

Antonio Incampo and Wojciech Żelaniec (edited by),
Universality of Punishment, Cacucci, Bari 2015

Il saggio in commento analizza i profili di incoerenza politica, normativa e concettuale che connotano l'irreversibile processo di maturazione del diritto in generale, e del sistema penale in particolare, verso l'universalità razionale.

Sul piano politico si evidenzia (Hermida del Llano) che i diritti umani svelano un mondo in cui esiste un'etica comune ed attivano meccanismi di protezione normativa; con lo Statuto di Roma la comunità internazionale ha sancito un codice legale dell'umanità racchiuso nella persecuzione di quattro tipi di crimini: crimini di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimini di aggressione. La Corte Penale Internazionale, in tal senso, ha concretizzato il desiderio di eliminare le violazioni più gravi della dignità umana. In questo quadro la pena trova la sua giustificazione nella conservazione del bene comune (Köck), che rappresenta la ragion d'essere dello Stato e della comunità internazionale; tale finalità ha resistito al tramonto del dogma della sovranità statale, alla critica hegeliana alle ragioni della comunità internazionale ed alla radicalità della teoria kelseniana della scissione tra diritto positivo e giustizia. Da Norimberga in poi le ragioni della conservazione del bene comune dell'umanità sono divenute cogenti, in prima istanza da parte di ogni singolo Stato. Nessuno Stato deve sottrarsi alla giurisdizione internazionale, presumendosi al di sopra di essa.

Sul piano normativo si sottolinea come vi siano, tra diritto internazionale e legislazioni statali, notevoli differenze nel grado e nel tipo di pena. Ma prima ancora di tali differenze ciò che rileva (Bernard) sono i limiti che le tradizionali concezioni di giustificazione della pena (retributiva, utilitaristica o socio-pedagogica) incontrano con riguardo alla universalità del diritto penale internazionale: parrebbe non esistere alcun discorso assiologico per sostenere la lotta contro l'impunità; la giustizia penale internazionale può essere strumento di pace se è inserita all'interno di tutta una serie di azioni politiche, umanitarie e sociali. Potrebbe in tal senso qualificarsi come riparativa (Pasculli), mettendo al centro la preoccupazione per le vittime, in maniera da affrontare in modo convincente la contraddizione tra la giustizia e la pace nelle società post-belliche mediante il ricorso alla riconciliazione ed a meccanismi di inclusione e di responsabilizzazione. Rimane, ciò nondimeno, il dato concreto costituito (Scalia) da profonde divergenze tra il sistema internazionale e i sistemi nazionali in ordine alla determinazione dell'universalità delle sanzioni e ciò mortifica l'esigenza di condannare i crimini internazionali in modo proporzionale rispetto alla loro gravità.

Sul piano concettuale si denuncia la crisi della sanzione della carcerazione, divenuta mero meccanismo di controllo della vita. Con riguardo alla sanzione penale, l'unico elemento universale è sempre stato la sofferenza (Amato), resa evidente e pubblica dalla tortura ma nascosta dalle carceri, cui è stato consegnato il compito di scomporre la sofferenza in molte forme individuali di afflizione, che rendono impossibile il pentimento. La risposta alla crisi del diritto penale, oltre che dal diritto penitenziario, cui spetta il compito di definire quanta sofferenza è tollerabile, viene dallo stato di diritto: in questa chiave la procedura penale è da intendersi come garante dei diritti fondamentali e la sanzione come istituzione sociale, come responsabilità che ricade non solo sul potere ma su ciascuno di noi. Il diritto, invece, dovrebbe limitarsi a rispondere in modo convincente alle questioni relative al diritto di vietare e giudicare. A questo riguardo, inoltre, si sostiene (Zaibert) che il carcere, più di ogni altra forma di punizione, mantiene la sofferenza indotta dalla sanzione lontano dal nostro sguardo, qualificando il sistema di giustizia penale contemporaneo come mezzo di ostentazione e conservazione del potere statale. D'altra parte, benché il penitenziario moderno abbia nascosto la pena rispetto agli spettacoli di tortura nelle piazze, la pena carceraria ha sempre avuto un'incredibile forza convincente. Di tale pena rimane inquietante il meccanismo del foucaultiano *'nascondimento burocratico'*, dal quale occorre uscire distinguendo nettamente il livello giudiziario da quello penitenziario. In altro senso si rileva (Lorini) l'universalità di un particolare tipo di sanzione, la vendetta, che, per Kelsen, rappresenta la *'prima sanzione sociale organizzata'*; l'ontologia kelseniana in tale riflessione è centrale nei termini in cui postula che un atto naturale, quale una vendetta, può assumere sia il significato giuridico di atto proibito che quello di atto obbligatorio. Interessanti spunti di riflessione emergono inoltre dall'analisi del tema della coercizione alla luce della teoria comunicativa del diritto (Robles) e degli effetti provocati dalle neuroscienze sulla questione della pena (Sozio): nel primo caso si rileva come l'elemento coercitivo è proprio, ma non necessario, delle norme *'deontiche'* di esecuzione rivolte agli organi deputati alla gestione della pena, precisandosi tuttavia che anche nei casi in cui non si preveda l'esecuzione tuttavia sorgano obblighi di legge, benché deboli; nel secondo caso, in senso critico rispetto alle tradizionali concezioni della sanzione penale, si afferma l'esigenza teorica di interpretare il crimine come evento neuro-correlato senza tuttavia giungere alle estreme conseguenze della creazione di un modello di neuro-persona impermeabile alla lode o al biasimo. Non meno densa di implicazioni è la proposta qualificazione in senso educativo della sanzione (Zelaniec), da ragguagliarsi sulla base del rapporto "equivalente-per-equivalente": vero è che tale proposta presenta numerosi profili di criticità (come agire nei casi difficili, quali lo stupro, ad esempio?), ma è pur vero esiste uno scopo che accomuna ogni individuo, e che viene analogamente frustrato dalla commissione di ogni misfatto.

Le risposte a queste incoerenze, benché diversificate, si attestano su una conclusione simile: i progressi nella universalizzazione del diritto presuppongono un sistema di giustizia penale fondato sulla dignità della persona.

Da una parte si articola una particolare soluzione retributiva sulla base della concezione proposta da John Finnis (Kramer): mediante la violazione ogni crimi-

nale ottiene non già una maggiore libertà bensì l'auto-indulgenza. Tanto maggiore è il guadagno quanto più gravi sono le finalità: la pena dunque ripristina la parità tra chi viola e chi osserva la legge, annullando il profitto ingiusto ottenuto dal primo e, pertanto, qualsiasi vittima trae beneficio dalla soggezione del criminale alle misure punitive.

D'altra parte si propone un'originale rilettura in senso platonico (Piechowiak) ovvero aristotelico (May) della questione della pena. Nel primo senso si muove dalla posizione di Platone secondo cui scopo principale della pena non sia la difesa dei valori riconosciuti dal sistema giuridico bensì il bene dell'individuo, che si realizza compiutamente nella realizzazione della maggiore eccellenza del soggetto, ossia la virtù della giustizia, cui corrisponde il raggiungimento della felicità. La pena non va proporzionata all'atto commesso, ma allo stato del soggetto: dovrebbe essere la medicina in grado di restituire la salute all'anima, ripristinandone l'ordine interiore. Nel secondo senso si procede sulla linea tracciata dalla *Virtue Jurisprudence* per affermare che la pena nel diritto penale internazionale sarebbe una sorta di medicina per le gravi affezioni del ragionamento pratico degli individui come anche delle organizzazioni statali. Il fine ultimo è il ritorno all'approccio aristotelico alla moralità, al raggiungimento del bene della natura umana (*eudaimonia*): un 'ritorno areteico' dal greco *areté*. La pena è intesa come strumento di orientamento e correzione del criminale e dell'umanità del suo insieme, purificando l'ambiente dalle infezioni della ragione pratica e, dunque, promuovendo un ordine internazionale aperto al pieno riconoscimento della dignità umana.

D'altra parte ancora, in linea con l'idea kantiana del costante sviluppo della storia, si offre un'originale lettura della teoria dei mesofatti (Incampo), comprendente i diritti fondamentali, cristallizzatisi in epoca moderna ma basati su radici antiche. Tale teoria può fornire una risposta adeguata per quanto riguarda la pena di morte: vero è che essa vige in molte parti del pianeta e non solo nei paesi lontani dall'influenza della cultura occidentale, ma è pur vero che il numero di Stati che la prevedono è in contrazione e che sia stata oggetto di moratoria universale da parte delle Nazioni Unite. Ciò, invero, dipende dalla considerazione sempre crescente del valore assoluto della vita, anche della vita di Caino: la pena di morte non ha senso perché uccidere è sempre sbagliato, non solo perché il diritto alla vita è inalienabile ma anche perché il sistema penale tutela la vita anche quando non è necessario. La progressione della nostra esistenza ci impone – quale fatto teoretico della ragione – di sentirci sconvolti dinanzi all'uccisione e di angosciarci dinanzi alla sofferenza. In altro senso l'angoscia della sofferenza rimane percepibile attraverso le immagini della detenzione (Siniscalchi), dal momento che esse conducono lo spettatore empaticamente in quel mondo suscitandone un sentimento universale di (in)giustizia. L'icastica posizione di Gilles Deleuze dei "poteri del falso" è qui precisamente invocabile: le immagini hanno il potere (del falso) di produrre effetti di verità sul pubblico, suscitandone le reazioni universali di condanna della funzione del carcere moderno.