esercitare tale potere. Lo stesso vale anche per autorità religiose che hanno reagito con violenza repressiva nei confronti di persone ritenute dannose per l’unità della comunità religiosa. La lotta violenta contro le eresie nel cristianesimo occidentale medievale e della prima età moderna ne è chiara illustrazione. Ma non

intendo parlare di questi fenomeni bensì limitarmi all'attività giudiziaria legata ad un potere politico ritenuto fundamentalmente legittimo e indirizzata a comportamenti ritenuti a giusta ragione come criminali.

Gli argomenti che la filosofia e la teologia morale hanno proposto nel corso dei secoli che ci hanno preceduto per legittimare l'intervento repressivo dello Stato verso coloro che hanno violato le leggi penali sono relativamente costanti, e mostrano variazioni di rilievo solo a riguardo delle condizioni quadro entro cui le sanzioni sono considerate come moralmente e giuridicamente legittime. Le ricordo sommariamente, visto che esse sono ritrovabili in ogni manuale di diritto penale o di filosofia del diritto¹.

– Le teorie cosiddette «assolute» o legate al principio della necessità della retribuzione sottolineano la necessità di una risposta repressiva al delitto, anche se attraverso la pena non si persegue alcun fine definito. È necessario comunque che questa risposta repressiva sia proporzionata al delitto commesso, applicando il principio, ritenuto evidente, che sia necessario rispondere con il male della pena al male del delitto commesso.

– Le teorie dette «relative» invece si propongono di perseguire, mediante la sanzione penale, un fine che si ritiene fondato sia nei fatti sia a livello di principio. Tre finalità classiche vengono qui proposte, sia in una forma «pura» sia «combinata». Una prima finalità, detta di «prevenzione generale» viene individuata nel fatto che le pene previste dalle leggi preservano una popolazione dal commettere delitti, nella variante detta della «prevenzione speciale» è il singolo potenziale criminale ad essere dissuaso dal compiere un eventuale delitto, mentre una terza finalità

¹ Rimando, per una prima conoscenza, ad un mio contributo non proprio recente, ma che espone con maggior agio queste argomentazioni. Cfr. A. Bondolfi, *Legittimazioni etiche e politiche della pena*, in B. Bertelli (ed), *Legittimazione della pena e politica penitenziaria*, Trento 1992, pp. 25-49 (con bibliografia meno recente). Per quanto riguarda le pubblicazioni non manualistiche e più recenti in materia cfr. M.A. Cattaneo, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino 1990; L. Eusebi, *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1989; F. Zanuso - S. Fuselli (edd), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova 2004; I. Marchetti - C. Mazzucato, *La pena «in castigo». Un'analisi critica su regole e sanzioni*. Milano 2006; B. Guillarme, *Penser la peine*, Paris 2003; A. Garapon - F. Gros, - T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris 2001; G. Casadamont - P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris 2004; Ch. Nadeau - M. Vacheret, *Le châtimeut*, Montréal 2005; J.C. Wolf, *Verhütung oder Vergeltung? Ethische Straftheorien*, Freiburg i.Br. 1992; N. Campagna, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Stuttgart 2007; N. Hoerster, *Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie*, München 2012. Cfr. infine il numero speciale della «Revue de théologie et de philosophie», 141, 2009, dal titolo *Y a-t-il une peine juste?*

della pena viene colta nel fatto che essa dovrebbe «risocializzare» il reo rendendolo capace di comportamenti legali in futuro.

Tutti gli argomenti, ora schizzati in maniera del tutto sommaria sono largamente noti e vengono difesi in genere in una loro versione «mista», in cui i singoli argomenti trovano la loro giustificazione specifica in momenti diversi in cui la sanzione opera rispettivamente funzioni diverse: la prevenzione generale, grazie ad una legislazione penale che preveda chiaramente i vari comportamenti ritenuti illegali e le sanzioni ad essi associati, la prevenzione speciale, nel momento stesso in cui un cittadino voglia porre in opera un comportamento delittuoso, ed infine la finalità risocializzante solo nel momento in cui il reo sia stato condannato dopo un processo equo e scontati effettivamente la sanzione pronunciata contro di lui.

Tutte queste argomentazioni sono state oggetto di varie critiche sia sul piano della loro efficacia reale nella vita in società sia a livello di principio. Le loro debolezze sono insite soprattutto nel «monismo argomentativo», nel fatto cioè di ritenere come pertinente un solo argomento legato ad una sola finalità della pena, approdando così a situazioni del tutto aporetiche. Le «teorie miste», che combinano tra loro varie finalità della sanzione penale e le ritengono tutte moralmente legittime se combinate tra loro, cercano di minimizzare il carattere aporetico delle singole argomentazioni, senza comunque arrivare a proporre una logica globale completamente soddisfacente.

Tale situazione spiega, almeno parzialmente, la ripresa della figura argomentativa basata sulla necessità fattuale e morale della retribuzione come risposta ad ogni comportamento delittuoso. Il neoretribuzionismo è stato proposto recentemente in varie versioni, tutte accomunate dall'intenzione di dare maggior pertinenza argomentativa a questa forma di legittimazione². Ciò nonostante l'argomentazione continua a manifestare debolezze che non riesce a superare.

Ma non è mia intenzione approfondire questa specifica tematica in questa sede. Vorrei piuttosto attirare l'attenzione sulle condizioni quadro, entro cui ogni argomentazione a favore della legittimità della sanzione penale

² Per una critica teologica del retributivismo rimando a: A. Bondolfi, *Ripensare il retributivismo cristiano*, in «Munera», 2012, 2, pp. 67-79. Cfr. anche dello stesso autore, *Colpa e pena. La responsabilità umana tra teologia e diritto*, in M. Borsari - D. Francesconi (edd), *Peccato e pena. Responsabilità degli uomini e castigo divino nelle religioni dell'Occidente*. Modena 2007, pp. 153-183. Per una considerazione globale del rapporto tra retributivismo e richiamo alla categoria di colpa cfr. il volume collettaneo: S. Biancu - A. Bondolfi - F. de Vecchi (edd), *Culpabilité et rétribution. Essais de philosophie pénale* (Etica e diritto, 5), Basel 2011.

può acquistare o perdere pertinenza morale e giuridica. Ne evocherò solo alcune³ scegliendo tra quelle che ritengo maggiormente pertinenti anche per una valutazione adeguata del momento presente.

Esse risalgono, nella loro prima chiara formulazione, alla tradizione filosofica dell'Illuminismo e in particolare alla riflessione di Cesare Beccaria. Attraverso una loro sommaria riconsiderazione intendo mettere in luce alcune difficoltà e contraddizioni presenti nella riflessione e nella prassi penale contemporanea.

«Nulla pœna sine damnum»: questa affermazione-postulato non sembra essere molto presente, almeno in maniera esplicita, nella coscienza collettiva delle nostre società tardo-moderne. Eppure essa costituisce uno dei passaggi chiave da un sistema penale pre-moderno ad uno pienamente moderno e democratico. Gli esempi del passato, anche se semplicemente evocati, dovrebbero comunque sensibilizzarci per non cadere in situazioni analoghe anche ai nostri giorni. Così la repressione dell'eresia, della magia e di alcuni comportamenti sessuali strettamente «privati» non dovrebbero più essere oggetto di repressione penale⁴. In realtà il diritto penale contemporaneo, almeno nei Paesi a regime democratico, ha rinunciato definitivamente a punire i «delitti contro la religione», anche se rimane aperta una possibilità di repressione di comportamenti antireligiosi che rechino un danno certo ai sentimenti di coloro che si identificano con una credenza religiosa⁵. Rimane comunque del tutto aperta la questione tesa a stabilire se uno Stato democratico debba punire comportamenti chiaramente dannosi per colui che li pone in atto, ma che non hanno altra vittima che l'attore stesso. Rientrano in questo ambito le pratiche di repressione nei confronti di consumatori di droghe, di coloro che mettono a disposizione prestazioni sessuali in cambio di denaro, di coloro che si prestano a produrre rappresentazioni pornografiche o che le consumano a titolo personale. Non è mia intenzione discutere se questi singoli comportamenti siano davvero solo

³ Per una enumerazione maggiormente esaustiva ed approfondita rimando alla ricerca fondamentale di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Bari 1989.

⁴ Per un'analisi storica cfr. S. Ragg, *Ketzer und Recht: die weltliche Ketzergesetzgebung des Hochmittelalters unter dem Einfluss des römischen und kanonischen Rechts*, Hannover 2006; per una ricostruzione della genesi storica della repressione di posizioni ritenute non ortodosse nella storia del cristianesimo cfr. G. Filoramo, *La croce e il potere. I cristiani da martiri a persecutori*, Bari 2011.

⁵ Sulla problematica della punibilità della blasfemia in questo contesto cfr. D. Piattelli, *L'offesa alla divinità negli ordinamenti giuridici del mondo antico*, Roma 1977; J.P. Wils, *Gotteslästerung*, Frankfurt a.M. 2007; A. Dierkens (ed), *Le blasphème: du péché au crime*, Bruxelles 2012; N. Marchei, *Bestemmia e bene giuridico: tra teoria e giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1998.

dannosi per coloro che li mettono in opera o se il danno sia reale anche nei confronti di terzi che sono direttamente o indirettamente toccati da simili pratiche. In ogni caso per uno Stato democratico e rispettoso della distinzione tra sfera morale e sfera giuridico-penale diventerà sempre più difficile mostrare la pertinenza di una repressione penale di simili comportamenti se non riuscirà a rendere evidente il danno reale per una popolazione legato alle singole condotte ora evocate. I vari movimenti tendenti a decriminalizzare parzialmente o completamente simili condotte è da far risalire a una maggiore sensibilità per i limiti che un sistema penale democratico si pone, in nome appunto del principio del «nulla poena sine damnum». Ammetto che si manifestano oggi anche tendenze, sia in ambito specificamente filosofico ed etico sia in ambito giuridico, tendenti a voler negare l'esistenza stessa di doveri morali nei confronti di se stessi, indipendentemente dalla questione più precisa di una loro repressione penale da parte dello Stato. Questa discussione evidentemente influenza anche l'interpretazione da dare all'assioma della «nulla poena sine damnum»⁶, ma sembra ignorare o perlomeno mettere in ombra la differenza tra principi di diritto penale e principi morali. Inoltre, anche in una prospettiva in cui si volesse dare alla considerazione delle conseguenze dovute alla tolleranza verso questi comportamenti un'importanza e una rilevanza per un giudizio morale, si dovrebbe concludere che uno Stato di diritto non può rimanere assolutamente indifferente nei confronti di queste stesse condotte.

Un secondo postulato che abbiamo ereditato dall'Illuminismo penale è quello che recita «nulla poena sine lege». A prima vista si potrebbe pensare che tale principio sia una esigenza puramente interna allo strumento del diritto, ma una considerazione maggiormente approfondita ci mette in evidenza come tale esigenza abbia anche una valenza morale. Il diritto penale infatti, autolimitando la propria implementazione solo ai comportamenti chiaramente definiti dalla legge scritta, si autopreserva da forme di «terrorismo morale» che ignorano appunto la distinzione tra peccato e reato⁷. La riflessione etica da parte sua è chiamata a riflettere e a negoziare in maniera permanente il rapporto

⁶ Un esempio tra i più radicali, pur nella formulazione molto suggestiva, è quella del filosofo francese Ruwen Ogien. Si veda soprattutto la sua ultima opera: R. Ogien, *L'Etat nous rend-il meilleurs?*, Paris 2013; cfr. anche, dello stesso autore, *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*, Paris 2007. Per una discussione critica di questo approccio cfr. il numero speciale della «Revue de théologie et philosophie», 140, 2008, 2-3, dal titolo *L'éthique minimale*, con vari contributi.

⁷ Sul contributo dato da considerazioni teologiche a questa distinzione cfr. le ricerche storiche di Paolo Prodi, tra cui primeggia: P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2001.

tra le due sfere, della moralità e della legalità, in modo da proporre continuamente argomenti pertinenti per fissare in maniera sempre più differenziata la linea di frontiera tra esse. Che tale frontiera non possa essere fissata una volta per tutte risulta dal fatto che le metamorfosi della criminalità sono continue e che la sensibilità morale nei confronti di esse è pure mutevole. Si pensi, per citare un caso che dovrebbe risultare particolarmente esemplare, alle metamorfosi fattuali del non rispetto della proprietà. Il furto ha assunto forme molto diverse, a seconda dell'«ingegno criminale» degli attori da una parte e dalle mutate forme assunte dai beni materiali dall'altra come pure dalle mutate sensibilità morali nei confronti del non rispetto della proprietà privata. Le forme assunte dalla repressione penale hanno dovuto tener conto di tutte queste variabili, anche se il loro successo, sia teorico sia pratico, non è sempre stato all'altezza delle sfide annunciate nelle varie fasi storiche⁸. Qualora il legislatore non si preoccupasse di adeguare le proprie minacce di pena alle mutate condizioni sociali e storiche ne risulterebbe un atteggiamento di ripulsa morale da parte della popolazione che manifesta regolarmente un comportamento del tutto legale. Si pensi ad esempio, a questo proposito, alla mancata repressione di delitti sessuali, quando questi ultimi fossero compiuti all'interno della sfera familiare⁹. Il principio della «nulla poena sine lege» mantiene dunque tutto il suo valore, anche se la sua pertinenza va sempre misurata sulla concreta volontà di revisione e di riforma da parte di un legislatore che deve tenere in debito conto le mutazioni delle pratiche criminali e delle sensibilità morali della popolazione.

Un terzo assioma, ereditato pure in questa forma dalla filosofia sociale illuminista, è quello che recita «nulla poena sine culpa». L'attenzione riservata al momento soggettivo nel compimento del reato è un processo estremamente lungo, da studiare storicamente sulla lunga durata e non può evidentemente essere ricostruito in questa sede. È comunque indispensabile, all'interno del discorso che intendo qui articolare, mettere in evidenza la vicinanza che il diritto penale, attraverso la categoria di colpa, intrattiene con la sfera della riflessione etica¹⁰. Non è evidente-

⁸ Cfr. su questa problematica P. Prodi, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna 2009.

⁹ Per quanto concerne i doveri degli Stati al riguardo si veda l'interessante ricerca di N. Campagna, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Stuttgart 2007.

¹⁰ Mi sono espresso sulla rilevanza del concetto di colpa in A. Bondolfi, *Colpa e pena: un nodo complesso ma non inestricabile*, in A. Acerbi - L. Eusebi (edd), *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, Milano 1998, pp. 13-30.

mente possibile limitarsi a questa semplice constatazione senza problematizzare al contempo questa vicinanza. Bisogna ritenerla indispensabile oppure essa va classificata tra le «liaisons dangereuses»? A mio avviso va data una risposta positiva ad entrambi gli interrogativi, anche se con questa semplice affermazione non si è ancora riusciti ad articolare in dettaglio il rapporto ideale che dovrebbe sussistere tra le due sfere, quella giuridico-penale e quella della filosofia morale. Si dovrà dunque precisare in che senso sia indispensabile mantenere la categoria di colpa, sia nel discorso etico sia in quello specificamente penale, pur rimanendo consapevoli che così si dovrà entrare in una specie di *Irrgarten*, di labirinto nel quale sarà poi difficile districarsi e trovare una via maestra. Mi limito qui, comunque, ad osservare che da un certo punto di vista il legame tra la sanzione penale e il richiamo al concetto di colpa vada mantenuto per garantire alla pena il suo carattere di espressione della disapprovazione morale nei confronti di comportamenti che provocano un danno alle vittime e all'insieme della società. Al contempo le ragioni invocate in vista di una rinuncia al concetto di colpa vanno comunque prese sul serio, soprattutto quando esse vengono difese per legittimare una reazione sociale a comportamenti che non sono necessariamente legati a una colpa morale soggettiva da parte dell'attore di un delitto. Nell'ambito del presente testo mi limiterò dunque a proporre qualche riflessione critica nei confronti del richiamo al concetto di colpa quando quest'ultimo volesse eludere completamente la pertinenza della categoria di rischio e di pericolosità in ambito penale o, al contrario, quando una rinuncia ad ogni evocazione della categoria di colpa fosse finalizzata a dare spazio completo e senza alternative alle due altre categorie or ora evocate.

L'approccio al diritto penale, facendo riferimento esclusivo al rischio di recidiva da parte dei delinquenti, rappresenta a mio avviso un suo cambiamento paradigmatico e non semplicemente un approfondimento settoriale e tematico. Le conseguenze sul piano della legittimazione etica delle sanzioni penali sono particolarmente devastanti e richiedono dunque un riesame globale di tutta la problematica.

2. *Il contesto della discussione contemporanea attorno al rischio di comportamento criminale*

Sono numerosi i tentativi di giustificare su una base diversa da quella inaugurata dalla tradizione illuminista e liberale la necessità di una risposta repressiva da parte della società nei confronti di comportamenti

criminali. L'approccio che si richiama al rischio come categoria centrale è fra quelli prevalenti al momento presente, ma evidentemente non è l'unico¹¹. Esso trae beneficio indiretto anche da altre tendenze che con quest'ultimo hanno in comune il fatto di voler spiegare il comportamento umano a partire da premesse a carattere naturalistico. Premessa evidentemente molto ampia e che permette al suo interno specificazioni e precisazioni ulteriori.

Quella che secondo me risulta offrire oggi la sfida più interessante ed essere allo stesso tempo la più pertinente è quella suggerita (poiché «fondata» davvero non lo è ancora) dalle neuroscienze¹². Queste ultime non riescono certamente a «dimostrare» un rapporto di causalità diretta ed evidente tra processi cerebrali e condotte delittuose, ma perlomeno una correlazione tra entrambi i fenomeni. Il lavoro di interpretazione ed ancor più di applicazione di una simile correlazione costituisce un problema estremamente complesso, quasi completamente davanti a noi. È richiesta a noi tutti in questo ambito una doppia prudenza. La prima è tutta legata al lavoro empirico dei neuroscienziati che scoprono sempre maggiori relazioni tra fenomeni psichici, di comportamento e il mutamento di strutture a livello cerebrale. Evidentemente la constatazione non porta automaticamente ad una interpretazione univoca dei fenomeni e ancor meno a determinare cause ed effetti dei fenomeni e delle correlazioni osservate. La seconda prudenza riguarda la riflessione filosofica in genere e quella etica in particolare. A partire dai fenomeni osservati e in parte interpretati è particolarmente rischioso azzardare affermazioni di principio riguardo alla volontà umana, alla sua libertà o determinazione. Le neuroscienze, in altre parole, «non dimostrano» né il fondamento della libertà umana né tantomeno sono in grado di confermare o di negare pertinenza ad affermazioni filosofiche riguardanti il libero arbitrio umano.

¹¹ Per un primo approccio in questo ambito cfr. J. Curbet, *La seguridad: un enfoque integral*, Barcelona 2009, come pure: H. Lagrange, *Demandes de sécurité. France, Europe, Etats-Unis*, Paris 2003; Ch. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010.

¹² Per un primo approccio alla problematica da parte di giuristi si veda il volume collettaneo M. Senn - D. Puskàs (edd), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart 2006; cfr. anche questi contributi più recenti: A. Ruske, *Ohne Schuld und Sühne: Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, Berlin 2011; M. Siesel, *Das Strafrecht, die Neurophysiologie und die Willensfreiheit*, Hamburg 2009; I. Merzagora, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano 2012. Tra le ricerche più recenti cfr. L. Casartelli - C. Chiamulera, *Opportunities, Threats and Limitations of Neuroscience Data in Forensic Psychiatric Evaluation*, in «Current Opinion Psychiatry», 2013, 26, in corso di stampa; come pure, degli stessi autori, si veda *Which Future for Neuroscience in Forensic Psychiatry: Theoretical Hurdles and Empirical Chances*, in «Frontiers in Psychiatry», July 2013.

Anche il campo specifico del diritto penale e dei suoi fondamenti sembra essere reso fragile dalle conoscenze recenti delle neuroscienze¹³. A dire il vero a formulare le affermazioni più radicali non sono tanto gli stessi neuroscienziati, che in genere manifestano forte prudenza nel trarre conseguenze dirette dalle loro ricerche, quanto piuttosto alcuni «volgarizzatori» che vorrebbero poter rendere operative subito alcune ipotesi che i neuroscienziati emettono in quanto tali.

Queste visioni semplicistiche della libertà umana di fronte a scelte legate a condotte legali o meno rammentano un po' una tradizione di pensiero che in Italia ha goduto, nel XIX secolo e in parte anche nel XX, di una particolare popolarità. Viene dunque alla mente soprattutto l'opera di Cesare Lombroso¹⁴ e della sua «scuola positiva», ritenuta tale poiché essa sarebbe stata basata su fatti irrefutabili.

Anche se il contesto storico è profondamente mutato si possono comunque riscontrare alcune analogie quando si tende a sottolineare la presenza di fattori interni al patrimonio genetico, fisico e psichico di un essere umano per poter poi prevedere un eventuale rischio di comportamento deviante, mettendo tra parentesi le potenzialità di un comportamento moralmente e legalmente corretto da parte di questa medesima persona. In alcuni casi si preconizza persino l'introduzione di metodi empirici legati alle ricerche neuroscientifiche per meglio determinare il grado di responsabilità in casi legati a condotte delittuose.

Si potrebbe pensare che un simile approccio al comportamento umano sia una caratteristica specifica dell'ambito penale. In realtà si può osservare la presenza di un «approccio centrato sul rischio» anche in altri ambiti della vita sociale. La paura ha assunto nuovi volti nel nostro vivere in società e richiede risposte che la possano mitigare se non far svanire del tutto¹⁵. Vengono dunque studiate empiricamente tutte le predisposizioni

¹³ Cfr. A. Santosuosso (ed), *Le neuroscienze e il diritto*, Como - Pavia 2009; C. Triberti, *Omicidio o follia?: come le nuove scienze possono cambiare le norme*, Milano 2011.

¹⁴ Per una rilettura critica si veda S. Montaldo (ed), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino 2009. Cfr. anche E. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano 2012. Una ricca iconografia che illustra discussioni di quel tempo è ritrovabile in U. Levrà (ed), *La scienza e la colpa. Crimini, criminali, criminologi: un volto dell'Ottocento*, Milano 1985.

¹⁵ Tra la letteratura immensa attorno alla categoria di rischio evoco solo qualche titolo maggiormente pertinente per la tendenza qui descritta: M. Douglas, *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano 1991; *Rischio: la parola, le interpretazioni, le storie, i luoghi, i modelli, archivio*, Roma 2000 (= «Parole chiave, 2000, 22-24»); B. Troncarelli, *Scienza e diritto nella complessità sociale: il principio di precauzione*, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2007.

individuali e collettive che potrebbe costituire un pericolo per la nostra vita in comune e si cerca di implementare politiche di prevenzione che possano minimizzare le nostre angosce.

| 91

3. Cosa riusciamo a giustificare da un punto di vista etico?

Queste linee di tendenza nella ricerca empirica sembrano mettere a soqquadro la chiara divisione del lavoro imperante finora tra considerazioni a carattere morale su alcune condotte ritenute riprovevoli, la loro sanzione penale da una parte e la ricerca criminologica dall'altra. Di fronte a discorsi in cui i due registri vengono mescolati con disinvoltura accostando tra loro le categorie di colpa e di rischio, non sappiamo bene come reagire in maniera adeguata.

Ne risulta una doppia insicurezza: quella teorica dei discorsi legittimatori della pena, che ne esce come inadeguata e quella pratica dell'esecuzione delle pene che, al di là di una critica dell'istituzione carceraria già presente prima di questo fenomeno, non distingue sufficientemente tra il momento dell'esecuzione della pena e quello della misura amministrativo-psichiatrica.

I delitti che maggiormente ci spaventano e ci destabilizzano sono puniti sempre di più attraverso una strategia in due tempi, molto spesso inseriti nella sentenza stessa e nelle sue motivazioni. Sovente l'attore e imputato viene considerato come «colpevole» e come «responsabile» delle attività delittuose che gli sono direttamente attribuite, mentre al contempo si afferma che la sua personalità sia distorta, patologica e pericolosa per il convivere sociale, per cui egli diventa oggetto di una misura la cui legittimazione è data dalla necessità di proteggere la società da simili persone. La competenza per verificare la colpevolezza è del giudice, dopo aver ascoltato entrambi gli interventi (quello del pubblico ministero e dell'avvocato difensore) mentre quella riguardante la pericolosità è delegata al rapporto di una persona esperta in psichiatria. Entrambi gli elementi e le rispettive competenze entrano comunque nell'argomentazione della sentenza penale.

Ammetto senz'altro che questa mia descrizione dell'attività processuale sia relativamente rozza e che essa non renda davvero giustizia al lavoro di molti specialisti che intervengono in questo contesto. Il mio intento comunque non è quello di voler negare professionalità a questi diversi interventi, ma piuttosto quello di mettere in evidenza come le logiche che stanno alla base di queste *expertises* non siano tra loro compatibili.

Sembra mancare una coerenza razionale globale che leghi i vari momenti previsti in questo lavoro di sentenza. Non per nulla emergono varie contraddizioni lungo l'arco temporale previsto da queste prese di posizione.

In un primo momento le istanze che giudicano un comportamento delittuoso si concentrano sulle disposizioni legali che regolano e reprimono un comportamento preciso e le applicano in maniera specifica e legata alle circostanze all'attore accusato. L'attenzione del pubblico ministero dapprima e dei giudici in seguito non si limita solo a tessere un legame tra i comportamenti delittuosi accuratamente ricostruiti, ma essi esaminano pure, o meglio tentano di ricostruire, il grado di responsabilità soggettiva attribuito alla persona oggetto dell'accusa. In questa fase il contributo delle scienze psichiatriche viene in aiuto del pubblico ministero per determinare il grado di consapevolezza e di responsabilità dell'accusato al momento dell'azione delittuosa e si ispirano dunque al principio di colpevolezza anche se questa categoria dovrebbe essere relativamente estranea alla scienza psichiatrica. Essa infatti si definisce come quella parte della scienza medica che interpreta e terapizza le malattie mentali.

Fa parte comunque del giudizio clinico anche un apprezzamento sulla percezione che l'attore ha della legittimità delle azioni che egli ha messo in atto. Da parte sua il giudizio penale non può prescindere da una valutazione della personalità dell'imputato e della coscienza che egli ha avuto al momento del delitto, come pure al momento del processo, del carattere asociale del proprio comportamento.

Se il giudice perviene alla convinzione che l'imputato sia incapace di percepire il carattere illecito dei comportamenti delittuosi che gli si rimproverano, quest'ultimo viene rinvio direttamente alle istanze psichiatriche che cercheranno di mettere in atto le misure terapeutiche necessarie per poterlo riportare, nella misura del possibile, ad un comportamento non più deviante.

Nei rari casi maggiormente gravi ed evidenti non si arriverà nemmeno ad istruire un processo poiché l'attore verrà direttamente affidato alle istanze psichiatriche.

Ma la maggior parte dei delitti vengono trattati nell'ambito di processi penali il cui statuto non viene chiaramente definito a priori. Si pensa infatti che sia appunto compito del processo stabilire le rispettive competenze e responsabilità e di decidere se sia necessario prevedere sanzioni definite sulla base delle leggi penali in vigore. La divisione del lavoro tra attori di giustizia e specialisti in psichiatria non è dunque stabilita a priori, ma

viene negoziata direttamente all'interno del processo penale, secondo un apprezzamento puntuale deciso sulla base del dibattito stesso.

Esaminando le considerazioni che i vari attori manifestano appunto durante il dibattito si può evincere anche la presenza delle ideologie che fanno capolino in questo contesto. Mi permetto di evocarne almeno due che mi sembrano particolarmente degne di attenzione per la loro importanza nel momento presente:

– Per quanto riguarda la misura della pena ci si riferisce sempre più spesso non solo al criterio classico dell'intensità del *dolus* da parte dell'attore del delitto, ma anche al bisogno di soddisfare le emozioni negative delle vittime nei confronti dell'imputato. Questa attenzione portata alle vittime dei delitti è evidentemente lodevole in sé, indipendentemente dalla fissazione della misura e delle modalità della pena che si intende comminare¹⁶. Problematico mi sembra comunque l'argomento secondo cui la vittima sarebbe ristabilita nel suo valore e dignità se la giustizia penale è in grado di soddisfare i suoi «bisogni di vendetta». A questa argomentazione fanno talvolta ricorso, ad esempio, in alcuni funzionari di giustizia che chiedono l'applicazione della pena di morte negli USA. Essa non è comunque assente nei media, soprattutto nelle cronache giudiziarie a seguito di delitti particolarmente efferati.

– L'attenzione che le nostre società devono portare alle vittime di delitti deve essere ben equilibrata, se non si vuole che queste ultime diventino, persino contro la loro espressa volontà, un alibi nei confronti di una politica ciecamente repressiva e non preoccupata di una possibile e necessaria riconciliazione tra delinquenti e vittime.

Una parte della letteratura recente attorno a questi problemi mette in evidenza il legame che si deve tessere tra una maggiore attenzione ai bisogni ed ai diritti delle vittime di un delitto da una parte e una visione della pena come azione riparatrice dall'altra.

Queste nuove prospettive, anche e appunto perché «generose», non sono esenti da problemi teorici e pratici, anche a livello di un'argomentazione etica ben fondata. Infatti il fatto di sottolineare fortemente il carattere riparatore della pena non soddisfa le vittime di delitti per definizione «irrimediabili», come gli omicidi ed i delitti gravi di sangue. Qui tutto si

¹⁶ La ricerca penalistica italiana ha prestato particolare attenzione a questa dimensione dell'argomentazione, che intende legittimare la pena e le sue modalità di esecuzione. Cfr. soprattutto M. Bouchard - G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano 2005; M. Bouchard - F. Ferrario, *Sul perdono. Storia della clemenza umana e frammenti teologici*, Milano 2008; E. Jaudel, *Justice sans châtement*, Paris 2009.

gioca in un orizzonte simbolico e rituale, poiché la vittima che è deceduta a causa di un delitto non può che rimanere muta e coloro che l'hanno amata non possono più ricevere alcuna riparazione che possa sembrare loro adeguata, se si vuol escludere una logica legata al perdono. Le esperienze recenti, legate soprattutto a delitti motivati politicamente, mettono comunque in evidenza che una riparazione ed una riconciliazione attraverso complessi «rituali di riavvicinamento» è comunque possibile e benefica per tutte le persone implicate in questo complesso processo. L'esperienza del perdono, anche se rara, e non necessariamente sempre legata a convinzioni religiose, è reale e realizzabile.

Queste considerazioni ci hanno forse un po' allontanati dal tema iniziale di questo testo, e ciò non avviene a caso. Infatti quando il fenomeno criminale viene esaminato nella prospettiva aperta dalla categoria di rischio, quando questa prospettiva diventa dominante o persino esclusiva, allora essa provoca effetti indesiderati. Questi ultimi vanno ora evocati, anche se talvolta essi si rivelano quasi inevitabili.

– In primo luogo va evocato il pericolo, non inevitabile ma molto probabile, di un giudizio irreversibile di «pericolosità» che verrà per così dire accollato a una persona che ha commesso un delitto particolarmente grave e ripugnante. In Svizzera una iniziativa popolare partita dal basso, da una serie di persone che hanno subito perdite affettive a causa di delitti sessuali che hanno portato alla morte di loro parenti stretti, ha chiesto un «internamento a vita», senza possibilità di ricorso o riconsiderazione per questi delinquenti. Nel 2004 il popolo svizzero ha accettato l'iniziativa popolare «Internamento a vita per criminali sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia» e quindi anche l'articolo 123a della Costituzione federale è entrato in vigore immediatamente. L'articolo prevede un internamento subordinato a condizioni di liberazione estremamente restrittive. Questo nuovo articolo della Costituzione è stato concretizzato a livello di legge rispettando i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 64 cpv. 1bis del codice penale svizzero). Il concetto «a vita» è fuorviante visto che anche l'internamento «ordinario» (art. 64 cpv. 1 del codice penale svizzero) può, in linea di principio, durare a vita: i criminali pericolosi possono essere internati per un periodo indeterminato, ossia fino al momento in cui non costituiscono più un pericolo importante per la sicurezza pubblica¹⁷. Il ricordo di questo voto popolare mi ha fatto toccare con mano la realtà

¹⁷ Per una conoscenza diretta dei testi e una precisa documentazione su questa vicenda legislativa cfr. http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/it/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_lebenslange_verwahrung.html

di questo pericolo di un giudizio di pericolosità insindacabile e definitivo, legato anche a un giudizio clinico di «irrecuperabilità» che alcuni psichiatri pensano di poter emettere in buona scienza e coscienza.

– Fortunatamente vari criminologi mettono in dubbio la scientificità di tali giudizi, che pretenderebbero di essere definitivi. La critica in prospettiva etica comunque è concepita come maggiormente radicale. Ci si deve infatti chiedere come sia sostenibile l'immagine indiretta ed implicita dell'essere umano che è all'opera in simili giudizi. Quest'ultimi si basano su una ipotesi che ritiene che alcuni esseri umani non potranno mai uscire dalla situazione di patologicità e pericolosità in cui si trovavano al momento del delitto da loro commesso.

– Al contempo però, visto che tale giudizio viene espresso nell'ambito di un processo penale e fa parte della sentenza emessa, si ritiene che queste persone siano comunque «colpevoli» e dunque ritenute capaci di assunzione di responsabilità. La contraddizione di questo sistema binario mi sembra sufficientemente evidente. Dovremo tutti cercare di superarla anche se sono cosciente della complessità di tale operazione. Un minimo di «carattere misto» nei giudizi penali è forse inevitabile, ma la mancanza di coerenza da una parte e la pigrizia intellettuale dall'altra sono comunque sempre ancora molto presenti nelle sentenze pronunciate dai nostri tribunali. Bisognerà dunque impegnarsi più fortemente nella ricerca di una coerenza maggiore a partire da un atto di umiltà intellettuale: dubitando cioè della fondatezza della giustapposizione meccanica tra pena e misura protettiva, tra carcere ed internamento amministrativo.

Il dubbio deve estendersi anche alla fiducia, talvolta cieca, nei pareri che vari esperti emettono a proposito del pericolo di recidiva. La mancata infallibilità di tali giudizi, che non potrà mai essere superata, non deve comunque portare a sostenere sistematicamente il dogma «in dubio pro securitate».

Va evocata infine un'ultima mancanza di coerenza. Si tratta della considerazione dell'istituzione chiamata a gestire la vita del cosiddetto «soggetto pericoloso» o potenzialmente recidivo. Quest'ultima non può limitare la libertà di queste persone in aspetti della vita che non sono direttamente legati alla sua pericolosità. Le limitazioni hanno un altro senso nell'ambito dell'applicazione della pena e sono maggiormente legittimate in questo contesto, appunto perché costituiscono le modalità inerenti alla pena stessa, anche se evidentemente esse sono pure criticabili poiché non sempre risocializzanti.

Ma, nel caso dell'internamento amministrativo a causa della pericolosità, ogni limitazione non direttamente legata a questo fattore specifico va ritenuta moralmente inaccettabile. Prendere sul serio la diversità fra i due approcci (quello della pena e quello della misura) significa essere anche pronti a riforme istituzionali di grande peso che toccheranno sia il carcere sia altre istituzioni psichiatriche.

4. *Il senso di una lettura teologica di questi fenomeni*

Arrivati a questo punto delle considerazioni proposte mi è difficile trarre alcune conclusioni evidenti sia per me sia per chi mi legge. Non sono in grado di proporre un approccio veramente alternativo a quello del rischio. Non è mia intenzione nemmeno demonizzarlo in maniera completa ed affermare che questo approccio sia del tutto insostenibile da un punto di vista etico.

Mi permetto solo di affermare che esso sia difficilmente armonizzabile con quello basato sul concetto di colpa e che qualora si voglia combinare entrambi gli approcci sarà necessario un supplemento di riflessione che tenga in debito conto lo statuto delle vittime ed una visione riparatrice della giustizia penale.

La riflessione teologica, da parte sua, non è in grado e nemmeno ne ha l'esplicita intenzione, di proporre un argomentario completamente alternativo a questi due approcci. Una risposta teologica, se vuole essere minimamente credibile, dovrà essere particolarmente «umile»¹⁸. In una società e in un sistema politico che si vogliono «laici» non è possibile proporre soluzioni ed argomentazioni direttamente legate a una tradizione religiosa precisa.

Non è dovuto comunque al caso il fatto che varie istituzioni richiamatesi esplicitamente al messaggio cristiano e varie comunità ecclesiali, provenienti da diverse tradizioni confessionali, abbiano manifestato una volontà di proporre modelli diversi di risposta al comportamento criminale.

Un messaggio di riconciliazione e di perdono possibili è inerente al cristianesimo e a una parte delle sue tradizioni storiche. Dico «a una parte» poiché sono cosciente del fatto che molte generazioni cristiane e molti teologi abbiano sposato la logica retributiva imperante nella storia

¹⁸ Un esempio concreto di tale riflessione «umile» è riscontrabile nel numero tematico della rivista «Servitium», settembre 2011, 196, dal titolo *Pena e misericordia*.

dell'Occidente¹⁹. Anche se la riflessione teologica non è in grado di proporre strategie pratiche di superamento del sistema penale vigente, ha comunque la possibilità e la necessità di produrre pratiche «esemplari» e pertinenti anche in società pluraliste nei loro orientamenti religiosi. Queste pratiche dovrebbero mettere in evidenza che il rischio non può essere visto come il criterio ultimo, ma solo come un momento di passaggio, nel tentativo di gestire razionalmente le nostre paure collettive nei confronti dei gesti distruttivi che ci circondano.

Lo Stato democratico non può fare della paura, individuale e collettiva, il fondamento della propria forma di convivenza, e nemmeno essa può costituire il cardine che legittima le sue reazioni penali. Al contrario: il primato della fiducia e della speranza, anche se non può essere argomentato in maniera del tutto evidente in termini razionali, deve diventare il criterio cui si ispirano i suoi fondamenti costituzionali e le pratiche legislative ed applicative.

¹⁹ Per chi volesse documentarsi direttamente sulle fonti rimando all'antologia da me curata già diversi anni fa A. Bondolfi (ed), *Pena e pena di morte*, Bologna 1985.