

Fecha de presentación: 19/10/2009

Fecha de publicación: 26/10/2009

LA MODERNITÀ PENALE FRA SECOLARIZZAZIONE E PERMANENZA DEL ‘SACRO’¹

PIETRO COSTA

1. *L'impostazione del problema*

Lo storico che volesse discutere esaurientemente il problema del rapporto fra secolarizzazione e diritto penale si troverebbe di fronte a un compito impegnativo: il processo di secolarizzazione infatti non solo incide a fondo sulla definizione stessa della modernità, ma investe nella sua interezza (nei suoi principî ispiratori e nelle sue strategie) il diritto penale degli ultimi due secoli.

È dallo slancio riformatore dell'illuminismo, e dalla sua *verve* antiteologica e antimetafisica, che esce una nuova geografia del penale. Un intero settore della vita sociale – l'insieme dei comportamenti legati alle appartenenze confessionali dei cittadini – viene sottratto al vaglio del giudice penale: per Locke, la società ha in se stessa – nei diritti, e nei principî, della libertà e della proprietà – il fondamento del proprio ordine, che il sovrano si limita a garantire ‘dall'esterno’. Cade il fondamento sacrale dell'ordine e proprio per questo le scelte religiose perdono la loro rilevanza pubblica, politica, per essere assorbite nella sfera privata, e penalmente irrilevante, dei singoli. È dunque la de-sacralizzazione del potere che modifica i confini che separano il lecito dall'illecito penale.

¹ Pubblicato in *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, in Stefano Canestrari, Luigi Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia University Press, Bologna 2009, pp. 101-120.

Non cambia però soltanto la mappa dei comportamenti sanzionati: mutano al contempo il concetto di reato e il fondamento del diritto di punire. L'azione trasgressiva viene colpita senza prendere in considerazione le sue connotazioni etico-religiose, mentre l'intervento repressivo viene legittimato prescindendo dalla fondazione sacrale del potere. Il reato prende a separarsi dal peccato e ad essere punito non perché lesivo di un ordine che trova nella sacra maestà del principe il suo vertice e il suo emblema, ma perché incompatibile con l'interesse complessivo della società. La stessa razionalizzazione del diritto penale, l'instaurazione di una precisa corrispondenza fra la gravità del reato e la severità della pena – che nelle pagine di Montesquieu e di Beccaria vengono invocate facendo leva sulle ragioni dell'umanità come dell'efficienza – obbediscono a un'ispirazione schiettamente mondana e utilitaristica.

Predisposto secondo una logica rigorosamente 'razionale' e 'oggettiva', il sistema dei delitti e delle pene si vuole tanto più giusto quanto più indifferente ai soggetti: capace di superare i privilegi di ceto e la differenziazione giuridica degli individui, di lasciarsi alle spalle la 'cura d'anime' e le sue preoccupazioni 'pastorali' e disciplinanti e trarre dalle norme un'impersonale e imparziale qualificazione giuridica delle azioni. Nasce, sull'onda del riformismo illuministico, un nuovo diritto penale (né importa ora insistere sul fatto che si tratta di un parto tutt'altro che rapido e indolore): un diritto penale che è nuovo perché è nuovo il soggetto che ne è il protagonista, posto al centro dell'ordine e capace di una piena e incontrastata autodeterminazione.

Il nuovo diritto penale è un diritto funzionale a quei soggetti liberi ed eguali che, secondo Blumenberg, incarnano la «legittimità» del moderno: la tendenza della modernità non tanto a ereditare e a trasformare quanto a dissolvere i contenuti teologico-religiosi della tradizione; una tendenza che conviene assumere (*contra* Blumenberg) non già come una sconfessione, ma come una «variante interna» di quel processo di secolarizzazione magistralmente descritto da Max Weber².

² G. Marramao, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Editori Riuniti, Roma 1983, p. XX.

È nell'alveo di un weberiano disincanto che si muove il diritto penale della modernità: che si distacca dalle matrici etico-religiose dominanti nelle società di antico regime nel momento in cui si presenta come uno strumento costruito su misura per soggetti giuridicamente eguali. Parlare della secolarizzazione del diritto penale significa quindi, in una parola, ricostruire nel suo complesso il diritto penale della modernità; ed è in effetti in questa direzione che la storiografia e la cultura giuridico-penalistica si è mossa, offrendo un'analisi accurata e convincente del nesso 'secolarizzazione-modernità penale'³.

Vorrei dare per acquisiti questi risultati, ma al contempo suggerire qualche possibile complicazione di un quadro ormai assestato nelle sue grandi linee. Tenterò di svolgere due argomenti principali. In primo luogo, richiamerò l'attenzione non sui reati ma sui rei e sull'insistente ripresentarsi, anche nella modernità, di schemi dicotomici, di drastiche opposizioni fra soggetti 'dentro' e soggetti 'fuori', fra 'normali' e 'trasgressori'. In secondo luogo, tenterò di collegare queste ricorrenti dicotomie a uno strato di senso che possa dirsi (in un qualche significato del termine) sacrale o religioso. È però appena il caso di avvertire che dovrò limitarmi a formulare mere ipotesi di lavoro, mancando il tempo e la possibilità per qualsiasi verifica e approfondimento.

2. Il 'dentro' e il 'fuori'

Il diritto penale moderno, post-illuministico, secolarizzato, si impegna a fondo per rimanere fedele all'ispirazione impersonale ed egualitaria della legge: una legge – scrive Eligio Resta – «attenta alle azioni e non agli autori», che vengono valutati

³ È sempre un indispensabile punto di riferimento G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976. Nel recente dibattito penalistico cfr. M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati* in L. Lombardi Vallauri, G. Dilcher (a cura di), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 1273-1308; R. Mazzola, *Le radici cristiane e laiche del diritto penale statale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1998, pp. 1309-1347; S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano 2006, I, pp. 139-66.

«*per quello che fanno* e non per la loro storia, le loro idee, la loro razza, la loro religione, il loro sesso, cioè, *per quello che sono*»⁴. È nella fedeltà a questo assunto ‘oggettivistico’ che si è sviluppata la dogmatica penalistica otto-novecentesca più sensibile alle istanze garantistiche e legalitarie, senza però che la dimensione ‘soggettivistica’ potesse essere definitivamente esclusa dal raggio d’osservazione del penalista⁵.

Quali che fossero le tensioni e le oscillazioni interne alla dogmatica penalistica, l’attenzione ai soggetti non era in realtà mai venuta meno ai due estremi dell’area del penale: nelle superne stanze della riflessione filosofico-giuridica, per un verso, e, per un altro verso, nella bassa cucina della politica criminale.

È infatti un luogo obbligato della filosofia del diritto penale il problema del fondamento del diritto di punire: un problema per affrontare e risolvere il quale è inevitabile fare entrare in scena i soggetti. Siamo di fronte al tema costitutivo della sovranità nella sua declinazione moderna: si tratta di attribuire al sovrano tutta la forza disponibile per garantire ai soggetti tutta la sicurezza possibile. A partire da Hobbes, il diritto di punire si iscrive in un orizzonte che ha a un suo estremo la sicurezza e all’alto estremo qualcosa o qualcuno che la minaccia: la legittimazione della sovranità coincide con l’azione violenta che il sovrano è chiamato a svolgere difendendo qualcuno da qualcun altro. L’obiettivo, puramente mondano e secolare, dell’autoconservazione individuale, il conseguimento della sicurezza, passa attraverso la neutralizzazione di tutto ciò che, mettendo in questione il dispiegarsi della sovranità, si ritorce contro i soggetti stessi⁶.

⁴ E. Resta, *La secolarizzazione della colpa. Nota sugli autori del reato*, in L. Violante (a cura di), *La criminalità, Storia d’Italia, Annali 12*, Einaudi, Torino 1997, p. 122.

⁵ Sulla dialettica fra ‘oggettivismo’ e ‘soggettivismo’ cfr., nel dibattito attuale, le importanti riflessioni di M. Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano 2004; M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in «Cassazione penale», XLVI, 2006, 2, pp. 735-777; M. Donini, *‘Fatto’ e ‘autore’ nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., vol. II, pp. 1525-1543 e di A. Manna, *La giustizia penale tra Otto e Novecento. La disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in «L’indice penale», Nuova Serie, IX, 2006, 2, pp. 509-555.

⁶ Cfr. Th Hobbes, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 1974 (Cap. XXVIII, Delle punizioni e delle ricompense). Cfr., sulla dialettica fra ‘cittadino’ e ‘nemico’, S. Mezzadra, *Nel Leviatano. Immagini del nemico all’origine della filosofia politica moderna*, in A. Dal Lago (a cura di), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l’etnografia contemporanea*, Costa & Nolan, Genova-Milano 1998, pp. 36 sgg.

Occorre difendere i soggetti e, per difenderli, occorre individuare le fonti del pericolo e intervenire per neutralizzarle. Le istanze di riforma e di razionalizzazione del diritto penale, che circolano nel secolo dei Lumi e trovano in Inghilterra un precoce e attento ascolto, non sono mai separate dall'esigenza di neutralizzare i pericoli che minacciano l'incolumità e i beni dei cittadini. Da Locke a Collins, a Hume, a Smith, a Blackstone, a Bentham, nella saggistica occasionale come negli scritti più meditati, la rappresentazione dei soggetti non è monistica, ma è dicotomica: all'insieme dei 'buoni cittadini' si contrappone una classe di soggetti pericolosi e aggressivi⁷. Non è in questione la loro salvezza eterna: il valore in gioco è piuttosto quella sicurezza che si sostanzia nell'indisturbato godimento di vita-libertà-proprietà.

Il nuovo diritto penale, razionalizzato e umanizzato, presuppone un ordine costruito intorno ai soggetti liberi, eguali e proprietari, ma si propone anche come strumento di difesa dei 'buoni' nei confronti di soggetti estranei e pericolosi. Nella sua fase originaria e fondante, il nuovo diritto penale, debitamente secolarizzato, non è soltanto, come dirà Liszt nel 1882, la *Magna Carta* del delinquente; è anche l'invisibile vallo difensivo che separa il cittadino da ciò che lo minaccia.

Occorre proteggere il (buon) cittadino 'gettando fuori' il criminale. Il delinquente, per Locke, «ha dichiarato guerra all'intero genere umano; e perciò può essere distrutto come un leone o una tigre, cioè come una di quelle bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società o garanzia»⁸. La punizione del criminale coincide (essenzialmente o idealmente) con la sua estromissione dalla città, con la sua espulsione. La pena medievale del *bannum* non viene riprodotta alla lettera nella moderna Inghilterra settecentesca e tuttavia il meccanismo espulsivo di cui il bando

⁷ Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1., Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999 e P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 2., L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

⁸ J. Locke, *Secondo Trattato sul governo*, in *Due Trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, UTET, Torino 1960, pp. 245-246.

è l'espressione emblematica è ancora l'orizzonte di senso della nuova filosofia penale.

Per Anthony Collins espellere («cutting off from society») gli individui pericolosi e corrotti è giusto e conveniente perché essi sono «publick nuisances», sono socialmente dannosi e inadatti alla convivenza⁹. Estranei al consorzio civile (estranei alla *civitas*), i criminali non possono godere delle prerogative riservate ai cittadini *pleno iure*: per David Hume, nei confronti del trasgressore «le regole ordinarie della giustizia vengono [...] momentaneamente sospese ed allora diventa cosa giusta infliggergli per il bene della società ciò cui altrimenti non lo si sarebbe potuto sottoporre senza fargli torto ed offesa»¹⁰.

Gli esempi potrebbero essere moltiplicati a conferma della longevità di una dinamica espulsiva che, radicata nell'immaginario penale pre-moderno, non viene cancellata dall'avvento della penalistica moderna ('illuminata', secolarizzata, razionalizzata), ma continua a esprimersi al suo interno (e ad avvalersi anche delle antiche e tenaci metafore 'chirurgiche', che associano il criminale all'arto malato che occorre amputare per preservare l'intero organismo).

Non si pensi a un fenomeno arcaico che sopravvive per forza d'inerzia in una modernità ancora incerta di se stessa. Al contrario, tanto più forte è la consapevolezza del carattere liberamente 'deciso', contrattualistico, del vincolo sociale, tanto più netta si staglia la contrapposizione fra il cittadino e il criminale: fra il soggetto *intra moenia* e l'individuo relegato all'esterno. Per Rousseau, «[...] ogni malfattore che lede il diritto sociale diviene coi suoi misfatti un ribelle e un traditore della patria, cessa di essere membro violando le sue leggi, e addirittura le fa la guerra. Allora la conservazione dello Stato diventa incompatibile con la sua, bisogna che uno dei due perisca, e quando si fa morire il colpevole lo si mette a morte meno come cittadino che come nemico»¹¹.

⁹ A. Collins, *An Essay concerning the Use of Reason in Propositions*, s.e., London 1709², p. 92.

¹⁰ D. Hume, *Ricerca sui principi della morale*, in D. Hume, *Opere*, a cura di E. Lecaldano e E. Mistretta, Laterza, Bari 1971, p. 192.

¹¹ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, in J.-J. Rousseau, *Scritti politici*, vol. II, a cura di M. Garin, Laterza, Bari 1971, L. II, cap. V, p. 110.

Il criminale è espulso perché egli *si è* espulso dalla comunità dei cittadini. La sua dislocazione *extra moenia* non è però un'innocua presa d'atto, che si limita a registrare la rottura di un vincolo e una sopravvenuta estraneità, ma è l'apertura delle ostilità, è la trasformazione dell'«estraneo» in «nemico». Tornano a presentarsi, alle sorgenti stesse dell'immagine moderna della democrazia, antiche immagini e antiche distinzioni: il criminale come traditore (non più del monarca, ma del corpo sovrano) e il traditore come nemico; un nemico che, in Rousseau, tende a presentarsi, più che come nemico «interno», come nemico *tout court*, dal momento che il suo tradimento lo ha già «posto fuori» dall'orbita della *civitas*.

In modo sostanzialmente analogo Fichte (anch'egli un sostenitore della forza coesiva del contratto sociale) presenta l'azione criminale come una violazione del patto, con la conseguente perdita, per il colpevole, di «tutti i propri diritti come cittadino e come uomo»: «ogni trasgressione esclude dallo Stato» il responsabile, tanto che «il criminale diventa bandito»¹². L'antica pena del *bannum* viene esplicitamente evocata: quando vengano commessi delitti di particolare gravità, il reo deve essere privato dei più elementari diritti ed esposto alla violenza di chiunque¹³. L'estromissione del criminale dalla cerchia dei cittadini «eguali» trova una plastica espressione: il «dentro» e il «fuori» si fronteggiano definendo classi di soggetti reciprocamente incompatibili.

La pena realizza la sua immanente teleologia tanto più compiutamente quanto più efficacemente neutralizza l'aggressione alla sicurezza dei cittadini separando il grano dal loglio, i buoni dai cattivi, segnando differenze, erigendo confini; il criminale è prima un estraneo che un nemico; occorre innanzitutto espellerlo, dichiarare la sua estraneità alle regole e ai privilegi della *civitas*: la sua natura di nemico è la conseguenza oggettiva della sua estraneità e della sua pericolosità. L'antica espressione di nemico «interno» può essere ancora impiegata non per attenuare la

¹² J.G. Fichte, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza (Seconda parte)*, cit., p. 227.

¹³ Ivi, pp. 242-44.

distanza che separa il criminale dal gruppo dei ‘buoni’, ma solo per distinguerlo da nemici appartenenti a ordinamenti politici diversi.

Il criminale è un nemico e perciò è un estraneo. È però vero anche il reciproco: i soggetti estranei, marginali e pericolosi rispetto all’asse portante della società, sono potenzialmente criminali (e, come tali, nemici). Non a caso nell’Europa dell’Ottocento le *élites* qualificavano le classi subalterne, composte di soggetti non proprietari, come *classes dangereuses*, come classi pericolose; pericolose perché composte da individui che, in quanto privi di proprietà, mostravano il segno di un’imperfetta razionalità e di una ridotta capacità di autocontrollo; pericolose perché estranee a una società organizzata intorno al nesso libertà-proprietà (il proletariato, come scrive Marx, è una «classe della società civile la quale non [è] una classe della società civile»¹⁴).

L’estraneità trascolora in inimicizia e si traduce in una conflittualità che in diversi modi minaccia la sicurezza dei soggetti *intra moenia*. Occorre allora fronteggiare il pericolo adottando una strategia che Foucault ha chiamato governamentale¹⁵: governare una massa oggettivamente estranea e potenzialmente nemica rafforzando ed estendendo l’intervento dello Stato, creando le prime vestigia di quello che sarà lo Stato sociale, mirando a integrare le classi pericolose nell’unità della nazione.

A questo impegno governamentale le classi dirigenti dell’Europa ottocentesca si dedicano con crescente attenzione, miscelando sapientemente interventi assistenziali e solidaristici con il controllo e la neutralizzazione dei soggetti ‘pericolosi’. È in questo contesto che la pena carceraria appare la sanzione più efficace e razionale. Accreditata come strumento di una ‘riforma’ morale del reo, di un mezzo funzionale alla sua rieducazione e al suo reinserimento nella comunità, la pena carceraria promette di conseguire due importanti obiettivi: non soltanto il controllo dei soggetti,

¹⁴ K. Marx, *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel. Introduzione*, in K. Marx, F. Engels, *Opere, III, 1843-1844*, Editori Riuniti, Roma 1976, pp. 202-204.

¹⁵ Nel senso foucaultiano del termine: cfr. M. Foucault, *La ‘governamentalità’*, in «Aut Aut», 167-168, 1978, pp. 12-29 e M. Foucault, *Biopolitica e liberalismo*, a cura di O. Marzocca, Medusa, Milano 2001. Cfr. anche G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (a cura di), *Studies in Governmentality, with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, Harvester Wheatsheaf, London 1991.

ma anche la loro (tendenziale o simbolica) inclusione e integrazione nella solidale unità della società nazionale.

Il carcere non esaurisce però la sua funzione nell'indurre il criminale a tornare *intra moenia*, a compiere a ritroso il percorso che lo aveva condotto fuori dalla cerchia dei (buoni) cittadini. La reintegrazione del reo è soltanto l'ipotetico effetto futuro di una realtà carceraria che si presenta, nella sua immediatezza, come un luogo di separazione e di estraneità. Anche senza voler insistere sul divario (strutturale, più che congiunturale) che ha separato, in tutta la storia dell'istituzione penitenziaria, l'ideologia della 'rieducazione' dal concreto funzionamento dell'istituto carcerario¹⁶, restano comunque centrali, nell'immaginario penale, l'associazione fra la reclusione dei delinquenti e la sicurezza dei cittadini e la convinzione che la coesione della comunità richieda una costante neutralizzazione della minaccia e una politica di dislocazione *extra moenia* dei soggetti pericolosi. L'esigenza del gettar fuori, dell'espellere, dell'eliminare non è insomma cancellata alla radice e sostituita dall'umanitarismo eticistico della rieducazione. Se quest'ultima corrisponde alle esigenze di una governamentale 'riconduzione al centro' dei soggetti periferici, la prima resta viva e vitale in tutto l'arco della modernità perché l'integrazione di 'tutti' i soggetti è destinata a rimanere un obiettivo asintotico: cambiano le forme di vita e la fenomenologia del conflitto, mutano i confini dell'inclusione e dell'esclusione, ma non viene interrotta una volta per tutte la dinamica dell'espulsione e torna a proporsi sempre di nuovo la contrapposizione fra il 'dentro' e il 'fuori', fra la sicurezza e il rischio, fra l'incolumità e l'aggressione¹⁷.

¹⁶ Cfr. D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario, 16.-19. secolo*, Il Mulino, Bologna 1979; M. Ignatieff, *Le origini del penitenziario: sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese, 1750-1850*, A. Mondadori, Milano 1982; M. Pavarini, *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Martina, Bologna 1996²; E. Santoro, *Carcere e società*, Giappichelli, Torino 2004².

¹⁷ Cfr. le importanti pagine di M. Pavarini, *Il 'grottesco' della penologia contemporanea*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma 2002, pp. 255-303 (ivi bibl.).

La dinámica eliminatoria ed espulsiva appartiene all'immaginario penale moderno non meno delle ideologie della rieducazione e dell'integrazione. Sarebbe d'altronde difficilmente comprensibile la perdurante fascinazione della pena di morte, vigente in moltissimi paesi ancora nel secondo dopoguerra e anche oggi tutt'altro che scomparsa, nonostante i crescenti successi delle campagne abolizioniste (valgano solo alcuni dati esemplificativi: in Francia, l'abolizione della pena di morte è del 1981 e in Inghilterra l'ultima condanna a morte è del 1965; ed è appena il caso di ricordare che, fuori d'Europa, in un paese che sarebbe difficile considerare 'arcaico' – gli Stati Uniti d'America – la pena di morte continua ad essere prevista e il problema della sua abolizione è ancora sostanzialmente aperto). Nessuna pena meglio della morte, infatti, realizza il risultato dell'espulsione definitiva, della eliminazione *tout court*, del reo. Certo, è possibile optare per pene più miti. Non basta però la 'dolcezza' delle pene per rimuovere dal sistema penale (e dall'immaginario che lo sorregge e lo legittima) ogni valenza espulsiva: una valenza che si manifesta con chiarezza nella modernità penale *in statu nascenti*, ma non viene cancellata, bensì solo affiancata (o oscurata) dall'ideologia umanitaria e integrazionista della 'rieducazione'.

Nel nostro presente, peraltro, la dinamica espulsiva torna allo scoperto e si mostra con particolare evidenza. Le cause sono molteplici. Per un verso, la crisi dello Stato sociale ha dissuaso dal premere sul pedale dell'integrazione, introducendo una cesura in quella parabola 'governamentale' che dallo Stato amministrativo tardo-ottocentesco perveniva fino allo *welfare state* del secondo dopoguerra. Per un altro verso, è mutata la geografia dell'inclusione e dell'esclusione, dal momento che l'imponente fenomeno dei migranti ha creato (al contempo) l'immagine di una nuova *classe dangereuse* e la realtà di un nuovo esercito industriale di riserva. Infine, se pure resistono ancora dottrine e pratiche ispirate all'ideale della rieducazione e risocializzazione dei soggetti¹⁸, acquista un rilievo crescente il tema della sicurezza e

¹⁸ Cfr. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Feltrinelli, Milano 2000; A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma 2000; A. De Giorgi, *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre Corte, Verona 2002 (ivi D.

torna ad essere drammatizzata la contrapposizione fra il 'dentro' e il 'fuori', fra i cittadini *pleno iure* e i soggetti estranei e (potenzialmente o attualmente) pericolosi.

È in questo orizzonte che conviene collocare una recente e fortunata distinzione, che esprime plasticamente l'esistenza di due diverse strategie compresenti nel penale odierno: la distinzione fra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico. Per Günther Jakobs, l'ordinamento penale adotta strategie diverse a seconda dei soggetti con i quali viene a contatto: se li ritiene 'affidabili', responsabili e abitualmente rispettosi delle regole e dei valori socialmente condivisi, allora è disposto a considerare la loro trasgressione come un'occasionale *defaillance*; se invece li giudica infidi e pericolosi perché appartenenti a 'mondi di vita' incompatibili con l'assetto sociale esistente, non può applicare ad essi le regole del 'diritto eguale', pena la messa a rischio della sicurezza dei (buoni) cittadini¹⁹.

La distinzione di Jakobs sembra corrispondere, sul piano descrittivo, a una tendenza effettivamente diffusa. Sono ormai molti gli ordinamenti che ritengono necessario varare una legislazione di emergenza (volta a fronteggiare, non soltanto ma soprattutto, i fenomeni del terrorismo e dell'immigrazione) che esaspera le sanzioni, enfatizza i meri atti preparatori, impiega formulazioni normative largamente indeterminate, riduce le garanzie²⁰, adotta insomma la politica del doppio binario (un'edizione aggiornata di quel doppio livello di legalità già praticato dagli

Melossi, *Discussione a mo' di prefazione: carcere, postfordismo e ciclo di produzione della 'canaglia'*, pp. 7-24); G. Portilla Contreras, *La configuración del 'homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial*, in *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2004, pp. 1401-1423. Cfr. anche J. Young, *Demonization and the Creation of Monstrosity: Late Modernity and the Dynamics of Social Exclusion*, in A. De Giorgi (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Pensa Multimedia, Lecce 2002, pp. 593-611.

¹⁹ G. Jacobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jacobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid 2003, pp. 19-56. Cfr. le considerazioni critiche di M. Cancio Meliá, *'Derecho penal' del enemigo?*, ivi, pp. 57-102, di E.D. Crespo, *Del 'derecho penal liberal' al 'derecho penal del enemigo'*, in *Serta*, cit., pp. 1027-1053, di M.L. Maqueda Abreu, *Política de seguridad y estado de derecho*, in *Serta*, cit., pp. 1287-1298 e degli autori dei saggi raccolti in «Questione giustiziana», 4 (*Verso un diritto penale del nemico?*), 2006. Un'analisi interessante e originale della figura del 'nemico' nel quadro delle strategie penali è offerta dalla dissertazione dottorale (ancora inedita) di Federica Resta (F. Resta, *Reus, inimicus, hostis. Diritto penale e logiche dell'ostilità*). Devo la lettura del testo alla cortesia dell'autrice.

²⁰ F. Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in «L'indice penale», IX, 2006, 1, pp. 210 sgg.

aparati di giustizia ottocenteschi²¹): distingue rigidamente fra il ‘fuori’ e il ‘dentro’, individua i propri ‘nemici’, procede per via breve contro di essi, mette in parentesi l’ottocentesco ideale della rieducazione-integrazione e mira a neutralizzare il pericoloso ‘estraneo’ in funzione della sicurezza dei (buoni) cittadini²².

La distinzione fra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico sembra dunque corrispondere effettivamente a una politica criminale oggi diffusa in Occidente, anche se resta ovviamente impregiudicata la valutazione di essa alla luce dei principi di quel *Rechtsstaat* costituzionale che costituisce il modello di riferimento delle odierne democrazie. Ciò che preme ribadire è comunque che la distinzione fra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico non è l’ultimo grido della politica criminale, ma è al contrario soltanto la più recente manifestazione di una classificazione dicotomica dei soggetti e di una dinamica espulsiva profondamente iscritte nell’immaginario penale della modernità.

Certo, il penale moderno è una complicata galassia. Al centro di essa si colloca indubbiamente una grande dogmatica giuridica di ispirazione liberale e garantistica, per la quale veramente il codice è la *Magna Carta* del delinquente. Quando si guardi però all’area del penale nel suo complesso (dalla filosofia del diritto penale alla politica criminale, all’ordinamento penitenziario, fino al concreto e quotidiano governo dei soggetti) il quadro appare più aggrovigliato: ne vengono a far parte non solo norme, fatti e reati, ma anche soggetti; e con i soggetti tornano a farsi sentire le differenziazioni e i dispositivi di esclusione, i pre-giudizi antropologici e le metafore ossessive. L’area del penale finisce allora per essere attraversata da una ricorrente dicotomia; una dicotomia, se si vuole, elementare e formale, ma proprio per questo efficace e tendenzialmente ubiquitaria, disponibile ad accogliere contenuti volta a

²¹ Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d’Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino 1998, pp. 485-551; L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell’Italia liberale*, Giuffrè, Milano 1990. Al problema della legalità penale è dedicato l’intero volume 36 (*Principio di legalità e diritto penale*), 2007, dei «Quaderni Fiorentini».

²² Cfr., su queste recenti tendenze, E. Santoro, *Le politiche penali dell’era della globalizzazione*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», 2002, 3, pp. 75-97; E. Santoro, *Carcere e società liberale*, cit.; S. Ciappi, C. Panieri (a cura di), *Idoli della tribù. Pratiche della sicurezza e controllo sociale*, Manni, San Cesario di Lecce 2004; T. Pitch, *La società della prevenzione*, Carocci, Roma 2006.

volta diversi: la contrapposizione fra i soggetti ‘dentro’ e i soggetti ‘fuori’, fra i ‘cittadini’ e gli ‘estranei’, fra i (buoni) ‘cittadini’ e i soggetti (potenzialmente o attualmente) ‘nemici’.

Ciò non significa che la dogmatica penalistica non abbia combattuto e non combatta la sua buona battaglia per il trionfo di un diritto penale ‘eguale’ o che questa battaglia sia stata improduttiva di effetti. È però anche vero, a mio avviso, che la tensione egualitaria del discorso giuridico moderno non è un dato, ma è un progetto e un obiettivo e deve fare i conti con strategie di governo e con strutture dell’immaginario che, pur variando a seconda dei contesti, introducono sempre di nuovo contrapposizioni dicotomiche fra classi di soggetti incompatibili e reclamano, in nome della sicurezza dei ‘buoni’, l’applicazione di dispositivi la cui efficacia difensiva viene misurata sulla loro capacità di eliminare ed espellere i pericolosi ‘altri’.

3. *La violenza del ‘sacro’*

I soggetti non si distribuiscono in modo uniforme nello spazio sociale: si raggruppano e si contrappongono variamente, lungo linee determinate dal mobile gioco dei bisogni vitali, degli interessi, dei rapporti di forza non meno che dalle credenze religiose, dalle visioni antropologiche, dalle convinzioni etiche. In questa inesauribile dinamica interattiva si sviluppano strategie di riconoscimento o di disconoscimento dell’altro: l’altro appare volta a volta prossimo o lontano, familiare od estraneo, posto al centro dello spazio sociale e membro accettato e valorizzato della comunità oppure collocato ai margini, relegato alla periferia della ‘città’, o addirittura estromesso e condannato a uno spazio ‘esterno’.

Tanto è varia la fenomenologia storica dei processi di riconoscimento/disconoscimento dei soggetti, quanto è ricorrente la formazione di una dicotomia, di una linea di confine (mobile ma onnipresente) che attraversa lo spazio sociale e separa i soggetti in due gruppi nettamente differenziati. È con questa

complicata geografia sociale che anche la politica criminale dell'Europa moderna ha dovuto fare i conti, adottandola e riformulandola a suo uso e consumo. Da un lato i (buoni) cittadini, dall'altro lato una classe di soggetti estranei e (potenzialmente o effettivamente) pericolosi: si tratta di difendere i primi dai secondi colpendo i comportamenti criminali con una pena che, a partire dal primo Ottocento, si è anche proposta lo scopo della rieducazione e dell'integrazione, ma non ha mai perduto in realtà la sua più antica valenza: la neutralizzazione del pericolo attraverso l'espulsione del corpo estraneo.

A rendere possibile questo complicato processo di controllo dei soggetti non basta una sofisticata ingegneria politico-sociale: altre componenti entrano in gioco, che eccedono la logica utilitaria e autoconservativa di un dato gruppo sociale e le strategie machiavelliche di una determinata classe politica e affondano le radici in un terreno di simboli e miti dal quale nemmeno la modernità si è compiutamente distaccata.

È a questa altezza che il problema della secolarizzazione del penale nell'età moderna può essere riproposto. Si tratta in sostanza di interrogarsi sulle caratteristiche profonde dell'*humus* dalla quale dipendono le due ricorrenti strategie del penale: la contrapposizione fra i soggetti 'dentro' e i pericolosi 'estranei' e la componente espulsiva ed eliminativa dell'intervento punitivo.

In prima approssimazione, potremmo cercare una risposta senza allontanarsi troppo dallo schema 'classico' attraverso il quale siamo abituati a pensare l'ingresso del penale nella modernità: potremmo sostenere cioè che quel processo di secolarizzazione, che ha trasformato i principali istituti e i concetti-chiave del sapere giuridico penalistico sospingendoli fuori dall'alveo della teologia cristiana, investe anche le componenti basilari dell'immaginario penale strappandole all'atmosfera religiosa nella quale esse erano precedentemente immerse.

In questa prospettiva, la dicotomia 'dentro/fuori' e le strategie 'espulsive' ancora presenti nella modernità penale potrebbero essere presentate come la sedimentazione secolarizzata, de-cristianizzata di quella retorica che nella tradizione cristiana

opponeva all'unità e all'integrità della *Ecclesia* la scandalosa rottura dell'eresia. In quella tradizione, l'opposizione fra il 'dentro' e il 'fuori' non potrebbe essere più forte: fino dalla prima letteratura patristica fioriscono le metafore militari, nella drammatizzazione di una guerra che oppone il bene al male, la salvezza alla perdizione e coinvolge la vita secolare non meno che il destino ultimo degli esseri umani²³. L'eretico è un criminale che spezza l'unità della Chiesa e la *excommunicatio*²⁴ è il provvedimento che 'getta fuori' il trasgressore, lo bandisce, lo relega in un luogo separato ed esterno. Né si pensi che la simbolica dell'estromissione del membro dal corpo resti chiusa entro il recinto della teologia. La teologia del corpo (della Chiesa come corpo) è al contempo ecclesiologia e teologia politica così come la pena canonica della *excommunicatio* e la pena civile del *bannum* presentano, sì, premesse e a sviluppi diversi, ma non appartengono a sfere di realtà prive di contatti e traggono entrambe alimento da un comune *thesaurus* di simboli. È in questa logica che, ad esempio, Tommaso d'Aquino fonda il diritto di punire: sostenendo il diritto della comunità di eliminare un proprio membro «periculosus» e «corruptivus» che metta a repentaglio l'integrità del corpo²⁵.

Eliminare il membro corrotto, o almeno 'gettarlo fuori' dalla comunità, è un gesto che nella tradizione medievale si nutre di associazioni schiettamente religiose e specificamente cristiane che la secolarizzazione moderna interrompe, pur accogliendo dal passato (potremmo dire) il nucleo 'razionale', il messaggio essenziale, della metafora antica. Si perde per strada l'antico simbolo degli eletti e dei salvati, si rinuncia all'associazione fra crimine e peccato, ma restano in piedi, riproposte in un contesto radicalmente 'laico', la contrapposizione fra due mondi (i

²³ R. Maceratini, *Ricerche sullo status giuridico dell'eretico nel diritto romano-cristiano e nel diritto canonico classico (da Graziano ad Ugucione)*, Cedam, Padova 1994; Id., *La glossa ordinaria al Decreto di Graziano e la glossa di Accursio al Codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici*, Università degli Studi di Trento, Trento 2003.

²⁴ Cfr. J. Zeliauskas, *De excommunicatione vitata apud glossatores (1140-1350)*, Pas Verlag, Zürich 1967.

²⁵ Uccidere è male, osserva Tommaso. Dato che però il criminale «decidit a dignitate humana», perde la sua 'dignitas', il suo valore di uomo, ucciderlo è «sicut occidere bestiam» (Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, Editiones Paulinae, Roma 1962, II, II q. 64, a.2; II, II, q.11, a.3).

buoni cittadini e i soggetti *extra moenia*) e la dinamica espulsiva della *excommunicatio*: salvo che il valore di riferimento per entrambe non è più la salvifica verità cristiana e la *debellatio* del peccato, ma è il valore meramente mondano della sicurezza e la neutralizzazione dell'aggressore.

In effetti, credo che un siffatto schema ricostruttivo sia plausibile nella misura in cui collega la secolarizzazione con la de-cristianizzazione, con la progressiva marginalizzazione dei simboli cristiani. È però sufficiente constatare questo passaggio per concludere che la secolarizzazione coincide non solo con la de-cristianizzazione ma anche con l'eclissi del sacro nella società moderna? Credo invece che convenga interrogarsi sulla tenuta di questa doppia equazione e chiedersi se il sacro non possa essere assunto come una struttura di senso produttiva di effetti non soltanto nel medioevo cristiano, ma anche nel secolarizzato orizzonte della modernità.

Per sviluppare questa ipotesi occorre prendere sul serio la riflessione durkheimiana, come suggerisce Massimo Rosati in un suo recente lavoro²⁶. Secondo Durkheim, l'esistenza della società, la sua unità e la sua coesione richiedono il riferimento a principi che rendono possibile l'accordo e la reciproca convergenza dei soggetti, ma non sono 'decisi' o concordati, bensì valgono per tutti i membri della società come le indiscusse coordinate del loro agire. Si danno dunque in ogni società convinzioni condivise che costituiscono l'alveo entro il quale l'interazione sociale si sviluppa e prende forma. Queste convinzioni non sono il frutto di calcoli utilitaristici o di dimostrazioni razionali né si prestano a essere verificate o falsificate, ma si impongono sui soggetti con la forza incondizionata e condizionante di una verità 'sacra'. Il sacro diviene allora in questa prospettiva la «grammatica profonda della società»²⁷, la condizione che permette la trasmutazione di un pulviscolo di innumerevoli azioni individuali nell'unità coesa di una società organizzata.

²⁶ M. Rosati, *Solidarietà e sacro*, Laterza, Roma-Bari 2002.

²⁷ Ivi, p. 75.

Assunto il sacro come l'insieme delle convinzioni e rappresentazioni che impedisce la dissoluzione della società e imprime una struttura e un ordine all'interazione dei soggetti, il passaggio da un tipo di società a un altro, i cambiamenti intervenuti nei contenuti delle credenze non bastano a indebolire l'incidenza del sacro sulla dinamica sociale. Nemmeno la nascita della società moderna, pur con tutta la sua dirompente novità – il trionfo dell'individuo e dei suoi diritti – è per Durkheim un fenomeno capace di spezzare il cerchio di una sacralità che continua a investire i fondamenti del vivere comune non diversamente da quanto accadeva nelle società tradizionali. È vero che nella società moderna l'aura religiosa che circondava numerose istituzioni si è dissolta; ma è anche vero che in essa l'individuo «diventa oggetto di una specie di religione. Abbiamo per la dignità della persona un culto che – come ogni culto fortemente sentito – ha già le sue superstizioni»²⁸.

In una prospettiva durkheimiana, quindi, è corretto presentare la società moderna come una società secolarizzata in quanto largamente de-cristianizzata, a patto però di non far coincidere la secolarizzazione con l'esaurimento di quella valenza sacrale che si sprigiona dal fondo di ogni società, anche della società moderna, pur nel mutare dei simboli e dei contenuti. Non basta quindi, in questa prospettiva, registrare, weberianamente, il moderno 'disincanto' e nemmeno ipotizzare, come pure Weber non manca di fare, un possibile 'ritorno degli dei' fra noi. Occorre piuttosto cogliere, pur nei secolarizzati simboli della modernità, quell'investimento religioso necessario a fare di essi l'indiscusso orizzonte di senso, e criterio di ordinamento, della dinamica sociale.

Per un sociologo come Durkheim, così come per un'antropologa come Mary Douglas, il sacro è l'insieme dei principî ultimi intorno ai quali una società (la società arcaica come la società moderna) si struttura, prende forma, si organizza. È

²⁸ E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, intr. di A. Pizzorno, Ed. di Comunità, Milano 1971, pp. 182-83. Cfr. M. Borlandi, A. Borsari (a cura di), *Emile Durkheim: società, sacro, individuo*, Bruno Mondadori, Milano 1998; R. Marra, *La religione dei diritti. Durkheim – Jellinek – Weber*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 3-56.

dalla «durata, imperatività, autoevidenza» dei suoi simboli ‘sacri’ che dipendono il funzionamento e l’effetto ‘securizzante’ delle istituzioni²⁹. Come scrive Mary Douglas, «il sacro promana da punti salienti allo scopo di difendere tutte le classificazioni e le teorie che sono alla base delle istituzioni»³⁰

Dell’effetto strutturante e rassicurante delle istituzioni, e dell’aura sacrale che le avvolge e le alimenta, l’area del penale offre precisi riscontri. Per Durkheim il sistema penale è un prezioso indicatore della dinamica sociale e svolge una funzione basilare nel assicurarne la coesione e contrastare le spinte centrifughe. Proprio per questo egli relativizza l’opposizione (un *topos* della storiografia penale tradizionale) fra la pena come vendetta, appannaggio di una visione e di una pratica ‘arcaica’ della giustizia penale, e la pena come prevenzione, emblema di una modernità penale ispirata a un’asettica razionalità utilitaria. In realtà, anche nell’antica vendetta emergevano, per Durkheim, oscure istanze di ‘autodifesa sociale’, mentre permangono, nella moderna sensibilità penale, immagini di espiazione e vendetta, che, apparentemente irrazionali, non fanno in realtà che esprimere la convinzione collettiva che «la società è qualcosa di superiore all’individuo»³¹.

Espressione dell’immanente sacertà del vincolo sociale, il penale (tanto arcaico quanto moderno) presenta la singolare caratteristica di difendere e rafforzare la coesione sociale sviluppandosi intorno a un’essenziale dicotomia: quell’opposizione fra il ‘dentro’ e il ‘fuori’, fra i (buoni) cittadini e i criminali che la modernità (come ricordavo) ha, in qualche momento, oscurato, ma non ha mai definitivamente rimosso. È questa opposizione costitutiva del penale l’*humus* sacrale dalla quale il meccanismo punitivo trae un’inesauribile forza.

Funzionale all’obiettivo della sicurezza, disegnato per bloccare la violenza distruttiva del *bellum omnium*, il penale, anche il penale moderno, rafforza la coesione sociale nella misura in cui ‘getta fuori’ (o almeno ‘tiene a distanza’) i

²⁹ R. Escobar, *Metamorfosi della paura*, Il Mulino, Bologna 1997, p. 129.

³⁰ M. Douglas, *Come pensano le istituzioni*, Il Mulino, Bologna 1990, p. 169.

³¹ E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, cit., p. 120. Cfr. E. Santoro, *Carcere e società*, cit., pp. 26 sgg.

trasgresori. Per René Girard è anzi proprio nel meccanismo espulsivo e sacrificale, piuttosto che nella fondazione di simboli coesivi, che il sacro manifesta la sua potenza. L'ordine viene a prodursi in quanto la violenza è posta ai margini facendo ricorso a una vittima sostitutiva che concentri su di sé la violenza diffusa nella dinamica intersoggettiva. La dimensione espulsiva continua a costituire la teleologia profonda della pena. Quest'ultima infatti, nonostante le profonde, e certo non irrilevanti, trasformazioni culturali e istituzionali che hanno reso possibile l'introduzione di riti processuali formalizzati e razionalizzati, ripete in sé l'originario meccanismo vittimario: impiega la violenza per spostarla ai margini della società, esorcizzandola nel momento in cui conferisce ad essa la massima visibilità³².

La sacertà del vincolo che fa di una società un'unità coesa e solidale (nel senso durkheimiano del termine) interviene al contempo per segnare nette e inequivocabili linee di confine: è sacro (indiscusso e cogente) il vincolo che unisce un gruppo di soggetti non meno dell'interdetto che separa, espelle od elimina altri individui. Nella prospettiva antropologica di Mary Douglas, è il nesso, squisitamente religioso, fra contaminazione e tabù a intervenire nella dinamica sociale rendendo possibile, al contempo, l'ordine e l'esclusione. La società si pensa attraverso qualcosa che la delimita: si pensa attraverso i propri confini e i propri margini. Opponendo il puro all'impuro, l'integro al contaminato, la società si garantisce la propria coesione e il proprio funzionamento: «le idee di separazione, purificazione, demarcazione e punizione delle trasgressioni [svolgono] come funzione principale quella di sistematizzare un'esperienza di per sé disordinata»³³. La società si struttura intorno a una immagine capace «di controllare o di spingere gli uomini all'azione. Questa

³² Cfr. R. Girard, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano 1980 e R. Girard, *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano 2002³. Cfr. in proposito le osservazioni di L. Alfieri, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria. Il problema politico e giuridico in René Girard*, Giulio M. Chiodi (a cura di), *L'immaginario e il potere. Miti, simboli e politica*, Giappichelli, Torino 1992, pp. 21-58 e di M. Rosati, *Solidarietà e sacro*, cit., pp. 40 sgg. Cfr. anche R. Girard, *Origine della cultura e fine della storia. Dialoghi con P. Antonello e J.C. de Castro Rocha*, Raffaello Cortina, Milano 2003. Una suggestiva analisi del penale alla luce dell'antropologia girardiana in Ch.N. Robert, *L'impératif sacrificiel*, Editions d'en bas, Lausanne 1986. Sul nesso 'sovranità-sacertà-espulsione' è importante G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino 1995. Un'applicazione della teoria del capro espiatorio in G. Bonazzi, *Colpa e potere. Sull'uso politico del Capro Espiatorio*, Il Mulino, Bologna 1983.

³³ M. Douglas, *Purezza e pericolo. Un'analisi dei concetti di contaminazione e tabù*, Il Mulino, 1975, p. 23.

immagine è dotata di forma, di confini esterni, di margini, di una struttura interna. Ogni esperienza che l'uomo ha di struttura, margini o confini è pronta ad essere adoperata come simbolo della società»³⁴.

L'ordine è garantito, al contempo, dalla fissazione dei confini (fra il puro e l'impuro, fra i buoni cittadini e i trasgressori, fra il 'dentro' e il 'fuori') e dai dispositivi che provvedono all'espulsione dei trasgressori. «Dove c'è lo sporco c'è il sistema. Lo sporco è il sottoprodotto di un'ordinazione e di una classificazione sistematica delle cose, così come l'ordine comprende il rifiuto di elementi estranei»³⁵.

La società produce i propri simboli di coesione non meno dei propri dispositivi di esclusione: produce, come scrive Eligio Resta, «la 'malattia' e il suo rimedio, il veleno e l'antidoto», la violenza e la cura violenta della violenza stessa. L'illuminismo penale non spezza questo cerchio e tuttavia si adopera per impedire che un eccesso di violenza punitiva trasformi il farmaco in veleno³⁶.

In questa prospettiva, l'illuminismo penale, e le trasformazioni da esso indotte nella dottrina e nella pratica penalistica, acquistano forse una maggiore profondità di campo e si sottraggono al rischio di un'ideologica apologia o di un'altrettanto ideologica denigrazione.

Illuminismo, secolarizzazione e modernità si connettono strettamente segnando un'indiscutibile cesura nella storia del penale. È in una congiuntura segnata dal nesso fra la (blumenberghiana) autodeterminazione dei soggetti e l'indebolimento delle appartenenze e delle obbedienze confessionali che si vengono formando e affermando i principî portanti del diritto penale moderno, dal principio di legalità all'eguaglianza giuridica dei soggetti. Al contempo, però, in un'area più vasta di quella controllata dalla dogmatica penalistica, nell'immaginario penale come nel quotidiano 'governo' della società, mantengono il loro vigore strutture dicotomiche e

³⁴ Ivi, p. 177.

³⁵ Ivi, p. 65.

³⁶ E. Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 100-101. Cfr. anche E. Resta, *La certezza e la speranza*, Laterza, Roma-Bari 1996.

dispositivi di esclusione già operanti *ab antiquo*. Questi meccanismi profondi non vengono cancellati dalla modernità: vengono piuttosto accolti, trasformati e riproposti secondo gli schemi più congeniali a una società profondamente mutata. Su questi meccanismi la secolarizzazione-decristianizzazione non incide in modo determinante, dal momento che la loro ‘sacertà’ non dipende dall’adesione a uno specifico credo religioso, ma coincide con la grammatica profonda della società, con il fondamento non contrattuale della sua dinamica.

‘Sacro’ è in questa prospettiva tanto il vincolo che stringe i soggetti a una determinata forma di società quanto l’impulso a segnare confini, a sancire separazioni, a espellere e a eliminare gli elementi pericolosi, impuri, dis-ordinanti. È con questa dinamica profonda della società che l’illuminismo penale è chiamato a confrontarsi. Se l’illuminismo coincidesse con la de-cristianizzazione del penale esso sarebbe un capitolo storicamente concluso. Se invece riteniamo ancora aperta la partita che ha come posta in gioco il controllo ‘razionale’ della violenza, il suo impiego come farmaco sempre esposto al rischio di trasformarsi in veleno, l’illuminismo non è solo un ricordo, ma è anche un progetto: quel progetto di ‘incivilimento del penale’ imperniato, come voleva Mario Sbriccoli, sul rispetto delle libertà fondamentali e delle garanzie processuali e sulla realizzazione di un «sistema punitivo minimo»³⁷.

Solo se consapevole della ‘violenza del sacro’, delle sue perentorie dicotomie, delle sue antiche e sempre nuove strategie di vittimizzazione e di espulsione, l’illuminismo penale diviene capace di guardarsi allo specchio cogliendo, al contempo, l’importanza decisiva del suo progetto e la tragica fragilità dei suoi strumenti.

³⁷ M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna-Berlin, Il Mulino-Duncker & Humblot 2001, p. 354.