

## PICCOLO MANIFESTO PER UN PROGRAMMA DI IDEE SUL DIRITTO E IL PROCESSO PENALE

*Idee in libertà per un diverso modo di pensare il diritto penale*

di Luca Santa Maria

### 1.

La pena può esser chiamata in molti modi, ed è chiamata in molti modi a seconda dei gusti del parlante. Non è onesto parlarne però come se essa non fosse quel che è, cioè dolore e sofferenza inflitta intenzionalmente da un uomo ad un altro uomo.

Il testo della Convenzione contro la tortura adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1984 ed entrata in vigore nel 1987 definisce tortura

*“ogni atto con cui dolore e sofferenze acute, fisiche o psicologiche, vengono inflitte intenzionalmente ad una persona al fine (...) di punirla per un atto che questa ha commesso o è sospettata di aver commesso...”.*

Il periodo conclusivo dell'art. 1 avvisa che la definizione non si applica

*“al dolore e alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime a queste inerenti o da esse procurate”.*

La pena, diciamo il carcere anche se il carcere non esaurisce il novero delle sanzioni legittime, è un'eccezione alla norma generale che definisce la tortura.

Tortura e carcere sono o possono essere, nei fatti, la stessa cosa. Dolore e la stessa sofferenza, che un uomo infligge ad un altro uomo con fredda intenzionalità, forse anche solo per punire l'uomo per quel che ha fatto.

La differenza non sta nel *quantum* del dolore e della sofferenza.

Tra tortura e carcere c'è un *continuum* di violenza.

Non c'è una linea di confine scritta nelle cose.

Non c'è una differenza ontologica.

La differenza non sta nemmeno nello scopo.

Tortura e carcere possono essere inflitti “a fin di bene”, “per punire per un atto che la persona ha commesso o è sospettata di aver commesso”.

Non c’è una differenza teleologica.

La differenza – per la Convenzione sulla tortura – è che il carcere non è tortura se e solo se il dolore e la sofferenza inflitti sono *legittimamente* inflitti, cioè se la violenza è coperta, giustificata, dalla legge.

Conclusione?

Lo Stato, con la legge, decide che cosa è tortura legittima, cioè pena, e cosa no, cioè tortura, pena illegittima.

Il diritto penale stabilisce le condizioni dell’esercizio della tortura legittima.

2.

La pena è violenza, quindi il diritto penale è (anche) violenza.

La violenza è uno scandalo, quindi, la violenza non dovrebbe essere, mai.

Il principio vale per tutti, anche per lo Stato.

Oppure questa premessa non ha valore universale?

Non è vero, cioè, che la violenza sia lo scandalo?

Il rapporto tra diritto e violenza è argomento disturbante al punto che la dottrina del diritto penale preferisce rimuovere o, il che è lo stesso, darlo per risolto.

Per i più la risposta è nelle cose.

La risposta è che la violenza dello Stato è legittima e l’altra no.

Basta e avanza.

Basta davvero la risposta che la violenza è giustificata perché legittima?

La violenza dello Stato, si dice, è necessaria, ineliminabile.

La violenza che viene dalla società richiede una risposta.

Pare che la risposta non possa essere che altra violenza.

Se questa è la risposta, è una risposta elusiva.

Perché non c’è altro modo per pacificare la società e difenderla dalla violenza che essa stessa, la società, produce?

Perché?

*Nessuno può credere che, solo lo si volesse, se solo lo volessimo, la società non saprebbe trovare altra soluzione al problema della violenza della società.*

La verità è che la società non vuole.

Perché?

La domanda antica che inquieta da sempre, non cessa di inquietare.

Se la violenza dello Stato sopravvive con tanta ostinazione, forse la risposta alla domanda non è così ovvia.

Ci sono altre domande che echeggiano da millenni.

Se lo Stato ricambia la violenza con la violenza, e non con qualcosa d'altro, dov'è, *se c'è*, la *differenza* tra violenza e violenza (Eligio Resta)?

La violenza del diritto penale – oltre che legittima – è giusta?

Chi lo dice?

Perché?

Chi pensi così, quale idea di giustizia sta prendendo per buona?

Giustizia coincide con diritto e quindi si consuma in esso?

La violenza è utile?

A chi?

Dove sono le prove o le ragioni?

L'enigma del diritto penale è qui.

Chiunque dovrebbe convenire che il discorso intorno al diritto penale dovrebbe essere un discorso di cruciale importanza, dovrebbe esser frutto di fertile e continuo pubblico dibattito, di appassionate dispute, visto che in gioco c'è il senso della violenza sul corpo e sull'anima dell'uomo, e che l'uomo è sempre poca cosa di fronte allo Stato.

L'antico enigma, invece, è sparito dall'agenda intellettuale.

La soluzione è difficile (*o forse non c'è*), ma la difficoltà della soluzione non ne giustifica la rimozione.

Ho sempre avuto il sospetto, invece, che la dottrina del diritto penale mascherasse i problemi che non vuole affrontare, e soprattutto facesse di tutto per celare, *misconoscere*, il nucleo essenziale del diritto penale.

L'oscuro nesso di diritto e violenza.

Ci sono pensieri troppo difficili per essere pensati e divulgati?

Chi non accetti sulla parola che il diritto sia l'opposto della violenza, chi chieda prova e ancora prove che la violenza serva qualche scopo utile, o pretenda che chi chiami retribuzione, e per di più giusta, la mera violenza dello Stato, *esponga ragioni e non solo fedi*, pare quasi un eversivo pericoloso.

Parlare di questa materia è, quindi, violare un *tabù*.

Forse anche solo per questo se ne deve parlare.

### 3.

Il problema della violenza dello Stato, posto in termini di ragione, è il problema se basti il diritto – cioè la legittimità ovvero la validità della legge – per *gius-tificare* la violenza stessa, o se, invece, abbiamo il dovere di non fidarci della legge e dobbiamo costruire e arricchire ogni giorno di nuovi contenuti un'istanza etica superiore alla legge stessa, la giustizia, per controllare se la violenza è davvero *gius-tificata*.

In "Per la critica della violenza", Benjamin inizia mettendo a fuoco le oscure e antiche relazioni di violenza *versus* giustizia, e di violenza *versus* diritto.

Il problema, o forse l'enigma, esiste sin dalle origini, dalla fondazione della società (la fonte più antica e oscura è forse il frammento di Pindaro, *Nomos Basileus*, ancor oggi oggetto di dispute e appassionate questioni filologiche: valga per tutti il volumetto curato da Canfora, Zagrebelsky, Cacciari e Ravasi), ed è quotidiano, perché quotidianamente il sacrificio della violenza si ripete.

Nell'antica e civilissima Atene, la parola *Pharmakos* designava e il veleno e l'antidoto, e *Pharmakos* era l'uomo, scelto tra i miserabili, che nei tempi di crisi della società poteva e doveva essere sacrificato per il bene di tutti

La violenza della pena sembra, dunque, rievocare in qualche oscuro modo l'antica violenza su cui si fonda la società, qualcosa da cui non possiamo più staccarci perché, in fondo, non lo vogliamo.

È vero?

Il problema della violenza è tuttora il problema centrale della società.

Non può essere eluso, e se esistono ragioni oscure e profondissime per eluderlo, è tempo di portare l'enigma alla luce del sole.

4.

Credevo che ogni penalista, dottore, giudice, pubblico ministero, avvocato, fosse costantemente preoccupato di cercare di illuminare l'enigma.

Tutto il resto – pensavo e penso tuttora –, tutto quel, cioè, di cui indefessamente si occupa la dottrina giorno per giorno, è un parlar d'altro, rompicapi vari alla periferia del discorso.

Non è lavoro inutile, ovviamente.

Anche quel parlare d'altro – la moltitudine di *quaestiones iuris* che si producono in tutte le parti del diritto – è importante.

C'è modo e modo di parlarne, però.

Il linguaggio del diritto penale, in ogni angolo, in ogni più o meno raffinato snodo teorico della teoria, è violenza, almeno implicita, e dell'uso di quel linguaggio *tutti noi, addetti ai lavori, portiamo la responsabilità*.

Chi lavori – così almeno penso io – a quei rompicapi come un tecnico armeggia sulla sua macchina, dovrebbe sempre sentire il tormento di sapere che, dietro ogni *quaestio iuris*, c'è sempre incombente il pensiero che, in qualche modo, la soluzione della *quaestio* serve alla violenza dell'uomo sull'uomo.

Invece raramente accade.

Il linguaggio del diritto pare (spesso o quasi sempre) usato per occultare e mistificare, per coprire piuttosto che scoprire la violenza dello Stato sull'uomo.

Perché?

Forse vale quel che scriveva in generale Wittgenstein, che c'è sempre il pericolo che chi sta all'interno del "gioco linguistico" fatichi a vedere, mentre lo "gioca", i limiti del discorso che usa ogni giorno. Forse è possibile che *"tutta quanta la nostra ricerca sia orientata in modo che certe proposizioni, ammesso che vengano mai formulate, siano al riparo da ogni dubbio. Stanno fuori dalla strada lungo la quale procede la ricerca"*. In altre parole fa parte della logica delle nostre ricerche scientifiche che, di fatto, *"certe cose non vengano messe in dubbio"* (Wittgenstein, Della certezza).

È solo questo?

C'è dell'altro?

Forse il fondamento del diritto – la violenza – ancora *non si può dire*, come se fosse tuttora all’opera una rimozione collettiva di qualche *tabù* che ancora persiste e la dottrina del diritto ha il compito di preservare il segreto.

Il diritto penale è intrinsecamente e forse ineliminabilmente ambiguo.

Il diritto penale, che sopravvive senza sentire la necessità di provare empiricamente la propria supposta necessità, o la propria giustizia, è “*demoniacamente ambiguo*”, scrive Benjamin.

## 5.

Tra coloro che più di tutti hanno scavato in quegli abissi c’è Nietzsche.

Nietzsche – nella Genealogia della morale – si interroga sul *perché* la violenza (prima privata e poi statale) col suo carico di dolore e sofferenza e *non qualcos’altro* debba essere la compensazione pretesa dal privato o dallo Stato per il danno causato dal criminale (Golia ha scritto un bel libro su Nietzsche e il diritto; consiglio anche il volume di Zanatta sempre su Nietzsche).

Il nucleo fondativo della società, per Nietzsche, è il rapporto creditore e debitore.

È necessario – scrive Nietzsche – che il ricordo del vincolo della promessa dell’adempimento sia impresso in modo indelebile nella psicologia del debitore che ha dimenticato di dover adempiere, e l’unico modo per costituire la memoria è che il vincolo sia reso incancellabile con l’essere associato al dolore e alla sofferenza.

Il debitore, nel flusso continuo delle percezioni che si succedono nella mente, per natura, non ha memoria.

L’impressione della violenza costruisce la memoria e la memoria costruire il soggetto (che significa “sottomesso”), cioè l’“io”.

Alla base della costruzione del soggetto e dell’“io” c’è la violenza.

C’è anche altro.

La pena consiste – per Nietzsche –, all’origine, nel diritto e nel mandato alla *crudeltà*.

Il primo creditore, dopo che il debitore non aveva adempiuto la sua obbligazione, pretendeva la violenza, come sua soddisfazione vitale, infierendo– o delegando ad altri di infierire – sul corpo di chi aveva violato la promessa.

Perché il creditore voleva la violenza e la sofferenza del debitore?

Perché non gli bastava di meno per la compensazione del danno, ad esempio non si accontentava di un risarcimento?

Perché, sostiene Nietzsche, l'infierire sul corpo del debitore con violenza produceva nel creditore un *surplus* di piacere, di intima soddisfazione, che lo ripagava del danno patito.

La vendetta – *rectius* la retribuzione – è un prodotto culturale più tardo, almeno per Nietzsche.

Per Nietzsche la vendetta è figlia del risentimento, di una morale più tarda e già corrotta.

Una morale che ha già prodotto, ad esempio, anche il *concetto culturale di colpa*, costruito per giustificare il concetto culturale di meritevolezza della violenza della pena.

Tornerò brevemente sul soggetto e sulla colpa.

La scienza empirica sta dissolvendo il soggetto e le conseguenze sulla colpa saranno devastanti.

È solo questione di tempo.

## 6.

Per Nietzsche la crudeltà viene, quindi, prima, molto prima della vendetta (che è il nome autentico della retribuzione, eufemismo politicamente molto più corretto).

La genealogia della pena affonda nella psicologia profonda dell'uomo.

Gli spettacoli che, per secoli, hanno accompagnato l'esecuzione della pena (Prosperi), sono la prova del perdurare di quell'orrendo piacere della crudeltà, che, sebbene non ci piaccia ammettere, forse appartiene alla nostra natura.

Per secoli l'uomo ha torturato l'altro uomo.

Non è facile dimenticare che se la tortura è viva da sempre, ciò deve avere qualcosa a che fare col *piacere* che procura al boia o torturatore e a chi ha ordinato loro di torturare o anche solo se ne compiace, lo spettacolo del dolore e della sofferenza.

C'è qualche ragione per sperare che oggi non sia più così?

Due o tre secoli sono sufficienti per cambiare *Homo sapiens sapiens*?

Il pensiero è a dir poco disturbante.

Se, però, ci si pone la domanda di Nietzsche sul *perché* – all’origine – l’uomo abbia deciso che la compensazione del proprio danno dovesse essere il dolore e la sofferenza del corpo di chi aveva dato causa al danno *e non altro*, magari di più utile, si prova la sensazione, effettivamente disturbante, di non avere una risposta davvero chiara e certa a portata di mano.

Perché questo, cioè dolore e sofferenza, e non altro?

Nietzsche pensava quel che ho scritto prima.

Noi non pensiamo così.

Forse non abbiamo sufficiente coraggio per farlo.

Gli spettacoli della crudeltà (magari col rintocco della campana della chiesa che chiama a raccolta gli spettatori perché assistano all’epifania della giustizia di Dio, e anche... di Cesare. Prospero, “Delitto e perdono”) non si celebrano più nelle piazze.

Oggi la pena, il carcere, violenta l’anima più del corpo (ma non rinuncia, quando serve a occuparsi anche del corpo, cfr. sotto), e la sofferenza dell’uomo si consuma lontano dagli occhi di tutti, nel buio (fisico e metafisico) delle carceri.

Non per questo si può dire che ci facciamo mancare lo spettacolo del dolore della sofferenza.

Basta stare seduti davanti alla televisione (Canetti, in “Massa e potere” lo aveva intuito perfettamente).

Lo spettacolo quotidiano della violenza fa parte del *cocktail* dell’intrattenimento di massa, che ci viene servito – tra un intermezzo di *advertising* e un altro –.

Pare, infatti, che l’uomo stia tornando a prendere gusto alla violenza, ammesso che abbia mai cessato di farlo.

Proliferano guerre giuste e guerre sante e non si capisce quale delle due sia la causa e quale l’effetto.

Ci godiamo lo spettacolo col privilegio di poter stare a debita distanza, al sicuro perché nessuno di noi corre alcun pericolo di essere fisicamente coinvolto neppure con uno schizzo di quel sangue, e, soprattutto, ci vien data la possibilità di essere al sicuro da fastidiosi sensi di colpa (le vittime uccise per nostro conto in giro per il mondo, sono gli altri, diversi da noi, che sono qualcosa meno dell’uomo che siamo noi).

Siamo un po’ più ipocriti di prima.

Uccidere, poi, di questi tempi, diventa sempre più un gioco.

I droni uccidono per noi vittime che, essendo straniere, valgono meno di uomini. Oggi o domani useremo la medesima tecnologia anche per sopprimere i nemici che abbiamo a casa nostra?

7.

La narrazione di Girard (che non è ovviamente un giurista) prova a dare una risposta alla domanda di Nietzsche. Ci sono poche letture più affascinanti e inquietanti per il penalista delle pagine di Girard.

Non sono le uniche.

Ci sono le grandi pagine di Agamben (*Homo Sacer*) e anche altro (Resta l'ho già citato, Cotta, Golia su Nietzsche, o le ricerche genealogiche di D'Agostino su diritto e violenza nella cultura giuridica greca, Mittica) e altro ancora che io non so.

All'origine ("Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo", Girard) lo stato di natura è violenza di tutti contro tutti, tutto è violenza, simmetrica e indifferenziata.

Violenza spaventosa. Il suo propagarsi minaccia di disintegrare la vita dell'uomo sulla Terra.

Allo stesso tempo l'uomo non vuol sapere che la violenza è in lui, come in tutti.

La violenza diventa la violenza di tutti contro uno.

La violenza che interrompe il propagarsi della violenza, che fa dimenticare ch'essa è di tutti allo stesso modo, è *la violenza sacrificale*, la violenza di tutti, la violenza unanime, contro uno solo, la vittima.

Il *transfert* collettivo alla base del meccanismo della vittima, la cui origine misteriosa si trova quasi ovunque l'antropologia l'abbia cercato, produce sollievo, anche se transeunte nella società.

Produce piacere.

Il piacere di aver scampato la violenza originaria, quella che minaccia la sopravvivenza della società.

Piacere passeggero, però.

8.

La violenza del sacrificio deve essere diversa dalla violenza da cui la società intende purificarsi.

La violenza del sacrificio, allora, si ammanta di sacro, dev'essere un ordine del Dio o degli Dei che la giustifichi che la legittimi.

*Violenza e sacro hanno sempre tessuto relazioni pericolose (Prosperi).*

Il sangue della vittima occulta la colpa di tutti – perché la violenza è di tutti – e l'occultamento, il misconoscimento, è una necessità perché *la società non è in grado di sopportare la consapevolezza della propria violenza.*

La società esige solo distanziamento e il diritto di chiudere gli occhi e continuare a credere che la violenza venga dall'altro. Il sacrificio *mimetizza* la violenza della società, la rende invisibile, la *misconosce*, ma non la elimina.

La violenza fonda, quindi, la società e con essa il diritto, attraverso un inganno e un autoinganno, e non scompare affatto.

*Girard ammette che noi, oggi, abbiamo dimenticato tutto.*

Abbiamo dimenticato chi siamo, per davvero.

Proprio questa rimozione, però, sarebbe il sintomo che non siamo così diversi da allora.

Vorrei che qualcuno provasse, come ho provato io, a leggere il tragico libro di Carlo Bonini sul caso di Stefano Cucchi ("Il corpo del reato"), avendo davanti agli occhi le orrende figure girardiane del linciaggio di massa, dell'assassinio collettivo, immagini dell'origine dell'umano, così come vorrei che, nel leggere la sorte del corpo della vittima, vero protagonista del libro, pensasse l'altra non meno terribile immagine girardiana della scoperta dell'uomo, peraltro ancora così misteriosa, che l'omicidio sacrificale è oscuramente necessario *per salvarci da noi e della nostra violenza, immolando uno solo, possibilmente il più debole, come vittima sacrificale.*

L'orrore che promana dalle pagine di quel libro – se i fatti saranno provati nei processi che verranno – è l'insensatezza della violenza con cui uomini dello Stato infierirono su quel corpo.

L'innocenza o la colpa del ragazzo non avevano nulla a che vedere con quella violenza che appare troppo inesplicabile.

Perché accadde?

Poche "mele marce"?

Se, invece, il problema fosse... l'albero?

O almeno il cestino?

9.

La dottrina del diritto penale – le rare volte che prova ad avventurarsi nel fondo oscuro del rapporto tra diritto e violenza – preferisce metafore (apparentemente) più tranquillizzanti dei disturbanti pensieri di Nietzsche e di Girard o Benjamin e dei (pochi) altri che hanno tentato quell'avventura del pensiero.

Parliamo più facilmente del contratto sociale (da Hobbes, che tranquillizzante non è affatto, a Beccaria che, invece, ormai beatificato e santificato, è il grande alibi intellettuale per non dover andare oltre quel che da Beccaria abbiamo imparato).

Il presupposto, però, è sempre lo stesso visto in Girard.

La violenza di tutti contro tutti causa il pericolo dell'autoannientamento della società.

Che fare?

Ci sediamo tutti intorno a un metaforico tavolo e negoziamo un grande metaforico contratto.

All'origine, quindi, non c'è la violenza oscura del sacrificio.

All'origine c'è il contratto, cioè il libero e pacifico incontro delle volontà di tutti.

Tutti insieme diamo vita allo stato, il Leviatano.

Il Leviatano, cioè la violenza dello Stato, si dice, è una triste necessità che tutti noi abbiamo scelto perché l'alternativa è la morte della società dell'uomo.

Non mancano, però, i problemi.

Il Leviatano non garantisce lo stato civile contro lo stato di guerra civile *tout court*.

Il Leviatano garantisce *uno tra i possibili* stati civili.

Negarlo significa cadere nella rete dell'ideologia.

La metafora del contratto sociale lascia, infatti, nell'ombra che i contraenti originari non erano tutti i cittadini.

Molti non furono invitati, e anche quelli che c'erano, *non erano uguali tra loro*.

Ci sono sempre gli esclusi, i rifiuti umani (Baumann) (il *Pharmakos* della tradizione greca!) e, soprattutto, i nemici che non c'erano quando il contratto sociale fu stipulato,

che appaiono oggi, e contro cui, sulla base di quel contratto, lo Stato, cioè quelli che dal contratto traggono i benefici, dichiara sempre nuove e pur così vecchie guerre civili.

Ci sono sempre gli altri.

Quelli che non c'erano, perché nessuno li ha chiamati, non possono accampare pretese, tantomeno diritti, se per diritto s'intende qualcosa più di una ipocrita forma vuota che serva giusto a salvare le apparenze e i sonni tranquilli di quelli che Benjamin definisce "sprovvéduti teorici liberali".

Il Leviatano protegge, quindi, gli uni, gli eguali tra loro (anche se qualcuno è sempre più eguale, come i maiali di Orwell), noi, e annienta gli altri, i diseguali, i rifiuti umani, come li chiama Baumann, gli altri (quelli che vediamo morire a distanza di sicurezza e chissà perché non ci pare di avere visto morire uomini come noi).

Baumann ironizza sullo stato giardiniere, che taglia le erbe cattive e preserva quelle buone.

La società del futuro promette di produrre moltissimi rifiuti umani, o erbacce.  
Che ne faremo?

## 10.

Non pare che nel contratto sociale sia scritto da qualche parte che il Leviatano, col diritto penale, deve preoccuparsi anche di addomesticare, ad esempio, gli spiriti animali del capitalismo, cioè dei potenti.

Da quelle parti, tra i potenti, *l'homo homini lupus* – capace di violenza feroce e poderosa anch'essa contro la società – non manca certo. Anzi.

Quando il diritto prova a catturarli, pare, però, che fallisca sempre o quasi.

Il potente colpevole ha più *chances* di cavarsela e di sfuggire alle fauci del Leviatano, del debole innocente.

Perché?

Il diritto penale è ingiusto *ab origine* perché è ingiusto il supposto contratto su cui il diritto dovrebbe fondarsi.

Alcuni giudici protestano per la palese disuguaglianza del diritto penale, protestano contro il privilegio continuamente accordato allo Stato a favore dei potenti (che hanno

nelle mani le chiavi degli altri poteri dello Stato e talvolta le usano anche per condizionare i loro processi).

Hanno ragione.

Hanno anche torto, però.

Perché i giudici non protestano mai contro la legge che li obbliga così spesso a sbattere in carcere, cioè a usare violenza, su così tanti deboli?

## 11.

L'ideologia del contratto sociale, se appare più pacifica, e quindi tranquillizzante, però, è comunque pericolosa.

Ci lega mani e piedi allo Stato, il Leviatano, che abbiamo creato.

Questa è la principale ragione per cui *non possiamo farci bastare la legittimità per giustificare la violenza.*

Oggi – dopo gli orrori della storia e del XX Secolo (ma il XXI non è iniziato sotto migliori auspici) – non possiamo aver fiducia in nulla e nessuno, nemmeno nello Stato.

La storia della civilizzazione dell'Occidente, infatti, straborda di violenza legittima, cioè posta dallo Stato sovrano *contro la società, o parti della società.*

Oggi o domani, lo Stato può legalizzare la tortura o vietarla (o perseverare in questo diabolico silenzio, che legittima di fatto la tortura) o riaprire i campi di concentramento (qualcuno potrebbe pensare che siamo già sulla buona strada) per i nuovi nemici che bussano alle porte (consiglio la lettura dello splendido libro di Isabella Di Cesare sulla tortura, e l'altrettanto istruttivo libello che la stessa Autrice ha scritto sui campi di concentramento per immigrati che ha voluto visitare).

Se accadesse quel che nessuno può volere che accada, diremo che anche la tortura e i campi di concentramento sono violenza legittima perché derivano dallo Stato e dal diritto?

*La legge siamo noi, però.*

*Con quale diritto protesteremo contro il diritto che è stato emanato per nostro conto sulla base del contratto sociale?*

Foucault osserva che il Leviatano non nasce per interrompere la guerra civile, ma che, al contrario, la guerra civile nasce con esso.

*I fatti di Genova del 2001 non furono fatti di guerra dello Stato contro una parte della società, cioè non fu guerra civile voluta dallo Stato?*

La violenza è ovunque.

Tutti lo sanno.

Tutti fanno finta di non vedere.

Il rifiuto dello Stato – almeno sino ad oggi – ad adempiere la convenzione che lo obbliga a punire la tortura... dello Stato, è eloquente.

La storia descritta da Carlo Bonini ne “Il corpo del reato” dà voce a quel terribile silenzio, in qualche modo lo spiega.

I conti ancora in sospeso sono moltissimi.

## 12.

Nel nostro tempo è cambiato tutto?

Dovrebbe essere cambiato tutto.

Dai cenni che ho fatto parrebbe, però, che non sia proprio così.

Il mito fondativo della civilizzazione (Elias) – dal secolo dei lumi in poi – è il miraggio dell’espulsione della violenza dalla società.

Baumann, però, ha forse più ragione di Elias, quando, seguendo sentieri del pensiero che vengono da Weber, da Arendt e da tutto il tremendo dibattito di idee che l’Olocausto ha fatto nascere (dagli autori della scuola di Francoforte, ad esempio; cfr. anche Traverso, in Italia), avvisa che *la modernità è assai più oscura di quanto i lumi del settecento ci abbiano fatto sperare, e che la violenza è ovunque, come e più di prima, e il mito della sua espulsione della violenza è appunto un mito.*

Ci sono due modi per vedere gli orrori del XX Secolo.

Si possono vedere come incidenti di percorso di un progresso di civilizzazione che continua, malgrado tutto.

Si possono anche vedere come possibili effetti collaterali, che, a certe condizioni, si sono verificati e ancora potranno verificarsi, proprio all’ombra della civilizzazione o di ciò che noi chiamiamo civilizzazione.

Perché?

I processi di razionalizzazione e disincanto che sono la legge interna della società dell’Occidente (Weber) creano sistemi separati dal tutto, funzionalmente organizzati per occuparsi, in modo specialistico, del trattamento della violenza.

Nasce il diritto, che è una costruzione dell'uomo; che, quindi, l'uomo ha fatto così come gli serviva.

La razionalizzazione del sistema giudiziario porta con sé *effetti collaterali oscuri di deumanizzazione*, di cui dirò tra un momento, nelle pieghe dei quali possono anche nascere orrori.

### 13.

La vera rivoluzione è che, ora, la vittima della violenza non è la vittima arbitraria, una vittima di cui, cioè, conti poco se sia colpevole o innocente (anzi – ancora Girard – più la vittima è innocente più il sacrificio è paradossalmente efficace).

Nel nostro tempo, *la vittima della violenza dello Stato* – ovvero della vendetta dello Stato – *è e deve essere (o almeno apparire) colpevole*.

Di qui la differenza tra violenza e violenza, chiara e trasparente.

Queste acque, però, tutto sono fuorché chiare e trasparenti.

*La responsabilità – cioè la colpa dell'uomo - non esiste in natura.*

*Il diritto costruisce la responsabilità, cioè stabilisce che cosa è colpa e che cosa non è colpa.*

*Non ha molto senso, per esempio, dire che il diritto è la Magna Charta del criminale (né che il diritto protegga l'innocente), perché il criminale è criminale e l'Innocente è innocente solo perché lo dice il diritto.*

Siamo noi che diamo le carte e siamo noi che stabiliamo le regole del gioco.

La società – o quella parte di essa che ha stipulato il contratto – oggi come ieri continua a non poter accettare che la violenza venga da sé stessa, o dalle parti di essa che la società colpevolmente trascura.

*La società, allora, pretende violenza per dimenticare la propria violenza.*

Oggi come ieri.

Il diritto dà alla società quel che ad esso vien chiesto di dare.

Il diritto penale e la dottrina del diritto penale (cioè noi) sono (siamo) i sistemi deputati a fare il “lavoro sporco”, a consentire alla società – a tutti noi e a ciascuno di noi – la credenza di aver allontanato la violenza di cui non riusciamo davvero a liberarci.

#### 14.

Che il diritto sia opera di (o solo di) ragione e non vi sia in esso, invece, anche *qualcosa d'altro, di oscuro, che con la ragione ha poco a che vedere*, è, quindi, una *scommessa* che non si può sperare di aver vinto una volta per tutte (Eligio Resta).

Il pericolo di perdere la scommessa è sempre dietro l'angolo.

La costruzione dell'alto edificio della dottrina del reato deve garantire l'apparenza che la violenza o vendetta pubblica – “buona” – sia ormai stata lavorata dalla ragione al punto da apparire diversa, enormemente migliore e raffinata e giusta, e da non correre mai più (se non in qualche raro caso, subito interpretato come il malaffare di poche “mele marce”) il pericolo di sfumare i confini con la violenza – “cattiva” – etichettata come crimine.

Tutto funziona per autopoiesi, come ho accennato.  
Ci raccontiamo noi, cioè, la favola che ci piace sentire.

La dottrina, cioè noi, costruiamo ricavandolo da se stessa, il sapere che serve al nostro scopo, che è quello di garantire il funzionamento della macchina.

Il diritto assume – col sapere che ci costruiamo – che la violenza della società, quella cattiva, in realtà, è *l'opera di pochi e non di tutti*, e quei pochi possono essere messi facilmente in condizione di non nuocere, cioè di non infettare la società con la loro violenza.

È vero?

O non è (almeno in parte) che una forma raffinata di misconoscimento della verità?  
Un auto inganno e un inganno?

La società continua a non poter o saper accettare che la violenza da essa, cioè da noi.  
La società, quindi, non chiede di meglio che essere ingannata.

Il diritto però dice che i violenti non siamo noi.  
I violenti sono gli altri.  
La violenza che viene inflitta in nome nostro è giusta e necessaria.

*Il diritto è tragicamente e forse inevitabilmente ipocrita?*

#### 15.

Vecchi nemici sono costantemente sostituiti da nuovi nemici, su cui riorientare la violenza punitiva in funzione degli umori cangianti della società che lo Stato interpreta

per rinforzare il suo potere, in un circolo vizioso tragico che può diventare ancora più tragico solo che le condizioni al contorno lo rendano possibile.

La *summa divisio* tra buoni e cattivi è troppo comoda e rassicurante per non generare sospetti.

La dottrina ogni tanto scopre l'uso simbolico del diritto penale.

Gli allegri pensatori che criticano l'uso simbolico del diritto, evidentemente, pensano ad un altro uso del diritto penale, non simbolico, ma *reale*.

Che cosa sia, però, questo fantasma sedicente reale, resta sempre nella loro penna o nel loro computer.

*Il diritto penale è in sé, immanentemente, un simbolo.*

Ogni simbolo occulta.

L'unico problema è capire che cosa occulti il simbolo diritto.

Se c'è qualcosa di *reale* nel diritto penale, è il contenuto di dolore e sofferenza dell'uomo che vien fatto entrare nella macchina che Kafka ha descritto in "Nella colonia penale".

La macchina che scrive la sentenza sul corpo dell'uomo.

Che è l'unica cosa di cui il penalista preferisce non parlare.

Che cosa la macchina scriva sul corpo del condannato è il vero mistero.

Il vero simbolo da decifrare.

## 16.

L'uomo moderno, come il primitivo, non ha ancora capito quale sia il microbo che egli porta ancora in sé e che è la causa della peste della violenza.

Se l'uomo ancora non sa la causa della violenza, non sa come porvi rimedio, e non c'è ragione che possa surrogare la sua ignoranza.

Non possiamo dire di sapere come insegnare ad un uomo di non essere quel che è.

La recente crescita alluvionale delle scienze del cervello, forse, porterà luce dove ancora c'è buio.

Cominciamo a capire qualcosa?

*Che cos'è e da dove viene davvero il male dell'uomo?*

Tutti siamo innanzitutto *Homo Sapiens Sapiens* e, forse, più si scende a fondo nell'indagare chi siamo, più dobbiamo accettare che le differenze tra noi sono minori delle somiglianze.

Nel bene e nel male.

*Il male è erosione di empatia* (Simon Baron Cohen, scienziato del cervello)? Cioè l'amnesia di questa primordiale verità?

La primordiale verità che *homo sum, humani nihil a me alienum puto*?

17.

Ho accennato, prima, al lato oscuro della civilizzazione.

L'arma della pena non è solo a doppio taglio.

C'è un altro taglio, di cui non si parla mai.

La razionalizzazione della civiltà paga e fa pagare un altissimo prezzo per accrescere l'efficienza del mezzo nel raggiungere i fini.

La razionalizzazione non si occupa dei fini. I fini sono soggettivi. La razionalizzazione si occupa dei mezzi.

La burocrazia – che è sinonimo di organizzazione razionale dei mezzi per raggiungere il fine, che è prestabilito dal sistema e non deve essere messo in questione – *desensibilizza* e, quindi, *deumanizza* l'uomo che, da ingranaggio, ne deve far parte di una macchina che ogni giorno deve solo essere più efficiente di ieri.

Vale anche per il diritto e il suo sistema.

Il giudice, nella catena di montaggio della macchina del diritto penale, già ora diventa (o può diventare), *suo malgrado*, un burocrate sempre più lontano dall'uomo che gli è davanti. Agisce *sine ira et studio*, cioè con indifferenza, senza – parole di Weber – più empatia o comprensione per l'altro.

Senza più amore o compassione.

Il giudice (non tutti, forse solo una parte, chissà?) tende a guardare all'imputato come a qualcosa meno di un uomo.

L'hanno addestrato così.

Da sempre.

L'umanità che è in lui, nel giudice, gli renderebbe arduo infliggere violenza. Il diritto lo sa e sa come fare per far dimenticare al giudice che l'imputato è un uomo. La macchina deve funzionare e la sua funzione è produrre condanne.

*Dura lex sed Lex?*

È un motto che vien detto con un po' di compiacimento, forse troppo.

Il giudice del processo è obbligato dal diritto a compiere operazioni intellettuali che lo distanziano emotivamente dall'uomo, che è l'imputato, e anche dall'uomo che è in lui, nel giudice.

Il giudice del processo astrae il fatto dall'uomo e dalla sua vita, perché solo così lo può giudicare e soprattutto condannare. È un artificio. Se il suo sguardo intellettuale ed emotivo penetrasse più lontano e più in profondità, e potesse guardare il fatto e la colpevolezza all'interno di una vita di un uomo, *andando a fondo fin quanto è possibile andare*, gli sarebbe molto, forse troppo difficile condannare.

Troppo dell'umano dell'imputato e della sua vita va perduto perché non interessa al diritto e al processo. Troppo non interessa al diritto perché, altrimenti, la macchina dei mezzi rallenterebbe troppo e non conseguirebbe più il fine (o, peggio ancora, non darebbe più l'impressione di poter raggiungere il fine).

Il diritto nel processo, però, *non può e non vuole* andare nell'indagine oltre i confini che si è esso stesso dato in funzione dei suoi scopi, perché andare oltre significherebbe alienare il diritto stesso (e forse è vero!).

Troppo del destino dell'uomo, però, si gioca in quel gioco terribile che è il diritto nel processo

In questo iato che sembra incolmabile c'è la tragedia del diritto penale.

La sequenza della discesa dello *status* di uomo nel processo ad opera del diritto – e del giudice che applica il diritto – è un piano inclinato a più stazioni.

L'uomo diventa indagato, imputato e condannato e ad ogni stazione l'umanità dell'uomo diminuisce un poco.

Così come quella del giudice.

*L'empatia dell'uomo per l'uomo gradatamente sparisce.*

Ogni orrore, allora, è possibile.

La perdita, anche temporanea, di empatia è la condizione necessaria del male.

Il male del crimine, ma non solo.

18.

Il giudice condanna.

La commisurazione della pena è diventata (o, almeno, ha l'aria di esser diventata, non per tutti ma per molti) pratica burocratica, che si sbriga alla fine, scegliendo un numero che pare migliore di altri, 3 o 6 anni, o 5, come se un giorno in più o in meno di carcere per l'uomo che lo patisce non fosse la tragedia che è.

*Un giorno, una settimana o un anno, possono fare la differenza tra la vita e la morte.*

La sentenza del giudice che determina la pena contiene poco diritto (che ne è stato dell'art. 133 del Codice penale?), ma molta violenza.

Spesso mi domando se il giudice pensi mai al destino che è toccato all'uomo che lui ha condannato.

Che ne è di costui?

Come spiegare e giustificare a se stessi, da giudici, che nel carcere il suicidio ha un rischio relativo maggiore di quello che esiste fuori dal carcere anche di 2 o 3 volte?

*Il giudice deve proteggersi da domande di questo tipo.*

Il giudice che si faccia queste domande deve cedere all'autoinganno, o almeno all'atto di fede, deve dire e ripetere a se stesso che tutto questo agire burocratico che è pieno di sangue di uomini *serve davvero la giustizia o la difesa della società*.

Se il dubbio, come la goccia, lo scava dentro, il giudice può anche perdere la ragione.

19.

Il condannato diventa carcerato.

*L'essenza del dolore e della sofferenza del carcere sta nell'umiliazione dell'uomo.*

Forse questa umiliazione, o degradazione, non è tanto grave quanto in altri casi la storia ci ha mostrato (l'uomo è stato capace di infliggere all'altro uomo assai peggio e di più), ma la radice non è diversa, e poi... chi vuol davvero giocare con la ragioneria del *quantum* della umiliazione dell'uomo?

Il carcere è un luogo e insieme un non luogo, perché esso è, insieme, regolato dal diritto e non regolato dal diritto. Vigono regole diverse da quelle che son scritte e le regole vere non possono spesso nemmeno essere scritte. Il pericolo che la burocrazia abbia il sopravvento sull'umanità è costante. In quella sinistra opacità, accade o può accadere di tutto. Il rispetto dei diritti umani dei detenuti è rimessa alla buona volontà di chi, il giudice – stavolta il giudice di sorveglianza –, la guardia, etc., li può concedere o no.

Non è così difficile che si perda il controllo della macchina.

Fino a quando un uomo sarà lasciato solo e inerme di fronte ad un altro uomo che indossa una divisa che rappresenta lo Stato, quell'altro uomo, il carcerato, non sarà al sicuro dalla tortura.

Le guardie del carcere possono facilmente perdere se stessi, la loro umanità, quando la fanno perdere al condannato.

Nessuna legge, temo, potrà davvero proteggere il carcerato dalla tortura se chi potrà vorrà fare scempio del corpo del carcerato.

Il problema, però, è che il carcere è già una tortura.

*Esiste una soglia di umiliazione accettabile?*

Dovremmo rispondere “no” con tutta la forza che abbiamo.

Non ci riusciamo, però.

Qualcosa in noi non lo permette.

## 20.

La macchina penale, quindi, non nuoce solo all'umanità del condannato.

Nuoce anche all'umanità di chi infligge la pena e di chi ne cura l'esecuzione.

Questo è l'ulteriore tragico paradosso.

Il passaggio alla “banalità del male” (Arendt) non è forse così lungo come vorremmo credere.

Bisognerebbe far leggere a tutti gli studenti di diritto e processo penale il resoconto dell'esperimento sociale descritto nel libro di Zimbardo, “L'effetto Lucifero”, come i buoni diventano cattivi. Due gruppi di persone normali – come noi – selezionati a caso e scelti per impersonare il ruolo di guardie e carcerati in un finta prigione in una cantina di Stanford – sono entrati così bene nella parte, che Zimbardo dopo pochi giorni dovette interrompere l'esperimento, perché il gioco stava diventando tragedia,

con guardie – non tutte ma la più parte – che s'immedesimavano fin troppo nel ruolo, e facevano violenza fisica e psicologica sugli altri, i carcerati, che a loro volta entravano nel loro ruolo, di uomini un po' meno uomini, inclini ad accettare la disumanizzazione e a chinare il capo.

L'esperimento di Zimbardo è stato e sarà sempre confermato dalla realtà.

I lugubri giochi che si giocavano ad Abu Ghraib (Zimbardo fu chiamato come Consulente dal Governo USA) o Guantanamo, oppure i casi di tortura emersi in Italia negli ultimi anni, debbon far scattare allarmi (ho trovato molto bello e sincero l'articolo di Pietro Buffa, Tortura e detenzione: alcune considerazioni in tema di abusi, maltrattamenti e violenze in ambito detentivo", Buffa sa di che cosa parla).

*Basta poco, troppo poco, e l'uomo, l'uomo normale, non il sadico, salta il confine che è sempre tragicamente labile e fa cose crudeli – o cela la crudeltà nell'indifferenza – che mai avrebbe immaginato di poter fare.*

Quando dico uomo, dico chiunque di noi, io per primo.

L'altro celeberrimo esperimento di psicologia sociale compiuto da Milgram, è forse ancor più inquietante. Più di due terzi delle persone coinvolte nell'esperimento, persone di levatura morale e intellettuale più che normale – *ciascuno di loro poteva essere ciascuno di noi* – convinte di partecipare ad un esperimento sui metodi dell'apprendimento, hanno (erroneamente) creduto di scaricare su persone (che loro credevano) colpevoli di non aver imparato in fretta, *elettricità a voltaggio quasi mortale*, e l'hanno fatto senza rimorso, come fosse naturale, solo perché gli sperimentatori li incoraggiavano a farlo in nome della scienza.

Non tutti, né nell'esperimento di Zimbardo, né in quello di Milgram, hanno ceduto alla disumanità.

La più parte sì, però.

Basta, quindi, scavare poco più che in superficie e i contorni della differenza tra violenza buona e violenza cattiva si fanno pericolosamente sfumati.

La distanza si assottiglia oscuramente.

In Italia (cattivi) esempi non mancano certo. Non tutti gli addetti ai lavori nelle carceri fanno così, scivolano su questa china.

Gli esperimenti sociali di cui ho accennato, però, fanno temere che quel che emerge sia solo la punta di un *iceberg*.

Chi non vuole che l'*iceberg* venga alla luce, è complice.

Lo Stato non vuole?

Lo Stato è complice di ogni tortura che si consumi in qualsiasi carcere d'Italia.

## 21.

Che cosa dice il diritto di sé e della sua violenza?

Poco o nulla.

Proprio la meraviglia per la facilità con si convive con questo silenzio, mi ha spinto a creare una Rivista di diritto penale, con cui coltivare l'ambizione che il silenzio si traducesse finalmente in parole.

I maestri, a lezione, non si soffermano quasi mai su temi così disturbanti.

Al più i maestri insegnano agli allievi che il diritto è un'arma a doppio taglio. Con una lama, fa il male, con l'altra fa il bene. I maestri, però, omettono, il più delle volte, di dare le ragioni per cui credono alla seconda parte del messaggio.

L'unica certezza, infatti, è che il diritto fa male.

*Che faccia anche bene o che il bene sia più del male è, come ho già accennato, tutto o molto almeno ancora da provare, e se ancora non è provato ma ci crediamo lo stesso, vuol dire che abbiamo una forte e incrollabile fede che le cose siano come ci piacerebbe che fossero.*

Non basta, però, che una credenza ci rassicuri e ci procuri piacere perché quella credenza sia anche vera.

I maestri hanno insegnato tutto quel che potevano insegnare.

Non ho mai dimenticato che, quand'ero studente, e frequentavo le lezioni di diritto penale alla Statale di Milano, un maestro (non Marinucci né tantomeno Stella) o presunto tale, accennando alla pena, ne parlava come di un magistero punitivo.

Ne fui impressionato.

Il magistero punitivo non era un simbolo.

Era un eufemismo.

Le teorie della pena sono tutte vecchie di secoli se non più ancora e bisogna avere bocca molto buona per accontentarsi – e vedere in queste teorie qualcosa più di costruzioni posticce, etichette appiccate a qualcosa d'altro, di assai più oscuro... e interessante, che, tuttora non si vuol dire perché si ha paura di dire.

La teoria della giustizia della vendetta dello Stato – detta anche *retribuzione*, che è tema con molte variazioni, ma alla fine le variazioni finiscono e ... il tema ritorna sempre uguale e si chiama *Lex Talionis* – è troppo palesemente compromessa con se stessa (è circolare perché presuppone l'idea di giustizia che dovrebbe dimostrare) e con qualche suo orrendo passato che non può farsi perdonare (di vendetta si parla, o no? e di questo parla e scrive Girard, Nietzsche, o no?), perché, ormai, siano davvero molti coloro che la difendano e non se ne vergognino.

Ci sono, allora, le altre teorie, più consone allo spirito liberale dei tempi.

Lo scandalo delle teorie della pena, politicamente più corrette, *le teorie della prevenzione in tutte le loro varianti*, è, però, che nessuno o quasi porta le prove che la violenza della pena serva davvero lo scopo sociale per cui sosteniamo che essa sia giustificata.

L'uso della violenza punitiva per scopi di prevenzione di ulteriore violenza, quindi, se non è provato empiricamente che sia realmente efficace, *resta solo una fede*, che echeggia anch'essa sinistre somiglianze di famiglia, con l'uso della violenza sacrificale per scopi di pacificazione della società.

La catarsi del sacrificio genera sollievo anche se di breve durata nella società che si accanisce sulla vittima.

Se fosse questo e solo questo l'effetto general preventivo della pena?

Pare quasi che giriamo sempre intorno allo stesso albero che, nel corso dei secoli o dei millenni, abbiamo solo chiamato con nomi diversi, sempre più educati e politicamente corretti.

Sostenere che la pena, poi, faccia bene al criminale, pare qualcosa più che un eufemismo.

Un'ipocrisia, come quella del *magistero punitivo*.

Chi sono i maestri del carcere?

Maestri di che cosa, poi?

I tassi di recidiva degli ex carcerati sono drammatici.

I maestri insegnano male, o è colpa degli allievi che sono duri di comprendonio?

Che ci vadano loro – quelli che pensano e dicono o scrivono queste stoltezze – a frequentare quella scuola, il carcere, magari un paio di mesi, e vediamo che cosa il carcere li avrà fatti diventare.

Ho sentito dire da qualche parte di un *diritto penale inclusivo*.

Bisogna stare attenti a non esporsi troppo al ridicolo.

Il diritto penale non è inclusivo.

Il diritto penale è così inclusivo che è... reclusivo.  
Abbraccia l'altro, solo che l'abbraccio è mortale.  
C'è differenza.

Pare che il carcere, poi, costi anche molto.  
Però è un lusso che ancora ci vogliamo permettere.  
Perché?

Impressiona – e insospettisce – la sordità infastidita che contagia quasi tutti quando si parla di carcere e del suo superamento.

Il carcere, quella cupa e fredda forma di violenza che noi pratichiamo ogni giorno pensandoci il meno possibile (l'ho già scritto però lo ripeto), è nato perché l'uomo l'ha fatto nascere in un certo momento della storia – più o meno a ridosso dell'Illuminismo, con l'avvento della rivoluzione industriale (Foucault), ma, si può esserne certi, proprio perché è un prodotto della cultura dell'uomo, l'uomo stesso lo farà morire in un altro momento della storia.

L'uomo siamo noi.

Intellettuali che decantano la ragione smettono di usarla, quando dicono che il carcere deve stare dove sta, e non si tocca (salvo qualche migliona, beninteso), ma, di ragioni empiriche sulla verità dell'efficacia della violenza, e tantomeno sulla sua giustizia, ne portano poche e, difatti, si chiamano dogmatici.

Utopie abolizioniste, dicono. Salti in avanti.  
Io dico solo "parliamone". Anche per non restare troppo indietro.  
DPC vorrebbe riaprire la discussione.  
Tra coloro che ne parlano ci sono ex giudici come Gherardo Colombo e Gustavo Zagrebelsky.

Gherardo Colombo dice e scrive che il carcere non serve a nulla, quando, per una vita intera, da PM, ha chiesto e ottenuto il carcere (perché era bravo, tra i più bravi) per tanti uomini.

Il coraggio (e la sofferenza) della verità fanno la differenza tra uomo e uomo.

22.

Immagino che, a questo punto, in molti avranno maturato un'obiezione.

Parliamo del criminale come una vittima e non parliamo della vittima del criminale?

Non è facile rispondere alla domanda se la vittima del crimine debba realmente interessare il diritto penale.

La risposta positiva non è affatto scontata.

Che cosa può dare il diritto penale alla vittima del crimine, oltre al sangue (metaforico o no) del criminale, trasformando il criminale stesso in vittima di un'altra violenza?

Sapere che vendetta è stata fatta, è utile alla vittima del crimine?

No.

Dobbiamo assecondare la soddisfazione intima che, per forza di cose, la vittima del crimine o i suoi parenti credono che proveranno di fronte all'inflizione del dolore e della sofferenza al criminale, ma che, poi, magari non proveranno affatto?

La catarsi della vittima di fronte al sacrificio di un'altra vittima è giusta? O, piuttosto, il contagio della disumanizzazione continua, sempre più orrendo?

Tornare a farsi domande sul perché della pena, non equivale ad avere già in tasca le risposte.

Anzi. Il campo da gioco è tutto per intero aperto.

Sarei, ad esempio, molto interessato a leggere su "Diritto penale contemporaneo" una decina di cartelle di professori di diritto penale, sul tema della attualità o inattualità del carcere nella società contemporanea.

Avranno qualcosa da dire?

Se non lo faranno loro che lo facciano giudici, pubblici ministeri e avvocati.

Probabilmente sanno di diritto penale molto di più di molti professori.

Il senso della pena è un problema che non può mai perdere d'attualità.

23.

Qualcuno obietterà che chi neghi l'utile e il giusto del carcere ha l'onere di provare a indicare le alternative.

Dovrebbe essere l'opposto.

Chi ha edificato e mantenuto in vita sino ad oggi il carcere e tuttora lo difende, ma non può provare l'utile e il giusto del carcere stesso, avrebbe l'onere di riparare il danno che è stato fatto anche col suo aiuto, e dovrebbe trovare le alternative.

Eliminare il carcere significa eliminare una violenza.  
Eliminare una violenza è una buona cosa in sé.

La società se la passerebbe peggio di oggi, senza la violenza dello Stato?  
Aumenterebbe la violenza della società?  
Chi l'ha detto?

Nessuno può provarlo.

Le alternative, poi, mancano solo perché nessuno vuol pensare.

DPC può essere una buona occasione per l'esercizio della fantasia e dell'intelligenza applicata all'ingegneria sociale.

*In nome dell'uomo.*

## 24.

Il castigo non tiene, o non tiene più.  
Il delitto, invece, come se la passa?  
Per delitto intendo la costruzione umana della teoria del delitto.  
La responsabilità.

*Il concetto di responsabilità è davvero così fermo e incrollabile, come ci diciamo e diciamo?*

La teoria del reato è una sorta di teologia senza Dio.

Il reato è monista, bipartito o tripartito o magari quadripartito?

Gli intellettuali del diritto hanno davvero scalato vette di astrazione del pensiero oppure stanno solo tirando su da un vecchio pozzo vecchia acqua prima buona, forse, ma ora sporca e inutile?

La trattazione della responsabilità è ormai solo la scarnificata monotona, fredda e intellettualmente ingenua – e non poco ipocrita – vulgata dei manuali e dei commenti e poi anche delle monografie, degli articoli, delle note a sentenza, etc. Perché?

Tutto forse è già stato detto e tutto è ormai chiaro?

La ragione del diritto – ne ho accennato – corre sempre il rischio di essere un più o meno sofisticato mantello che serve a coprire, cioè a mistificare, la verità fondamentale

che l'unica risposta che la ragione ha saputo dare alla violenza, è ancora e solo la violenza.

La dottrina dovrebbe sottoporsi a una febbrile continua opera di autoanalisi.

Sembra che, ormai, l'abbiamo dimenticato.

Dire di questo – cioè autoanalisi riflessiva e critica dell'ipocrisia – era la *mission* che avevo in mente per "Diritto penale contemporaneo".

Mi rendo conto che aspiravo a dire quel che, per convenzione tacita, è *l'indicibile* e solo la mia ingenuità mi impediva di capirlo.

Pensando e poi fondando "Diritto penale contemporaneo" non sapevo quel che so oggi.

Oggi so più di ieri quanto difficile sia il compito.

In qualche modo, però, anche dopo aver pensato, sento più di prima la necessità di un'autocritica profonda del diritto penale.

Costi quel che costi.

Perché?

*Se la violenza fonda il diritto, ogni giorno la violenza conserva il diritto* (Benjamin).

In un senso oscuro ed enigmatico, forse diverso dal passato, o forse non troppo, il sacrificio della violenza si ripete e si rinnova ogni giorno.

La tragedia si consuma ogni giorno.

Per questo non si può abbassare la guardia e smettere di pensare.

25.

Qualcosa di nuovo, poi, sta accadendo, da qualche decennio a questa parte.

Il grande gioco del diritto e dell'inganno alla violenza è stato giocato per secoli e pareva funzionare.

La costruzione della dottrina, la teoria del reato, è rimasta in piedi a lungo e chi l'ha edificata – generazioni di intellettuali – merita rispetto e considerazione.

Ci son stati lunghi tempi in cui quell'edificio, pur occultando di che materia fossero fatte le sue fondamenta, si è meritato la credibilità di cui godeva.

Ormai, però, l'edificio ogni giorno di più cade a pezzi.

La ragione con cui il diritto ha occultato la violenza, ora appare sempre più insostenibilmente leggera.

L'essere – il mondo, l'uomo e la società – che può essere compreso (e regolato con la ragione) dal diritto penale, *è sempre di meno*, arretra sempre di più in corrispondenza con l'avanzare sempre più invasivo delle scienze.

Immagini del mondo e dell'uomo del tutto diverse da quelle del senso comune, s'impongono come vere, e, di conseguenza, le altre immagini, quelle antiche – su cui il diritto penale tuttora conta – sono false.

Un diritto penale falsificato è ancora un diritto?

## 26.

Perché il grande gioco che prima funzionava – o pareva che funzionasse – ora non funziona più?

Parole vecchie quasi quanto è vecchia la lingua dell'uomo, *necessità, volontà, certezza*, sono tuttora i capisaldi della ontologia e della epistemologia ingenua su cui stancamente il diritto penale cammina e chissà dove va...

Se si scava appena sotto la superficie, vengono alla luce problemi fino ad ora stranamente ignorati.

*Causa uguale condizione necessaria?*

Necessità del corso degli eventi nel mondo significa un'immagine del mondo – una metafisica – in cui ogni evento è legato all'altro, perché è la manifestazione di un unico ordine svelabile e svelato all'uomo, nell'ambito del quale è facile individuare, nella grande catena degli eventi, la condotta dell'uomo cui imputare l'evento.

Al diritto sta bene così. Anzi. Per il diritto penale deve essere così.

Questa metafisica è ancora vera?

*Colpevolezza uguale volontà colpevole dell'uomo?*

Volontà colpevole significa una psicologia costruita intorno all'uomo, che identifica senza riserve il suo io, il suo essere persona, in quel che chiama coscienza (o meglio autocoscienza), il soggetto, l'"io" (di cui prima ho accennato), che beneficia del miracolo di essere libero dai lacci delle leggi deterministiche della natura. In virtù di questo miracolo l'uomo è colpevole, perché quando ha deciso di commettere un fatto che è un delitto, avrebbe potuto – e dovuto – non commetterlo.

Al diritto sta bene così. Anzi. Per il diritto penale deve essere così.

Questa psicologia è ancora vera?

Il giudice infligge violenza solo quando la prova d'accusa è vera B.A.R.D., ovvero la prova è così forte che solo un uomo privo di ragione potrebbe non avere la stessa certezza della colpa dell'imputato che il giudice ha.

Certezza significa un'epistemologia semplice, retta da una logica primordiale, binaria, vero – falso, non ha gradazioni di vero e di falso, è allergica alla probabilità – che è l'altra faccia dell'incerto – e la rimuove (però partorisce ogni giorno condanne fondate su... indizi). Certezza, però, è mitologia – non epistemologia – che deve essere creduta, per salvaguardare la buona coscienza collettiva. Non importa se la credenza si paghi con l'inganno o l'autoinganno. La violenza può essere inflitta solo se il fatto e la colpa del reo sono così chiari e distinti che tutti, giudice e società, possono avere la coscienza tranquilla quando il giudice fa quel che deve fare. Così sia dunque. Quando la violenza deve essere inflitta, la colpa dell'uomo è, deve essere, sempre certa oltre il ragionevole dubbio, e non viceversa.

Al diritto sta bene così. Anzi. Per il diritto penale deve essere così.

Questa epistemologia è ancora vera?

La dottrina del diritto penale (e del processo penale) ha costruito su queste fondamenta la sua ontologia e la epistemologia, ma anche la sua etica.

*Queste fondamenta si sono sbriciolate o si vanno sbriciolando perché sono tutte false.*

È illusorio, però, credere che la dottrina del diritto penale levi essa la maschera che ancora indossa.

Questa dottrina, infatti, oltre a non volere, proprio non potrebbe, nemmeno se lo volesse, parlare una lingua diversa da quella che ha appreso e descrivere un'immagine del mondo e dell'uomo diversa da quella in cui le proprie gracile costruzioni intellettuali sguazzano da secoli.

La dottrina è disabituata alla autocritica riflessiva, *perché non può sottomettersi davvero a una autocritica realmente sincera.*

Non ne ha gli attrezzi. Non è colpa di nessuno. O forse di qualcuno, sì. Non del giudice, però. La cassetta degli attrezzi che gli viene data in dotazione non prevede gli attrezzi che servirebbero. È colpa di chi ha la responsabilità di aggiornare la cassetta degli attrezzi.

Una volta che l'edificio perde pezzi, e i pezzi nuovi non ci sono perché nessuno li sa fabbricare, la dottrina diventa arida scolastica, cattiva linguistica, fucina di problemi e poi di pseudo soluzioni (sempre controvertibili, ovviamente) gli uni e gli altri costruiti dal diritto stesso nel corso di un'attività autopoietica ormai imbarazzante nella sua povertà.

Nulla o poco di vivo.

Una teologia senza più Dio, appunto.

27.

Parole come *causa, pericolo, imputabilità, dolo, colpa* hanno drammaticamente perduto la capacità di significare qualcosa di oggettivo che si possa dire vero osservando il mondo o l'uomo.

Perché?

Perché tutte, *causa, pericolo, imputabilità, dolo, prova* sono ancora fondate su necessità, volontà e certezza.

La scomparsa della necessità, il paradiso perduto delle leggi della necessità che governano la natura, ha lasciato il posto a un mondo in cui il caos e il caso sono ovunque. *Il caos è conoscibile dalla scienza solo con la probabilità, ma la probabilità non è la necessità, ne è l'opposto.* La necessità ancorava evento ad evento con catene impossibili da spezzare. La probabilità annoda eventi a eventi con deboli fili, che sono argomenti sempre controvertibili, che basta pochissimo a spezzare ma che sono anche difficilissimi da capire, perché sono maledettamente oscuri e spesso indecifrabili.

Che fare?

Come gli struzzi metteremo la tesa sottoterra, e magari ci accontenteremo di ribattezzare la necessità col nome del suo opposto, probabilità, e andremo avanti come prima?

Le scienze svelano che la mente è solo una funzione (straordinariamente e misteriosamente complicata) del cervello, che è nulla più di materia, composta di atomi, e come tutta la materia il cervello è soggetto alle leggi della natura. Vale a dire

che la coscienza – la vecchia anima – è solo un Effetto – straordinariamente complesso e spesso tardivo e impotente – di operazioni – ancor più straordinariamente complesse e per lo più totalmente inconscie – del cervello, e non la causa di esse. L'esatto contrario di quel che credevamo inoppugnabilmente vero? Il soggetto è solo un'illusione prodotta dal cervello? La volontà libera – almeno in questa psicologia che ha annientato il dualismo cristiano tra anima e corpo – non può neppure essere pensata – perché è un *nonsense* –. Da che cosa è libera la volontà che è l'effetto della materia?

Affacciarsi alla scienza del cervello, la psicologia cognitiva, è inquietante, crea imbarazzo perché minaccia un sovvertimento radicale delle basi stesse dei nostri concetti fondamentali, *in primis* quello di soggetto e di "io". Muore, però, anche la colpevolezza, l'antichissima costruzione, che presuppone il soggetto e l'"io", su cui abbiamo fondato la giustizia della pena.

Stanno per nascere problemi di cui ancora non abbiamo che un piccolo sentore.

Che fare?

Come gli struzzi e metteremo anche qui la terra sotto terra, fingendo di credere al "teatrino cartesiano" della *res cogitans* che guida e dirige la *res extensa* (Dennet) anche se è vero il contrario? Oppure – in fondo è lo stesso – torneremo a credere al miracolo dell'anima immateriale creata da Dio? O, più umilmente (!), diremo che la psicologia che serve al diritto penale è utile e non c'è ragione di abbandonarla, *anche se è falsa*?

Viviamo da tempo nella società della incertezza, anche se sappiamo molto più di quanto abbia mai saputo l'uomo prima di noi, e proprio per questo sappiamo di non sapere, molto più di prima, sappiamo che il buio ci avvolge da ogni parte, e in quella luce crepuscolare che ci dà la ragione della scienza vediamo poco e male.

La logica binaria del vero – falso, la logica della certezza (la logica dimostrativa della deduzione) non cattura più quasi nulla, soprattutto nella riserva di caccia dei fatti che interessano il diritto. La logica del probabile (la logica induttiva o abduttiva) è, per definizione, la logica dell'incerto. Il certo, di cui il giudice deve andare a caccia, è l'opposto dell'incerto. Dubbi ragionevoli su quasi tutto sono compagni di viaggio che non ci lasciano come non ci lascia la nostra ombra.

*L'incertezza, però, angoscia.* I dubbi non ci vanno a genio e, difatti, spesso o quasi sempre – anche questo, oggi, ci dice la scienza – cediamo all'autoinganno, al quel *bias* universale che affligge l'uomo anche quando fa il giudice, che ci fa vedere e apprezzare solo la prova di ciò che vogliamo credere vero e ci fa trascurare la prova di ciò che non vogliamo credere.

Il cervello dell'uomo, poi, pare cablato male per la statistica, che è una delle logiche del probabile (di statistica non capiamo un accidente...). I dubbi non vengono neppure, allora!

Che fare?

Come gli struzzi e metteremo anche qui la testa sotto terra, accettando di credere vero quel che non ci va a genio capire come falso, anche perché capire se è vero o falso è troppo difficile e nessuno ci ha insegnato come si fa (la statistica non è patrimonio culturale del giudice e nemmeno del PM e dell'avvocato), e viceversa?

I dubbi ragionevoli non accederanno nemmeno alla coscienza perché per esser compresi dalla coscienza richiedono capacità intellettuali – statistiche – non naturali? O in tutti gli altri casi, continueremo a impedire ai dubbi ragionevoli, di disturbare la coscienza, perché siamo così proclivi all'autoinganno inconsapevole, che interpretiamo in modo errato i nostri stessi processi mentali?

O, invece, guarderemo in faccia la realtà.

Che ne sarà, allora, di un diritto che imputi eventi a condotte sulla base di fili statistici deboli che più che alla necessità somigliano al caso e hanno sempre il difficile onere di distinguersi dal caso, che stigmatizzi le colpe di quelle condotte causate da processi mentali del cervello ignoti alla stessa coscienza, e prescrive al giudice di condannare solo quando sia certo, per poi ipocritamente far finta di non vedere che il giudice sa come trasformare dubbi ragionevoli in dubbi irragionevoli, anche se sempre e solo al prezzo dell'autoinganno, e, infine, quando vuole condanna oppure assolve, ma magari non sa bene neppure perché ha fatto l'una cosa o l'altra?

Se cade a pezzi l'edificio, le fondamenta – l'antico enigma – tornano visibili.

Gettato in un mondo di fatti che non conosce, cui non si applicano i vecchi apparati della ragione, *il diritto se si espone all'autocritica della ragione fa intravedere il lato oscuro che per secoli ha cercato di occultare.*

Risultato?

I processi senza più diritto, o con sempre meno diritto, perché i fatti sono troppo diversi e troppo trattabili dal diritto, sono già oggi solo *arene retoriche in cui il potente vince sul debole*, riti o ordalie in cui va in scena sempre più spesso la violenza e sempre meno il diritto.

Nessuno ne parla, però.

La scommessa intorno alla differenza tra diritto e violenza, probabilmente, è persa se non viene rilanciata su qualche altro tavolo. Il vero problema è che nessuno ha il coraggio di ammetterlo.

Che fare?

Evitiamo di fare autocritica?

Spazziamo via la ragione?

Chi vede o anche solo intravede il declino della costruzione della responsabilità, *l'emorragia di ragione che esso vive e di cui muore*, deve inquietarsi perché deve anche vedere e non solo intravedere la tragedia imminente che deriva dalla violenza senza scopo.

28.

Il mio (nostro) progetto di fare di “Diritto penale contemporaneo” la sede di pubblici discorsi intorno al diritto penale, cioè rimettere in gioco e prendere finalmente sul serio, senza banali rimozioni, *il tragico ed enigmatico rapporto tra diritto e violenza*, era decisamente ingenuo, perché, all’inizio, almeno io non ero in grado di capire quale fosse la posta in gioco.

“Diritto Penale Contemporaneo” ha cominciato a camminare.  
Si tratta di accelerare il passo.

“Diritto penale contemporaneo” vuole che i nodi vengano al pettine, perché non vuole – neppure inconsapevolmente – perpetuare *l'inganno che tutto vada bene* (salvo qualche piccolo o grande rompicapo e qualche problema anche etico alla periferia del discorso) quando sappiamo che *poco o nulla va bene per davvero*.

Il primo nodo è la domanda stessa su che cosa è diritto.

Forse dobbiamo ridefinire il perimetro del diritto e ampliarne i confini e tornare a discutere di quel che conta davvero.

29.

Ho sempre sorriso tra me quando ho sentito e sento parlare di scienza del diritto.

Il diritto è una costruzione dell'uomo, fatta col linguaggio, è *artificio non natura*.

Che senso ha che l'uomo faccia del diritto, cioè di una cosa sua, di una cosa che è fatta di parole dette e scritte dall'uomo stesso, l'oggetto di una scienza di cui l'uomo stesso sarebbe scienziato?

Più che una scienza, il diritto è una forma di letteratura (spero che chi legga capisca il massimo onore che, con questa definizione, daremmo al nostro sapere) o di critica della letteratura.

Letteratura come narrazione (molto belle le pagine di Mittica sul punto). Una narrazione che – eccone il fascino vero – è un *puzzle* di infiniti frammenti, da raccogliere ovunque ci sia qualcosa di nuovo e importante da capire sull'uomo e il suo mondo.

30.

Perché la dottrina tiene tanto allo *status* di scienza (oltre che per le volgari ragioni di *status* personale dei sedicenti scienziati che facilmente si possono immaginare)?

Il diritto non è oggettivo né imparziale perché l'uomo non è né oggettivo né imparziale.

Perché fingere, allora?

Quando l'uomo finge imparzialità, e conferisce a un suo artefatto il rango di oggetto di una scienza, per ciò solo è dannatamente parziale e la sua scienza, si può esser sicuri, serve solo a velare meglio dietro inesistente oggettività e imparzialità tutto quel che il parlante o lo scrivente non vuol dire *apertis verbis*, ma che è la vera unica e sola importante ragione di quel che dice.

Il diritto può coltivare la falsa ipocrisia di dirsi scienza del diritto se – Kelsen l'ha scritto con mirabile purezza – *accetta di pagare il prezzo di prendere le distanze dal mondo dei fatti e dal mondo dei valori*.

Il diritto deve farsi... puro.

Non deve sporcarsi la candida veste.

Che cosa resta, lì in mezzo, tra fatto e valore, di puro o impuro, però?

Nulla.

Ovvero, le parole della proposizione linguistica.

Proprio Kelsen, il più affilato – il più “puro” - dei positivisti del diritto, era ben consapevole che il diritto, l'oggetto della sedicente scienza, quel che sta in mezzo, compresso come un hamburger in un *sandwich* tra fatto e valore, *non è la proposizione linguistica*, cioè il testo.

Il diritto è il *significato* della proposizione linguistica, cioè del testo.

Che cosa vuol dire?

31.

Non c'è una risposta facile.

Il problema del significato del... significato è un problema gigantesco.

Una cosa sola è chiara anche per Kelsen.

La proposizione linguistica è per Kelsen la cornice, il *frame*, entro cui coesistono plurimi significati, plurimi possibili diritti, tra i quali l'interprete decide *il* significato con un atto della sua volontà.

Sfortunatamente per i sedicenti scienziati, *la volontà che decide è irrimediabilmente una volontà soggettiva* che decide sempre in funzione di un contesto, personale o collettivo, in cui il giurista, che lo sappia o no, è sempre gettato.

*La volontà non è mai oggettiva e nemmeno imparziale.*

Ammesso e non concesso che la volontà esista.

32.

La dottrina sedicente positiva non riesce a capire che il peggior nemico del diritto è, ormai, il linguaggio.

L'oggetto che – paradossale! – dopo la diffusione del positivismo giuridico, è diventato il diritto e che la dottrina sedicente scientifica, ha preso ad adorare come un feticcio, si rivolta contro la dottrina stessa.

*Ogni parola e, ancor più, ogni proposizione del linguaggio, è irrimediabilmente vaga.*

La filosofia del Novecento ha fatto del linguaggio l'oggetto primario del dibattito delle idee. La svolta linguistica ha prodotto Idee a iosa sul linguaggio e sul significato. Non si può dire che, alla fine, tutte queste Idee siano approdate a qualcosa di definitivo. Anche quelle idee erano espresse col linguaggio, e, quindi, condividevano la stessa immanente patologia, la vaghezza.

La dottrina che non veda i limiti del linguaggio fa come diceva Wittgenstein dei cattivi filosofi, che, come mosche, sbattono contro il vetro della finestra credendo di uscire all'aperto e si fanno male. crampi mentali.

La dottrina del diritto è un cimitero di crampi mentali.

33.

Il limite del linguaggio – la contraddizione è solo apparente – è che... non c'è il limite alla produzione di significati.

Non tutti gli usi delle parole sono egualmente buoni?

Forse no.

Sta di fatto che di regola si impongono certi usi e soccombono altri.

Chi e come decide gli usi buoni e li separa dagli usi cattivi?

Tutto dipende da chi usa il linguaggio nella comunità dei parlanti e tutto dipende da chi ha il potere di imporre l'uso del linguaggio che vale per tutti perché si impone a tutti.

Intorno alla vaghezza irresolubile del linguaggio si giocano partite ben decisive per il diritto.

Il principio di legalità – che affida alla parola la suprema garanzia – è in crisi perché è in crisi il significato del significato della parola e della proposizione del linguaggio.

Il giudice dice *“io sono sottomesso solo alla legge”* e il potere politico intima *“devi stare solo dentro il confine della legge”*.

Apparentemente dicono la stessa cosa.

Perché litigano, allora?

Il giudice, poi, è sì sottomesso al diritto ma è anche creatore di diritto.

Kelsen lo sapeva e l'ha scritto.

*Tra il diritto del legislatore e il diritto del giudice c'è, quindi, sempre potenziale tensione e il diritto vive intorno a questo apparente paradosso.*

*Diritto e politica non sono mai stati né mai saranno mondi separati.*

La radice dei conflitti – o meglio la miccia che li fa esplodere – sta anche nella vaghezza irresolubile del linguaggio.

Non è facile, però, pensare a un farmaco per questa patologia.

La qualità del discorso pubblico deve progredire e la dottrina del diritto penale deve, o dovrebbe, diventare parte essenziale del discorso pubblico.

Oggi non è così.

Dirò qualcosa (poco), prendendo ad esempio, la volgare e stupida diatriba che ha diviso dottrina e giurisprudenza intorno al disastro ambientale.

34.

Il positivismo del diritto – con la sua pretesa di oggettività e imparzialità – paga il prezzo di disancorare il diritto dal mondo dei fatti, e dal mondo dei valori, ma l'operazione è mera apparenza, ideologia, perché *i significati del diritto* stanno o nel mondo dei fatti o nel mondo dei valori.

Senza fatti senza valori, non è possibile *interpretare* alcuna proposizione linguistica, non è possibile cioè il diritto.

La “purezza” della scienza del diritto si confuta da sé, svela il suo evidente sostrato ideologico (lo Stato che ha posto il diritto non vuole che la dottrina del suo diritto lo critichi) che non è puro.

La pretesa scientifica della dottrina è un errore.

Che fare?

Tutto il contrario.

Il diritto deve immergersi e non separarsi dal mondo dei fatti e dal mondo dei valori.

*Il diritto deve immergersi nella verità e nella giustizia.*

35.

I referenti empirici delle parole del diritto – almeno quelle che regolano fatti del mondo e dell'uomo - sono descritti che meglio l'uomo non saprebbe fare, dalle *scienze della natura e dell'uomo*.

Il primo grande problema del significato del diritto è, allora, *il rapporto tra diritto e scienza*.

Pretendere di parlare del mondo e dell'uomo, e quindi parlare del diritto che deve disciplinare la condotta dell'uomo in questo mondo, senza il costante ausilio della scienza, ovvero delle scienze, è *semplicemente contrario alla ragione*.

La ragione del diritto penale è diventata debole perché non capisce né il linguaggio né l'immagine del mondo della scienza ovvero delle scienze.

I problemi del rapporto tra diritto e scienza sono molto difficili.

Nessuno ha iniziato a cercare davvero un linguaggio comune che definisca accettabili perimetri di intersezione tra diritto e scienza, in cui i significati delle parole nei due universi siano non necessariamente coincidenti ma reciprocamente intelligibili e i mondi di vita reciprocamente misurabili.

Daubert negli USA, e altre sentenze, anche in Italia, ad esempio Cozzini, sono eleganti e ben scritte, ma pattinano sempre sulla superficie dei problemi, e qualche volta cadono.

C'è da fare, però, molto di più.

La latitanza della dottrina sul punto lascia sbigottiti.

Parlare di scienza e diritto, naturalmente, non significa far finta di parlarne come si è fatto finora. Significa lasciare nel cassetto delle cose inutili e pericolose perché fuorvianti, i finti onori riconosciuti al giudice, ora *peritus peritorum* o *gatekeeper* o anche consumatore e non produttore di scienza.

Parlare in modo veridico di verità nel e del diritto penale significa partire dall'unico punto da cui sia onesto partire.

*Il giudice, l'avvocato, il pubblico ministero, il dottore o professore, tutti noi non sappiamo più nulla di fatti perché non sappiamo quasi nulla di scienza.*

Non sappiamo nemmeno di diritto penale, o, quantomeno, non conosciamo la parte di gran lunga più rilevante del diritto penale, quella che, per essere conosciuta ed applicata, richiede in noi quella capacità della conoscenza del mondo e dell'uomo che, analfabeti di scienza, non possediamo più, non bastandoci ormai il senso comune.

Un diritto senza più verità è un diritto morto.

Un diritto morto ha l'effetto di ridurre il processo ad un'arena retorica in cui rilevano solo i contingenti rapporti di forza tra le parti.

Un processo, quindi, che è destinato a produrre sentenze insieme false e ingiuste.

Anche la scienza ha i suoi problemi. Nel secolo scorso è stata investita da una crisi scettica imponente. Popper, liquidando il positivismo logico, paragona la base empirica della scienza ad una palude dove la palafitta conficca i pali che la tengono sopra l'acqua.

Lo scientismo è un'altra ideologia da cui guardarsi.

Non abbiamo, però, nulla di meglio della scienza per conoscere il mondo e chi siamo noi.

Diritto penale e scienza sono sempre stati universi paralleli e incomunicabili, mondi di vita incommensurabili e “Diritto penale contemporaneo” voleva provare a colmare questa lacuna.

Forse si può fare qualcosa.

Che fare, allora?

Studiare.

Uno dei primi passi che seguiranno a questo fin troppo ambizioso programma è mettere a disposizione dei lettori di DPC un documento redatto congiuntamente dal Federal Judicial Center e dalla National Academy of Sciences USA, dal titolo *Reference Manual on Scientific Evidence*.

Il manuale è stato inviato a tutti i giudici USA.

Il giudice che non sa nulla intorno alle cose che si dicono, perché non sa nulla della scienza di cui si dibatte, dice il vero solo per... caso.

Il principio vale negli USA come in Italia.

### 36.

Il mondo dei fatti che deve entrare nel diritto pone, quindi, problemi di *verità* del diritto.

Il *ver-dictum* deve essere la base della *iuris-dictio*.

Il giudice *ius-dice* ma la giurisdizione richiede che, prima di tutto, il giudica emani il *ver-dictum*.

Qualcuno guarda con sarcasmo a queste parole, perché quando pensa alla verità pensa alla filosofia e pensa al filosofo che finisce nel pozzo per voler guardare il cielo.

Il giurista è un pratico, non ha tempo di guardar il cielo; e invece non capisce che nel pozzo ci sta già lui, il giurista, e non se n'è accorto.

Sotto la verità si debbono guardare i problemi della responsabilità per il fatto e per la colpevolezza del fatto.

*Causa e pericolo. Ma anche imputabilità, colpevolezza, dolo.*

Forse ci parrà più chiaro quel che oggi non pare chiaro a nessuno.

La causa non può essere necessità e probabilità allo stesso tempo.  
Una causa che può essere tutto, dalla necessità al caso, non è niente.  
Soprattutto non è vero, è falso che necessità possa essere probabilità.  
È un ossimoro.

Eppure la causa – a fronte della crescente difficoltà delle questioni che il giudice deve dipanare – è il niente, oggi.

Che in quindici anni, i giudici non abbiano ancora capito se e come risolvere l'enigma della causa dell'amianto, non è per nulla un caso.  
Franzese non parla di causa.  
Parla d'altro.

Il pericolo sta peggio ancora.

Era ed è una *fictio iuris*, perché se l'evento non si è verificato era necessario che non si verificasse, quindi non c'era pericolo che si verificasse.

Il pericolo "reale" è, quindi, un'altra contraddizione in termini perché il pericolo è "irreale" per definizione.

Com'è noto a quasi tutti, perché va di gran moda dirlo, siamo entrati da un bel po' nella società del rischio.

Che cos'è rischio, però?  
Non lo sa nessuno.

Rischio non è pericolo.  
Rischio è un oggetto mentale enormemente più difficile del pericolo.  
Pericolo è l'evento che non si è verificato e che, maneggiando la base ontologica (che si lascia maneggiare *ad libitum*), stimiamo se si sarebbe potuto o no verificare anche se non si è verificato.  
*Fictio iuris*, appunto.  
Il pericolo c'è quando si vuole che sia e non c'è quando non si vuole che sia.

Il rischio è, invece, quella cosa di cui sappiamo maledettamente poco.  
Sappiamo che la base ontologica (anche se totalizzata) è sempre incerta (cioè *sottodetermina plurime possibili spiegazioni*) e sappiamo, il più delle volte, che è altrettanto incerto anche se l'evento si sia o non si sia verificato (basti pensare ad un'indagine epidemiologica che abbia rilevato un RR di 1,2 di cui, cioè, non è decidibile se un

evento si sia verificato o no e che tipo di evento; parlerò lungamente di questi argomenti).

Sperare di capire il rischio con la cassetta degli attrezzi del pericolo (base ontologica totalizzante, prognosi postuma, possibilità, etc.) è giocare una partita già persa.

Il rischio diventa una causa debole.

Il pericolo, identificato col rischio, diventa la prova semipiena, o magari un quarto di prova della causa.

Il rischio si maneggia con la statistica con l'avvertenza di usarne con somma cautela. Il rischio è, quindi, frainteso e malinteso da una dottrina e una giurisprudenza che è troppo ignara di probabilità, cioè di statistica, per poterla usare con o senza cautela.

Il dolo è uno stato mentale, si dice.

Filosofi e scienziati, da dieci o quindici anni a questa parte, discutono se gli stati mentali – ad esempio *le rappresentazioni* – siano reali, cioè esistono nella mente (e quindi nel cervello), o non siano reali, e siano semplicemente attribuiti dall'uomo, ad esempio dalla cultura.

Noi abbiamo esperienza di stati mentali.

Il problema – davvero sconvolgente – è che l'introspezione – cioè la esperienza degli stati mentali di ciascuno di noi – è (stata verificata empiricamente) falsa, perché la coscienza, *l'io, non sa abbastanza del proprio cervello, l'id* (o l'inconscio cognitivo che non è l'inconscio di Freud, ma l'inconscio studiato empiricamente dalle Scienze), e non ne sa abbastanza perché non può accedere a quei circuiti neurali inconsci che decidono le vere cause della nostra azione od omissione.

Le ragioni per cui crediamo di aver agito o non agito X, forse non corrispondono alle vere cause per cui abbiamo agito o non agito X. Le ragioni che ci diamo e che crediamo vere sono forse solo confabulazioni, razionalizzazioni *ex post*.

Stati mentali reali *versus* stati mentali attribuiti significa che forse ci attribuiamo e attribuiamo ad altri stati mentali che non ci sono!

Attribuiti può volere dire anche *imputati*.

Forse il dolo – *come stato mentale della coscienza o dell'autocoscienza* – non esiste, è una mera invenzione del diritto penale che – come si accennava all'inizio – si costruisce e autogiustifica a proprio uso e consumo la colpevolezza dell'uomo da punire.

Prima, però, per secoli e millenni, si poteva fingere che il dolo come stato mentale, esistesse.

Ora, no.

O, almeno, non è più lecito non avere dubbi ragionevoli sulla tenuta della *psicologia ingenua* che ancor regge il diritto penale.

La *volontà*, poi, l'altra pietra miliare del dolo, è un fantasma ancor più inafferrabile. Forse non c'è e se c'è... non è libera, *non causa ma è causata* da miriadi di processi cerebrali che si contendono l'accesso alla coscienza dell'uomo.

Cercare la volontà, o tracce di volontà nel dolo eventuale, senza sapere se esista e che cosa sia la volontà, potrebbe essere un esercizio maledettamente sterile, solo un crampo mentale.

Da alcuni secoli i giureconsulti vanno a sbattere come le mosce sul vetro della finestra, quando provano a definire il *dolus eventualis*, e forse sarebbe ora di capire che *o si continua a farsi male alla testa o si cambia vocabolario e soprattutto psicologia*.

*Il problema tragico non sarà il dolo eventuale.*

*Già ora non è possibile non prendere sul serio l'idea che ogni azione dell'uomo può essere e forse è un'azione non libera in causa.*

Dov'è la colpevolezza?

*L'uomo deve essere punito – è stato punito per secoli e millenni – perché è colpevole o l'uomo è colpevole perché deve essere punito e così è da secoli e millenni?*

Avvicinarsi alla verità pare sempre più difficile e, allo stesso tempo, sempre meno prescindibile.

### 37.

Il secondo grande problema del significato del diritto è il mondo dei valori.

Il mondo dei valori che deve entrare nel diritto pone problemi di *giustizia* del diritto.

La giustizia – l'ho già accennato - è un pensiero che siamo abituati a non pensare più, perché ci siamo dimenticati, o abbiamo fatto finta di dimenticare, che il positivismo giuridico è *un'Ideologia del diritto*, che come tale è stata costruita e potrà essere decostruita, perché non è l'unica possibile idea di diritto.

Chiamo, quindi, giustizia, il mondo delle decisioni intorno ai valori, quel mondo che rischiamo di perdere – e il prezzo può essere salatissimo – col pretesto che i valori sono soggettivi e, quindi, non possono essere trattati dalla scienza del diritto.

Perché?

Kelsen si muove sulla linea di Weber.

Entrambi credono che la scienza debba innanzitutto essere avalutativa, perché i valori sono soggettivi e, quindi, non possono essere studiati in modo oggettivo.

Questa strada – secondo una corrente di pensiero non insignificante – si è letteralmente lastricata di cadaveri nel Secolo Scorso.

Perché?

Il buio è arrivato anche per l'improvvisa sparizione del discorso pubblico intorno ai valori, cioè ai fini. La scienza si è occupata di perfezionare i mezzi, lasciando che i fini fossero decisi dallo Stato. Lo Stato fa quel che vuole.

I fini hanno giustificato i mezzi – anche i più orridi – perché si era perduta l'abitudine a discutere dei fini.

Secondo il pensatore Rubenstein, ma anche il ben più celebre Baumann, in Weber, nella sua lucida analisi della razionalizzazione e del disincanto, c'era – per chi avesse saputo vederla – l'anticipazione di quella deriva orrenda della modernità che fu l'Olocausto.

Solo l'Olocausto?

Le tragedie della modernità sono così tante e continuano ancor oggi, che c'è da temere che l'Olocausto fu il peggio del male, ma se non vogliamo chiudere gli occhi non possiamo dire che quello fu il limite invalicabile e irripetibile del peggio ancora possibile.

Per noi, però, non è un problema.

Non perché il mondo del diritto non abbia i suoi cadaveri. Ce n'è fin troppi. Solo che, come detto prima, il mondo del diritto rinuncia a chiamarsi scienza.

*Il mondo del diritto, quindi, ricomincia a parlare di giustizia.*

Sotto la giustizia, con la lente del mondo dei fini – senza paura di apparire non imparziali e poco oggettivi – si debbono guardare gli immensi problemi della pena e della sua giustificazione come mezzo.

Walter Benjamin, in un densissimo e oscuro straordinario saggio intitolato "Per la critica della violenza", osserva nella prima pagina che l'unica critica della violenza che fonda e conserva il diritto, sta nella *costruzione dell'idea di giustizia*, un'istanza di valore che, programmaticamente, trascenda il diritto, appunto per poterne fare oggetto di riflessione sincera e non ipocrita.

38.

Non c'è una sola idea di giustizia e la giustizia non rileva solo per la pena.

La colpa – quando concerne conflitti sociali – evoca – su scala più o meno grande – problemi di giustizia, come equa distribuzione del rischio tra chi lo produce, l'imprenditore, che in cambio ne cava profitto, e chi lo subisce, il lavoratore e la comunità che, di regola, non vede granché del profitto del primo.

L'idea di giustizia dell'imprenditore non è l'idea di giustizia del lavoratore.

Non è chiaro neppure se esista una e una sola ottimale giustizia come regola di distribuzione del rischio.

Non è chiaro, di questi tempi, quindi, quale sia l'idea di giustizia del diritto penale.

*Il rischio zero non esiste e, quindi, chi lo fa valere, con più o meno enfasi, si costruisce solo un alibi comodo.*

L'idea di giustizia praticata dai giudici – qualunque essa sia – tende a entrare in conflitto con l'idea di giustizia – neppure essa così chiara – che sta alla base della distribuzione del rischio decisa da altri poteri dello Stato, legislativo ed esecutivo, nell'ambito delle rispettive competenze sancite dalla Costituzione.

Il conflitto che ne nasce (si pensi all'ILVA, a Tirreno Power, alla TAV, alla tragedia dell'amianto) è un conflitto interno al diritto, perché il giudice è fonte di diritto così come il Parlamento o il Governo (o le sue articolazioni territoriali).

Conflitti come questi, interni al diritto sulla giustizia del diritto, sono tra *i problemi più acuti e tragici della nostra società*, ma, naturalmente, non sono problemi che interessino la dottrina.

Troppo difficili e altrettanto scomodi.

In pochi hanno colto la delicatezza della sentenza della Cassazione del 2010 in cui i giudici hanno deciso che l'osservanza dei valori soglia non esonera, di per sé, l'imprenditore da responsabilità.

Il conflitto è evidente.

I PM, però, non perseguono, per colpa, i poteri dello Stato che hanno autorizzato l'imprenditore, fissando quei valori soglia, a creare un rischio non accettabile per i lavoratori o per la società.

Perché?

Una sola cosa è certa in materia di colpa.

È tempo di mandare in pensione quel sant'uomo *dell'homo eiusdem professionis et condicionis*.

Non gli si può chiedere troppo.

Quell'archetipo vale quando io, che non sono uno spazzacamino, vado sul tetto e faccio cadere una tegola in testa a un altro, e il giudice deve stabilire se sono in colpa, perché avevo il dovere di sapere quel che sa lo spazzacamino prima di salire sul tetto, o non sono in colpa perché non sono uno spazzacamino.

Nella società post- moderna (o liquida, o dell'incertezza, o della modernità riflessiva, chiamatela come volete), in cui l'Incidente Industriale è normale, cioè non solo prevedibile, ma quasi ineluttabile (Perrow), c'è bisogno d'altro.

Decisioni tragiche, scriveva Calabresi.

Funziona almeno per il medico?

La stolta diatriba in corso sulle linee guida farebbe temere di no.

Le linee guida, però, sono peggiori *dell'homo eiusdem professionis et condicionis*. Costui è innocuo, le altre no, possono causare danni che, peggio ancora, restano invisibili dietro la cortina fumogena delle linee guida.

*C'è e se sì dov'è il rischio accettabile che sia giusto?*

La colpa va rifondata per intero.

39.

Il diritto e la sua dottrina non costruiscono più da tempo alcunché di nuovo e tantomeno di interessante.

Ruminano sempre le stesse parole.

Ho torto?

Il diritto penale si modernizza?

Il principio di precauzione, spesso evocato come il nuovo concetto della colpa, non è una regola ma solo una forma vuota che deve essere riempita con una regola.

Nulla di nuovo.

Anche Kant diceva che spesso per agire dobbiamo farci bastare molta meno conoscenza di quella che soddisferebbe il nostro intelletto.

Il problema è *quanta* conoscenza soddisfi l'Intelletto e *quanto meno* possiamo farci bastare per l'azione.

Dipende.

Da che dipende?

Dall'intelletto e dall'azione.

Troppa precauzione fa più male che bene.

Troppo poca anche.

Quando, allora, e quanta precauzione non è troppa o troppo poca?

Il problema inizia e non finisce qui.

È un problema di giustizia, cioè di regole di distribuzione del profitto e del pericolo.

Il problema va affrontato con la cassetta degli attrezzi adatta.

C'è una letteratura sterminata sul rischio e sull'accettabilità del rischio che tocca trasversalmente quasi tutte le discipline (filosofia, antropologia, economia, sociologia).

Non il diritto.

Esiste la teoria dell'aumento del rischio, però.

Milioni di alberi ammassati, per non sapere, alla fine, nemmeno rispondere alla domanda: che cos'è rischio?

Di aumento del rischio si discute se sia un duplicato della causa o della colpa.

O ne sia un'integrazione, o un surrogato.

Formule vuote, come sempre.

#### 40.

*Verità e giustizia sono il diritto, cioè il significato del diritto o meglio contengono i significati del diritto.*

Intorno a questi due poli, si può organizzare un discorso che provi a impostare una autocritica riflessiva del diritto, capace, forse, di avviare un discorso nuovo, più aperto e sincero, e quindi, forse più utile di quello, ormai logoro che si va consumando in un silenzio imbarazzante e orrendo.

Meglio un diritto vivo e non scientifico che un diritto morto sedicente scientifico.

Ci sono, ho detto all'inizio, moltissime questioni su cui la dottrina e la giurisprudenza ogni giorno lavorano.

Molte sono importanti, molte no.

Molte sono problemi veri, molte no, solo crampi mentali.

C'è un test per capire se sono problemi veri o falsi? O inutili?

Domandiamoci sempre se la soluzione alla questione che stiamo studiando ha o non ha impatti sulla verità e sulla giustizia del diritto.

Se non ne hanno, il mio consiglio è di pensare ad altro.

*La tecnologia delle parole – cui si è ridotto il diritto – deve essere servizio della verità e della giustizia altrimenti la tecnologia è fine a se stessa, e perpetua gli stessi inutili e vuoti discorsi.*

Qualunque questione giuridica che non sia questione di verità è questione di giustizia oppure non merita nemmeno di essere trattata.

#### 41.

Perché nessuno pensa più?

O così pochi pensano ancora?

Tengo a evitare fraintendimenti.

Se dico che nessuno più pensa dico che nessuno più pensa alle radici del diritto penale, e, almeno per me, chi non si preoccupi delle radici, non so di che cosa si occupi per davvero.

Il circolo è vizioso perché, a furia di leggere troppo di quel che sta dentro il diritto, il maestro come l'allievo non ha tempo per imparare qualcosa di quel che c'è là fuori, fuori dalle finestre del diritto.

Il risultato è tendenziale degrado del livello culturale del discorso del diritto penale, oggi.

La pretesa scientifica della dottrina non è solo autoconfutata nella sua ovvia ideologia. È anche pericolosa.

I sedicenti scienziati costruiscono un codice comunicativo che poi tramandano agli allievi, che saranno i maestri di domani.

Nel nostro campo, il codice comunicativo è fatto di canoni rigidi, di forma e contenuto. Quei canoni dovrebbero garantire uniformità di metodo tra i lavori dei diversi sedicenti scienziati, e, quindi, l'ordinato progresso della scienza.

In realtà i binari sono i binari sui quali i maestri, per non restare spiazzati dai tempi che li renderebbero obsoleti, obbligano gli allievi a produrre quei soli pensieri sul diritto che essi, i maestri, hanno pensato, che sono poi anche i pensieri che pensava anche il maestro del maestro.

Ogni prodotto di dottrina, deve contenere un apparato di note bibliografiche, in italiano e in tedesco e magari anche in inglese e francese, e questo, da solo, rende chiaro che *il problema che l'allievo deve trattare è un problema già vecchio e già trattato*.

Il problema nuovo è guardato con sospetto.

A ragione.

Che cosa ci può essere mai di nuovo per il maestro della dottrina del diritto penale?

Non c'è modo migliore di questo, però, per imporre gabbie d'acciaio al pensiero *tout court* dell'allievo – e quindi alla fine di rinsaldare il potere del maestro –.

La dogmatica non può accettare eresie, o no?

La verità – forse dolorosa per chi si è costruito una vita intera su uno *status* che dà e ha dato senso alla sua stessa vita – è che non ci sono più né maestri né allievi.

La scuola di Milano, la scuola di Bologna, la scuola di Roma.

Suona il campanello.

Fine delle lezioni.

Si ricomincia daccapo.

C'è un mondo straordinario, là fuori.

Le parole verità e giustizia sono tornate da qualche decennio al centro della scena del confronto delle idee che, per forza di cose, è sempre più aperto e trasversale tra discipline diverse.

Di giustizia, dopo Rawls, hanno scritto e scrivono filosofi, economisti, politici, sociologi, scienziati della mente.

Di verità quasi altrettanto.

Con la liquidazione del positivismo logico, e lo *tsunami* dello scetticismo più radicale (la realtà non esiste, la realtà è una costruzione dell'ideologia: forse nessuno l'ha mai detta così, ma l'ha fatto credere e questo è peggio ancora), il ritorno al realismo (non quello ingenuo del senso comune) la verità è tornata decisiva.

Quasi solo il diritto non usa più da tempo queste parole.

È tempo di ripartire.

Ci proveremo.

La dottrina deve strappare tutto quel che può dalle scienze della natura dell'uomo e della società, ma anche alla filosofia e a quella parte della filosofia che è l'etica, perché

la dottrina, noi, *abbiamo più responsabilità* di qualunque scienziato della natura, dell'uomo e della società e di qualunque filosofo.

Noi giochiamo – l'ho detto fin troppe volte – tra tutti i giochi linguistici un gioco pericoloso, forse il più pericoloso di tutti, perché in gioco c'è l'uso della violenza dello Stato nella società.

L'autoreferenzialità non è un lusso, ma, attualmente, solo la virtù di chi per necessità non può parlar d'altro che di quel che sa, che non è molto.

42.

Nulla di nuovo nemmeno in quel che sto dicendo?

Propongo di rispolverare l'antico dualismo giusnaturalismo *versus* positivismo giuridico?

No.

Non è in gioco la natura contro la legge. Molto di più. Siamo nel XXI secolo.

In questi tempi, il giusnaturalismo prende sempre più le forme del liberismo globale, cioè della giungla in cui regna solo la legge del più forte.

Un nuovo Stato di natura richiede una nuova civilizzazione!

Un nuovo contratto sociale!

Che cosa accadrà nel processo di tensione storica tra globalità e sovranità, non è ancora chiaro.

La sovranità dello Stato potrebbe estinguersi, o uscire più forte di prima.

Qualunque cosa sarà la società del domani, toccherà da vicino il diritto penale.

Chiunque vinca, è difficile sperare che il tempo in cui siamo e che sta per venire, saprà fare a meno della violenza come mezzo per disciplinare la società. Ogni mutamento storico è, prima di tutto, mutamento del modo in cui la società tratta il problema della violenza che si genera da sé, ovunque e in ogni tempo.

Se in mezzo c'è ancora uno spazio per pensare, tocca all'intelligenza occuparlo e occuparlo ora.

Il vecchio diritto non basterà.

La responsabilità degli intellettuali che non l'avranno capito in tempo e si lasceranno sopraffare da qualche nuovo fascismo già in agguato sarà enorme.

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è importante.

*L'Europa, però, forse non c'è già più.*

La CEDU vale fin quando lo Stato vuole che valga. Come i diritti umani. Valgono finché la legge e il giudice vogliono che valgano.

Lottare per i diritti umani, però, fa sentire bene.  
Invece dovrebbe far sentire male, anzi malissimo.

Se i diritti umani sono davvero minacciati, e io credo che lo siano e sempre più lo saranno, non basta la CEDU.

Se i diritti umani sono davvero minacciati, ci vuole altro.

*Il carcere è un'istituzione che deumanizza e, quindi, è contraria ai diritti dell'uomo.*

Nel carcere, nel suo buio non penetrabile, la tortura sarà sempre un mezzo a disposizione delle Autorità, che ci sia o no una legge dello Stato.

*Per battere la tortura bisogna avere il coraggio di mettere in discussione anche il carcere, cioè la violenza.*

#### 43.

Il compito è tremendo.  
Una nuova etica.  
Nientedimeno.

Lo ha scritto Baumann, alla fine di "Modernità ed Olocausto", citando Levinas.

Un'etica, forse, diversa dall'etica, o morale che fertilizza nell'humus della società.  
*Un'etica che sappia dir no* alla massa che pretende violenza e che sappia dir no allo Stato che pretende di costruire nemici su cui orientare la violenza.

È chiedere troppo?

La società siamo noi. Anzi. La dottrina siamo noi.

La scommessa su una reale differenza tra diritto e violenza può essere rilanciata?  
Se sì, come?

*Oppure c'è qualche altro modo, diverso dalla violenza, per risolvere i conflitti?*

*Forse.*

*Val la pena di provare.*

Il processo è certo lungo e difficile.

Poco o nulla cambierà almeno fino a che la società, cioè l'uomo, cioè noi, non saremo abbastanza forti da riconoscere e non rimuovere – con *transfert* più meno riusciti – la violenza che è in lui (in noi), che continua ad essere in lui (in noi).

La violenza dovrà perdere quell'alone di mistero che sembra renderla inevitabile.

Noi dobbiamo tornare *a sentire più che a pensare* che la violenza è il male, è il vero scandalo.

Forse solo così potremo imparare a rifiutare, o almeno a mettere in discussione, la strana idea che l'unico diritto possibile sia solo la violenza, scaricata, con le sue banali e inique razionalizzazioni, su quei pochi, selezionati tra i deboli, la cui colpa – basta aprire gli occhi – si fa ogni giorno sempre meno chiara.

Una colpa che, alla fine, avvertiamo o dovremmo avvertire tal quale in noi, se fossimo abituati a pensare a noi stessi con il coraggio e l'onestà che sarebbero richiesti.

**44.**

Ho appena accennato al vero terremoto che sta per arrivare.

Il cuore (!) della pena è la retribuzione della colpa.

Il diritto penale anche contemporaneo sta e cade con questo fortissimo dogma.

Il codice penale è costruito su un solo binario, la pena come retribuzione della colpa.

Il resto è posticcio.

Il criminale *merita* la pena, cioè la violenza perché è colpevole. Questo è il grido di guerra del diritto penale.

Ero partito da qui.

Il grido viene dai primordi dell'uomo. Là dove sacro e violenza si intrecciano in modi ancora oscuri.

Ora facciamo un balzo nel... futuro.

Le scienze – come ho detto – debbono entrare nel campo del diritto e, in qualche modo, deve accadere anche il contrario. C'è bisogno di punti di intersezione tra le due culture.

Ci sono e ci saranno, però, anche *drastici punti di rottura tra diritto e scienza* che faranno nascere domande tragiche.

Il dogma della colpa dell'uomo potrebbe cadere all'improvviso o forse è già caduto.

*Forse la colpevolezza non esiste e non è mai esistita.*

*L'uomo è quel che la natura – il DNA – e l'ambiente – hanno fatto del suo cervello.*

Non solo...

*Il cervello – la res extensa – detta legge alla coscienza – la res cogitans – e non il contrario.*

*La coscienza, la ragione, crede di essere libera di decidere A o non A ma libera non è.*

Chi comanda davvero (Gazzaniga, scienziato del cervello, ha scritto un libro proprio con questo titolo)?

Nessuno?

*Gli infiniti circuiti neurali che stanno sotto la coscienza, hanno inventato la ragione e la coscienza, perché l'una e l'altra servivano all'evoluzione.*

*La coscienza sa del cervello molto poco.*

*Non posso fidarmi nemmeno dell'introspezione.*

*Le ragioni che io mi do delle mie azioni non sono le vere cause delle mie azioni.*

*Io so di me, della mia mente, solo quel che riesco a capire della mente dell'altro.*

Incredibile?

Sì, ma (probabilmente) vero.

La letteratura è già vastissima (Gazzaniga, LeDoux, Damasio, Strata, Benini, tra gli scienziati, e De Caro, Marraffa Paternoster e altri tra i filosofi della mente che certo dimentico e per questo mi scuso).

La più parte di loro mostra un umano fin troppo umano timore delle conseguenze che l'evoluzione della scienza cognitiva avrà sulla cultura della società.

Gli scienziati tendono a nascondersi.

Anche i filosofi.

La materia è incandescente e la posta in gioco immensa.

Tocca, però, a noi, e non a loro, portare questo terribile peso.

*La domanda "dov'è allora la colpa?" è una domanda cui dobbiamo rispondere noi e non la scienza.*

45.

La colpevolezza, allora, è un colossale falso storico?

Se la colpevolezza non esiste, perché quel che chiamiamo colpevolezza è anch'essa solo la necessaria produzione del lavoro oscuro e quasi tutto inconscio del cervello che non può essere libero, perché è insensato anche solo pensare che il cervello, cioè la materia, sia libera, *anche la retribuzione è una menzogna, perché nessuno merita o demerita alcunché?*

La retribuzione, allora, finalmente appare quel che è sempre stata, sin dalla notte dei tempi, cioè vendetta e nient'altro? Soddisfazione di pulsioni fondamentali che l'evoluzione ha premiato con la sensazione di oscuro benessere che esse regalano, anche se per breve tempo?

È davvero possibile dire, senza vergogna, che vendetta sia manifestazione di giustizia?

L'oscuro legame tra peccato e reato – sacro e violenza – non è mai stato davvero sciolto.

Forse è tempo.

46.

Quando manderemo in soffitta anche la metafisica del libero arbitrio, ci sarà la catastrofe morale che qualcuno già teme?

O sarà il contrario?

O continueremo con la finzione che non sia successo nulla?

Sapremo, potremo, costruire una morale diversa? *Più centrata sull'altro che sull'ossessione dell'"io"?* Una morale non fondata sulla colpa e sul castigo? Sapremo, su queste basi, costruire qualcosa di meglio della società punitiva che è incivile e che cade a pezzi?

47.

Possiamo anche far finta di nulla e voltare le spalle alla verità?  
Magari continuare a tenere in gabbia uomini e donne per ragioni che non sono vere?

Per colpe che non hanno?

Non per loro merito, ovviamente. Ma nemmeno per loro demerito.

Come potremo, in quel caso, se continueremo a fingere, dirci uomini?

Gli sconvolgenti sviluppi delle scienze del cervello non potrebbero aiutarci invece a capire un po' di più la natura umana e questa comprensione non servirà anche a *non autoingannarci più* su chi sia io e l'altro da me?

*Homo sum, humani nihil a me alienum puto* (Terenzio).

*So dell'altro il poco che so di me.*

*Io alla fine sono l'altro.*

C'è un potenziale eversivo in queste assunzioni.

Un'etica tutta nuova?

Il pensiero del giudice che ammette che, forse, se avesse fatto la vita dell'imputato, e l'imputato la sua, i ruoli avrebbero potuto essere rovesciati, e lui giocare la parte dell'Imputato e l'altro quella del giudice, è un argomento che potremo, finalmente, affrontare a viso aperto?

Il libro di Fassone dal titolo "Fine pena ora" è un libro di diritto e come tale deve essere letto e compreso.

Questa è la piccola o grande rivoluzione che, se vogliamo, si può avviare.