

JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

filosofia del diritto
discipline penalistiche - Criminalia
discipline civilistiche
discipline pubblicistiche

TESTI

CLASSICI

Comitato scientifico

Marcello Clarich, Aurelio Gentili,
Fausto Giunta, Mario Jori, Michele Taruffo

Rosa Palavera

Sul dolo

Promuovere, discernere, recuperare volizioni
nel sistema penale

anteprima
visualizza la scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

Questa ricerca e la sua pubblicazione sono state finanziate dall'Università Cattolica nell'ambito dei suoi programmi di promozione e diffusione della ricerca scientifica.

© Copyright 2020

EDIZIONI ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675794-4

Sul dolo

Promuovere, discernere, recuperare volizioni
nel sistema penale

INDICE

Capitolo I

L'intuizione personalistica nei diritti tradizionali

1. Dal diritto muto alle Parole scolpite nella pietra: la prospettiva mentale come contesto di destinazione del precetto 13
 - 1.1. Forza e volontà di appartenenza all'aurora del diritto 13
 - 1.2. Autorità e volontà di governo sulle rive dell'Eufrate, del Nilo e del Gange 15
 - 1.3. Autorevolezza e volontà di interlocuzione nel non-luogo del Sinai 19
2. Dalla coscienza del fato alla contingenza dei futuri: la prospettiva mentale come contesto di elaborazione della decisione 23
 - 2.1. La giustizia omerica e la Grecia "giovinetta" 23
 - 2.2. La politica criminale di Platone e il "medico libero" 27
 - 2.3. Il canone della prudenza in Aristotele e la tassonomia della decisione 32
3. Dalla rupe Tarpea al cielo di Giove: la prospettiva mentale come contesto dell'interazione tra il diritto e il trasgressore 41
 - 3.1. Il diritto romano come trama aperta: un avvocato, un filosofo e un giurista su volontà e sanzione 41
 - 3.2. Universo territoriale medievale e universalità dell'umano: quattro santi su libertà e correzione 59
 - 3.3. Dalle molte *humanitates* al primo umanesimo: un poeta su relazionalità e giustizia 79

Capitolo II

La garanzia personalistica nei diritti moderni

1. Dall'orizzonte del possibile al calcolo delle probabilità: la sovranità della misura 91
 - 1.1. L'alleanza rivoluzionaria tra scienza e tecnica 91
 - 1.2. Verso la formulazione di un autonomo "codice sorgente" per la psicologia 96
 - 1.3. Misura come garanzia e misura come appropriazione 100
 - 1.4. Il parametro del "contenuto informativo": una chiave di lettura per la psicologia del secolo breve 105

2. Percorsi scientifici del Novecento: la volontà come ipotesi corroborata	109
2.1. Teoria delle decisioni e psicologia della volontà: l'agire motivato e l'uomo motivabile	109
2.2. Psicologia, psicanalisi ed epistemologia: uno "scontro" fecondo	116
2.3. La portata gnoseologica della pluralità di paradigmi e i criteri di protocollarietà	134
2.4. Diritto e psicologia si giudicano a vicenda: l'attribuzione di intenzionalità	138
2.5. Le "risposte" di Libet e delle neuroscienze al diritto: la corroborazione (realistica) del volere	144
3. Dall'Umanesimo al disincantamento del mondo: la sovranità della legge	160
3.1. L'alleanza rivoluzionaria tra Stato e ragione	160
3.2. Verso una sistematizzazione, di valore giuridico, delle prospettive mentali concrete	164
3.3. Legge come garanzia e legge come appropriazione	170
3.4. L'inesaustività della corrispondenza: una chiave di lettura per il diritto nell'infinita agonia della storia	173
4. Percorsi giuridici del Novecento: la volontà come risorsa inestinguibile	179
4.1. Il superamento della dicotomia tra scuola classica e scuola positiva: la prevenzione nel dinamismo della libera volontà	179
4.2. Dalla prevenzione alla risposta al reato: il requisito codicistico del dolo attraverso la forgia del riduzionismo	186
4.3. Dal dato naturalistico alla tecnica legislativa: relazioni sistematiche di una "definizione"	195
4.4. Individuo ed esperienza giuridica dopo la catastrofe	201
4.5. Volontà e persona: il dolo come esigenza di "capire"	207
4.6. Volontà e fatto: il dolo come corrispondenza tra strutture causali	221
4.7. Volontà e precetto: il dolo come "esperimento cruciale" dell'ordinamento.	229

Capitolo III

Dimensione naturalistica e profili funzionali della volontà nel diritto vigente

1. "Coscienza e volontà dell'azione": l'"orizzonte del possibile" del diritto	239
1.1. Coscienza e volontà dell'azione come spazio per l'interlocazione tra soggetto e norma	239
1.2. Coscienza e volontà dell'azione come elemento della dimensione intersoggettiva del precetto	242
1.3. Coscienza e volontà dell'azione come criterio selettivo delle azioni riferibili al soggetto	244
1.4. Coscienza e volontà dell'azione come presupposto di una prospettiva psicologica potenzialmente decisionale	247
2. "Intenzione" e "previsione e volizione dell'evento": l'"orizzonte del possibile" del soggetto agente	250
2.1. Volizione dell'evento e continuità biografica delle catene intenzionali	250
2.2. Volizione dell'evento e organicità causale finalisticamente orientata dell'azione intenzionale	252

2.3. Previsione dell'evento nel processo decisionale e rappresentazioni di probabilità	254
2.4. Previsione dell'evento nel processo decisionale e attribuzioni di valore	255
2.5. Polisemia della volontà e triplice dimensione naturalistica del dolo nella sua descrizione normativa	257
3. Tassonomia della volontà e tassonomia del rimprovero	258
3.1. Dimensione descrittiva e dimensione prescrittiva del dolo	258
3.2. Mancata rappresentazione dell'evento	262
3.3. Divergenza circa l'attribuzione di probabilità	263
3.4. Divergenza circa il bilanciamento dei valori	265
3.5. Divergenza circa l'attribuzione di valore assoluto	268
4. Riflessioni sull'area intermedia	271
4.1. Volontà e divergenza come assi tassonomici del rimprovero: aree di riferimento	271
4.2. La caratterizzazione naturalistico-giuridica dell'area intermedia e le sue implicazioni nomenclaturali	273
4.3. La specificità politico-criminale dell'area intermedia e le sue implicazioni in termini di risposta al reato	275

Capitolo IV

Dimensione ordinamentale e profili probatori della volontà nel diritto vigente

1. L'ermeneutica corrente e la "candidatura" del dolo eventuale	281
1.1. Posizione e distinzione delle questioni aperte	281
1.2. Una <i>querelle</i> intramontabile	283
1.3. La fuga verso la normativizzazione, tra relativismo storico e pragmatismo rassegnato	285
2. Teorie cognitive e teorie volitive	287
2.1. Il contenuto minimo del dolo e la "messe della letteratura"	287
2.2. Il tratto comune della vaghezza	289
2.3. Il tratto comune del "fattore invisibile"	292
2.4. Il tratto comune del mascheramento delle presunzioni	295
3. Tecniche di accertamento mediato	298
3.1. Gli indicatori oggettivi plurimi	298
3.2. Il giudizio ipotetico interiore secondo la cd. "prima formula di Frank"	301
3.3. Il connubio giurisprudenziale tra gli indicatori e la formula di Frank	305
4. Un accertamento della volontà conforme alla sua ontologia e alla sua funzione nell'ordinamento.	309
4.1. L'accertamento della volontà, "preso sul serio"	309
4.2. Il contributo scientifico "possibile": dalle preclusioni processuali agli spunti comparatistici sulla testimonianza degli esperti	312
4.3. Pluralità di paradigmi, resistenza alla pluralità e pluralità di spiegazioni possibili	322
4.4. Wittgenstein normativista? Possibilità dell'accertamento, possibilità di spiegazione e "umana possibilità"	329

5. Un accertamento “condivisibile” per un precetto “efficiente”	332
5.1. Dal diritto comparato al diritto condiviso	332
5.2. Il (non) accertamento del dolo come <i>Wertungsakt</i> : tentativi di spoliazione contenutistica e funzionale dell’elemento soggettivo del reato	336
5.3. L’incapacità unitiva delle proposte di normativizzazione del dolo nei contesti di insorgenza e di primo recepimento	340
5.4. L’esigenza di riconoscere e recidere il filo cangiante del funzionalismo	350
5.5. L’abisso, in termini di condivisibilità “globale”, tra il parametro soggettivo della volontà e quello (pretesamente oggettivo) della ragionevolezza e del rischio	362
5.6. Dalle modalità di accertamento del dolo ai “grandi temi” della giustizia e della responsabilità?	368
<i>Conclusioni</i>	
La potenzialità personalistica nei diritti postmoderni	383
<i>Bibliografia</i>	389

Capitolo I

L'INTUIZIONE PERSONALISTICA NEI DIRITTI TRADIZIONALI

SOMMARIO: 1. Dal diritto muto alle Parole scolpite nella pietra: la prospettiva mentale come contesto di destinazione del precetto - 1.1. Forza e volontà di appartenenza all'aurora del diritto - 1.2. Autorità e volontà di governo sulle rive dell'Eufrate, del Nilo e del Gange - 1.3. Autorevolezza e volontà di interlocuzione nel non-luogo del Sinai - 2. Dalla coscienza del fato alla contingenza dei futuri: la prospettiva mentale come contesto di elaborazione della decisione - 2.1. La giustizia omerica e la Grecia "giovinetta" - 2.2. La politica criminale di Platone e il "medico libero" - 2.3. Il canone della prudenza in Aristotele e la tassonomia della decisione - 3. Dalla rupe Tarpea al cielo di Giove: la prospettiva mentale come contesto dell'interazione tra il diritto e il trasgressore - 3.1. Il diritto romano come trama aperta: un avvocato, un filosofo e un giurista su volontà e sanzione - 3.2. Universo territoriale medievale e universalità dell'umano: quattro santi su libertà e correzione - 3.3. Dalle molte *humanitates* al primo umanesimo: un poeta su relazionalità e giustizia.

1. *Dal diritto muto alle Parole scolpite nella pietra: la prospettiva mentale come contesto di destinazione del precetto*

1.1. *Forza e volontà di appartenenza all'aurora del diritto*

Ricerca tracce di una teoria dell'imputazione soggettiva nel tempo clanico o *ctonio* precedente la concettualizzazione dei precetti, ossia nei fenomeni normativi propri dei «gruppi umani, prima che fossero Stati»¹, può apparire temerario. L'esercizio, tuttavia, costringe a mettere al centro della ricerca, sin da subito, il fine e il senso del diritto in sé, a partire dalla constatazione che l'esperienza giuridica è composta di comportamenti adesivi volontari². Non solo, pertanto, come è stato osservato, «nelle visioni del diritto che hanno dominato nei secoli XVIII, XIX, XX, il diritto abita nella *volontà* e nella *coscienza* degli uomini», ma, fin dall'emersione delle prime forme di socialità, «l'uomo, l'unico animale dotato di diritto, accede al diritto perché è l'unico animale dotato di *volontà* e *coscienza*»³.

¹ A. BLACK, *A World History of Ancient Political Thought. Its Significance and Consequences*, Oxford, 2009, 2^a ed. 2016, p. 7.

² R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, p. 24 ss.; cfr. pure P. GROSSI, *Introduzione* a N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, 2^a ed. Torino, 2010, p. VII ss., p. XXII.

³ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., p. 66, corsivi aggiunti.

Tale volontà, peraltro, non connota solo l'atto umano di porre il diritto, ma anche la sua attuazione nella vita degli uomini e ciò è tanto più evidente laddove il *porsi* del diritto non possa essere scisso dal suo *attuarsi*, come accade, almeno secondo le disamine più attente, nelle consuetudini e, per la visione corrente, nel cd. *diritto muto*⁴. In altri termini: laddove la volontà di porre il diritto non sia intesa come una intenzione *normativa* in senso stretto e convenzionale⁵, ossia di *coazione dominante* (su volontà che spesso *resterebbero*, di per sé stesse, diversamente orientate), si può osservare come le *decisioni* individuali, iscritte nel quadro delle possibilità che un determinato ambiente consuetudinario accorda, contribuiscono alla «costruzione incrementale e ricorsiva» del contesto normativo, determinando, per il tramite dell'*affordance* sociale, le *chances* di successo delle stesse norme eventualmente poi formalizzate⁶.

Il diritto prelegislativo, benché tradizionalmente considerato (f)atto *involontario* sotto il profilo nomopoietico, è, quindi, di tutta evidenza, una «sintesi di volontà singole successive», che però sono, rispetto alla «sintesi di volontà singole contemporanee» e *positive* propria della legge, anche già volontà *attuative*⁷, che alimentano la coesione normativa del gruppo.

Così, in questo *riconoscere* nell'altro la possibilità di una decisione adesiva, prima ancora della sua teorizzazione medica o filosofica (prima ancora, in realtà, della distinzione tra scienza e filosofia), si radica il primo diritto: nell'ambizione di orientare comportamenti volontari, il cui effetto – per quanto nel contesto dei più bruti equilibri di forza – è *l'inclusione*⁸. E va da sé che sarebbe piuttosto peculiare, se si riconosce quale origine e fine proprio del diritto l'ottenimento di comportamenti adesivi *volontari*, ipotizzare che esso si occupi, in quanto sue trasgressioni, di comportamenti

⁴ R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., p. 67 ss.: «la pratica non varrebbe nulla se provenisse da sonnambuli o fosse viziata da malintesi evidenti».

⁵ Cioè (solo, per quanto tacitamente) *pattizio*: così, «l'indagine topologica del diritto cattura e manifesta profili spontanei» e, quindi, *in questo senso*, «inintenzionali dell'interazione umana»: cfr. U. PAGALLO, *Come rendere manifesto il tacito attraverso la topologia giuridica*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli, 2009, p. 107 ss., p. 115. Per una critica articolata al volontarismo, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 7 ss.

⁶ G. BOELLA, *Affordance sociali e diritto*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli, 2009, p. 97 ss., p. 105. In questo senso, «tutto il diritto umano, dunque, scritto e non scritto, ha origine dalla consuetudine» e ne porta il segno d'inemancipabile rapporto con l'adesione: F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, vol. I, *Le fonti*, Milano, 1954, p. 474.

⁷ E ciò benché in modo inizialmente non consapevole: N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 31.

⁸ Anche con riferimento alla realtà contemporanea, la teoria discorsiva del diritto ha messo in evidenza il ruolo della progressiva inclusione tra i *liberi* come base della funzione sociointegrativa del diritto consuetudinario e ha rilevato la persistenza di processi di interazione e «stratificazione tra le nuove sfere organizzate, e costituite fin dall'inizio dal diritto formale, e le vecchie sfere che, regolate per consuetudine da istituzioni extragiuridiche, vengono soltanto ristrutturare a posteriori dal diritto»: cosicché, anche negli ordinamenti che perseguono la certezza del diritto, «il diritto in vigore è il risultato inestricabile di decisioni precedenti e consuetudini tramandate» (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, 2013, §§ 2.3, 5. e 5.1.1.).

involontari, inattingibili ed esterni, pertanto, ai (pur immaginati ampi) limiti della sua capacità orientante⁹.

1.2. *Autorità e volontà di governo sulle rive dell'Eufrate, del Nilo e del Gange*

Occorrono, nondimeno, molti secoli per riscontrare qualche conferma esplicita. Pur attestandosi con progressiva sicurezza la presenza del diritto nelle società, la sua ricostruzione, per ancora lunghi periodi di storia, si basa sullo studio di frammenti¹⁰, che richiedono non solo un delicato lavoro di contestualizzazione¹¹, ma anche il simultaneo riconoscimento della *forza* e del *limite* dell'informazione ricevuta¹²: un insegnamento, peraltro, che può giovare anche nell'analisi della documentazione più estesa, ove disponibile. La rilevanza della natura intenzionale degli atti puniti come crimini, in situazioni in cui nessuna traccia ordinamentale è reperibile, può solo essere indotta, a ritroso, dalle codificazioni successive¹³. Il riferimento è, allora, generalmente, al codice di Hammurabi¹⁴, riconosciuto come il «risultato finale di un processo cumulativo» durato secoli¹⁵.

⁹ Il che pone, nondimeno, due problemi. Dal punto di vista del perseguimento dell'efficacia delle leggi, assumere la volontà come parametro rende ben più apprezzabili quelle che conseguono adesione *spontanea*, ove massimo, cioè, è il grado di *volontarietà* delle condotte di ottemperanza e, nell'ambito delle relative *decisioni*, minimo è il peso della prospettazione sanzionatoria (evenienza, di per sé, estranea e anzi contraria agli obiettivi propri del precetto). Secondariamente, se fine del diritto è l'orientamento delle condotte volontarie, sorge il problema di giustificare l'attribuzione (laddove prevista e per quanto differenziata) di responsabilità *per colpa*. V. oltre, cap. II, 3.2. e 4.4, p. 169 ss. e 192 ss..

¹⁰ Deve osservarsi, peraltro, che la ricerca di dati giuridici in stralci e rifrazioni caratterizza anche la ricostruzione del diritto attico e persino romano, se gli studiosi non disdegnano quanto restituito, pur nella deformazione dei comici, dalla variabile generosità delle «sabbie d'Egitto» (cfr. U. E. PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milano, 1962, p. 4).

¹¹ G. VERHASSELT, *Reconstructing lost prose literature: The fragments of Dicaearchus*, in T. DERDA - J. HILDER - J. KWAPISZ (a cura di), *Fragments, Holes, and Wholes: Reconstructing the Ancient World in Theory and Practice*, Warszawa, 2017, p. 109 ss.

¹² K. BARTOL - J. DANIELEWICZ, *Preface* a T. DERDA - J. HILDER - J. KWAPISZ (a cura di), *Fragments, Holes, and Wholes: Reconstructing the Ancient World in Theory and Practice*, Warszawa, 2017, p. VII ss.; spesso, peraltro, l'analisi deve condursi su una notevole mole di materiale: cfr. J. LINDGREN - L. MAYALI - G. P. MILLER, *Why Ancient Law*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1995, p. 1465 ss., p. 1466.

¹³ J. WILEMAN, *Past Crimes. Archaeological and Historical Evidence for Ancient Misdeeds*, Barnsley, 2015, p. 24 ss.

¹⁴ D. IBBETSON, *Wrongs and responsibility in Pre-Roman law*, in *The Journal of Legal History*, 2004, p. 99 ss., p. 103 ss., e Autori *ivi* citati.

¹⁵ D. CHARPIN, *Writing, Law, and Kingship in Old Babylonian Mesopotamia*, Chicago - London, 2010, p. 71. In questo senso, con la conclusione però che il testo che raccolga tradizioni precedenti non debba considerarsi legge scritta in senso stretto, N. P. LEMCHE, *Justice in Western Asia in Antiquity, or: Why No Laws Were Needed!*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1995, p. 1695 ss.; J. BOTTÉRO, *Mésopotamie: l'écriture, la raison et les dieux*, Paris, 1987, tr. ingl. *Mesopotamia: writing, reasoning, and the Gods*, Chicago - London, 1992, p. 156 ss., considera il testo una raccolta di verdetti (*ivi*, p. 179 ss., conseguenti considerazioni circa l'idea babilonese di giustizia); per la formazione progressiva delle leggi in Assiria, K. R. VEENHOF, *In Accordance with the Words of the Stele: Evidence for Old Assyrian Legislation*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1995, p. 1717 ss., p. 1735 ss.; in termini generali, circa il significato dei codici antichi, M. T. ROTH, *Mesopotamian Legal Traditions and the Laws of Hammurabi*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1995, p. 13 ss.

In questo *monumentale* corpo legislativo, la statuizione è esplicita e rappresentativa, proprio su una questione che in seguito appare, invece, controversa. Subito dopo le numerose ipotesi di comminazione della pena capitale e le cruente regole della legge del taglione¹⁶, infatti, è previsto che «se un uomo colpisce un altro uomo in una lite e lo ferisce, dovrà giurare: “Io lo ho colpito senza intenzione”, e dovrà essere responsabile per il medico»¹⁷. È poi confermata la sanzione di natura pecuniaria persino nel caso in cui ne esiti la morte dell’assalito¹⁸.

Per vero, anche altri testi più antichi o coevi contemplano il caso, di per sé paradigmatico, della rissa o zuffa¹⁹ e, più in generale, può rilevarsi una costellazione diacronica e diatopica di punti di emersione dell’elemento soggettivo come caratterizzante il fatto di reato, benché la sua valorizzazione percorra piani differenti, a seconda delle specifiche sensibilità ordinamentali, lasciandosi cogliere con maggiore evidenza in alcune fattispecie rispetto ad altre.

Nell’antico Egitto, dove il crimine è frequente, diffusamente organizzato e in grado di influenzare i processi²⁰, il suo contrasto è affidato a una giustizia piuttosto decentralizzata, che accorda ampio margine di iniziativa tanto alle forze di polizia quanto ai privati e attribuisce particolare rilievo alla fase delle indagini, spesso accompagnate dal trattenimento dell’accusato in stato di arresto²¹. Tuttavia, benché in un contesto di attenzione sistematica (oltre che probatoria) conseguentemente alquanto rudimentale o comunque poco attestata dalle fonti, emerge a tratti, in termini

¹⁶ HAMMURABI, §§ 1 ss. e 96 ss.; i riferimenti, anche nel seguito, sono alla traduzione in R. F. HARPER (a cura di), *The Code of Hammurabi King of Babylon about 2250 B.C.*, Chicago - London, 1904, p. 2 ss.; la traduzione è pressoché confermata dalle successive, anche se la datazione sembra invece inesatta, collocandosi verosimilmente circa cinque secoli dopo quella ritenuta dall’Autore.

¹⁷ HAMMURABI, § 206; S. D. ABULHAB (a cura di), *The Law Code of Hammurabi: Transliterated and Literally Translated from its Early Classical Arabic Language*, New York, 2017, traduce: «se (dopo che) una persona (un uomo) colpisce una persona (un uomo) in un inciampo (in un errore) (in un alterco), determinandogli (causandogli) una lesione, questa persona (quest’uomo) dovrà notificare (informare) “io non lo ho colpito” quando (mentre) ne viene a conoscenza (in anticipo), (e) dovrà farsi carico (delle spese) del medico».

¹⁸ HAMMURABI, §§ 207 ss. Si riscontra, quindi, una mitezza verso l’*imponderato* che colpisce ancora di più se confrontata con le regole di responsabilità per *colpa* professionale verosimilmente più risalenti e severe della storia; cfr. HAMMURABI, §§ 215 ss.; su cui A. D. SPIEGEL - C. R. SPRINGER, *Babylonian Medicine, Managed Care and Codex Hammurabi, Circa 1700 B.C.*, in *Journal of Community Health*, 1997, p. 69 ss.; M. BEHROOZI - B. JAMALI, *A Comparative Study of Wage Laws and Medical Crimes in the Code of Hammurabi and Avestaeen Texts*, in *Medical History Journal*, 2018, p. 109 ss.; per una anche maggiore severità della legge egizia, R. J. FLEMMING, *Medical Malpractice: A Dilemma in the Search for Justice*, in *Marq. L. Rev.*, 1985, p. 237 ss.; J. J. THONISSEN, *Études sur l’histoire du droit criminel des peuples anciens: Inde brâhmanique, Égypte, Judée*, vol. I, Bruxelles - Paris, 1869, p. 150 ss.

¹⁹ Per previsioni assimilabili nei §§ 47 e 47A delle leggi sumeriche di Eshnunna, risalenti circa al 1770 A.C., cfr. M. T. ROTH, *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta, 1995, 2ª ed. 1997, p. 66.

²⁰ B. BALDWIN, *Crime and Criminals in Graeco-Roman Egypt*, in *Aegyptus*, 1963, p. 256 ss., p. 259 ss.

²¹ J. BAUSCHATZ, *Law and Enforcement in Ptolemaic Egypt*, New York, 2013, p. 220 ss.). Pure J. J. THONISSEN, *Études sur l’histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 91 ss. e 140 ss., ricostruisce una sorta di dispotismo ampiamente delegato, in cui la funzione giudiziaria è sempre richiamabile al vertice divinizzato del Faraone, rilevando tratti di ipercriminalizzazione capillare.

di pena o di passibilità di perdono, la distinzione tra reati volontari e involontari²², considerata in continuità con la legislazione più risalente²³, ma, nell'insieme, piuttosto carente di coerenza e organicità, soprattutto per i crimini che destano maggiore allerta politica o sociale²⁴.

Il *Mānava-Dharmaśāstra*²⁵, strutturato sulla ripartizione della società indiana in caste, prevede un sistema istruttorio articolato e ispirato a prudenza, ma in cui la libertà del colpevole e la condanna dell'innocente sono considerati *sullo stesso piano* come violazioni del dovere regale, di discendenza divina, di amministrare la giustizia in difesa dell'intera comunità²⁶. Il dovere di testimonianza verace è illustrato ampiamente²⁷: nondimeno, «ogni volta, dice Manu, che dichiarare la verità potrebbe portare alla morte di un *śūdra*, di un *vaiśya*, di un *kṣatriya* o di un *brāhmaṇa*, se si tratta di una

²² L'omicidio volontario è, insieme al sacrilegio, crimine non passibile di perdono (nemmeno) reale (A. S. HUNT - C. C. EDGAR (a cura di), *Select papyri in five volumes*, vol. II, *Non-literary papyri. Public documents*, London, 1934, 3^a ed. 1963, p. 59). J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 148 e 163, conferma la distinzione sanzionatoria tra l'omicidio volontario, punito con la morte, e quello involontario, seguito da esilio.

²³ R. TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-Roman Egypt in the light of the papyri*, Warszawa, 1944, 2^a ed. 1955, p. 431.

²⁴ J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 145, segnala nondimeno che era considerata sacrilegio – e, come tale, scatenava l'immediata esecuzione da parte del popolo – l'uccisione *anche involontaria* di taluni animali sacri (laddove, per altri, la carenza dell'elemento soggettivo comportava la sola pena pecuniaria: *ivi*, p. 163 ss.) e che, nel caso di crimini politici, l'intera famiglia del colpevole pativa la pena capitale (*ivi*, p. 178 ss.).

²⁵ Il testo, noto anche come *Manusmṛti* o leggi di Manu, è considerato la fonte del «tipo eterno delle nozioni di giusto e ingiusto» nella tradizione giuridica induista: «una distanza immensa separa il genio calmo, lucido e profondo di Manu dall'argomentazione sottile, sofisticata e dei suoi successori più celebri» e, benché disapplicato proprio nella parte penale dai tribunali statuali per effetto delle dominazioni coloniali, resta un punto di riferimento per i credenti (J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 5 ss.; R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1964, tr. ingl. *Major legal systems in the world today: introduction to the comparative study of law*, London, 1966, 3^a ed. 1985, p. 487); cfr. pure, tra studi più recenti, P. OLIVELLE (a cura di), *Manu's Code of Law. A Critical Edition and Translation of the Mānava-Dharmaśāstra*, Oxford, 2005, p. 3 ss.; per le correlazioni con i testi precedenti, M. WILLIAMS, *Indian Wisdom. Examples of the Religious, Philosophical, and Ethical Doctrines of the Hindus*, Cambridge, 1875, 2^a ed. 2009, p. 212 ss.; per una portata più prettamente *autoritativa* rispetto ai testi precedenti, P. OLIVELLE, *Social and Literary History of Dharmaśāstra. The Foundational Texts*, in P. OLIVELLE - D. R. DAVIS (a cura di), *Hindu Law. A New History of Dharmaśāstra*, Oxford, 2018, p. 15 ss., p. 25 ss.; sull'appropriazione snaturante della legge induista occorsa nel periodo coloniale, D. R. DAVIS, *History of the Reception of Dharmaśāstra*, in P. OLIVELLE - D. R. DAVIS (a cura di), *Hindu Law. A New History of Dharmaśāstra*, Oxford, 2018, p. 371 ss., p. 375 ss.

²⁶ *MDh* 8.126-128 e 9.249; i riferimenti, anche nel seguito, sono alla traduzione contenuta in P. OLIVELLE (a cura di), *Manu's Code of Law*, cit. Sull'equivalenza delle due ingiustizie, cfr. M. MCCLISH, *King: rājadharmā*, in P. OLIVELLE - D. R. DAVIS (a cura di), *Hindu Law. A New History of Dharmaśāstra*, Oxford, 2018, p. 257 ss., p. 269; M. MCCLISH, *Punishment: daṇḍa*, in P. OLIVELLE - D. R. DAVIS (a cura di), *Hindu Law. A New History of Dharmaśāstra*, Oxford, 2018, p. 273 ss. Per una diversificazione, *Vasiṣṭha Dharmaśāstra* 19.40-43, in P. OLIVELLE (a cura di), *Dharmaśāstras. The Law Codes of Āpastamba, Gautama, Baudhāyana, and Vasiṣṭha. Annotated Text and Translation*, Delhi, 2000, p. 429.

²⁷ *MDh* 8.79 ss.; cfr. P. OLIVELLE, *Legal Procedure: vyavahāra*, in P. OLIVELLE - D. R. DAVIS (a cura di), *Hindu Law. A New History of Dharmaśāstra*, Oxford, 2018, p. 283 ss., p. 290 ss.; L. ROCHER, *Studies in Hindu Law and Dharmaśāstra*, London, 2011, p. 375 ss.

colpa commessa in un momento di distrazione e non di un crimine premeditato, una menzogna è preferibile alla verità²⁸. La rilevanza del fattore soggettivo si ritrova nelle pene, che sono estremamente variabili per effetto della valorizzazione di un gran numero di circostanze, tra cui la premeditazione²⁹. Le azioni «originano dalla mente»³⁰ e la distinzione tra atti intenzionali e non intenzionali è frequente³¹, salvo che per le condotte di minore gravità³².

Un altro aspetto riguarda la circostanza che le caste più elevate godono di alcuni vistosi privilegi³³ e, nondimeno, il furto da parte di un appartenente a una casta superiore (massimamente, quello commesso da un bramino) è punito con maggiore gravità, fino a centoventotto volte la pena ordinaria, giacché «ciascuno di essi *conosce perfettamente il bene e il male delle sue azioni*»³⁴. L'amministrazione della giustizia è tutta permeata dalla pena: «per il bene del re, il Signore ha dapprima creato il Castigo, suo figlio (...). Castigo è il re, (...) Castigo è la Legge»³⁵. Eppure, questa concezione totalizzante della deterrenza³⁶ – che si rivolge tanto agli dei quanto ai demoni, agli uomini come agli animali³⁷ – si pone in stretta relazione con la legge e la sua conoscibilità³⁸. In linea con una delle più precoci affermazioni del principio di legalità

²⁸ *MDb* 8.103 ss., su cui J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 29: «i testimoni che hanno così *mentito per un motivo lodevole* sono completamente purificati dal loro peccato offrendo qualche dolce di riso e di latte a *Saraswatī*, la dea dell'eloquenza». Deve segnalarsi che la regola è, però, espressa *in termini generali* in *Gautama Dharmasūtra* 13.24, in P. OLIVELLE (a cura di), *Dharmasūtras*, cit., p. 153.

²⁹ J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 59; D. R. DAVIS, *The Spirit of Hindu Law*, Cambridge, 2010, p. 128 ss.

³⁰ *MDb* 12.3; così *MDb* 2.3: «l'intenzione è la radice del desiderio» e, nondimeno (*ivi*, 2.4) numerose sono le previsioni di atti non intenzionali. Cfr. pure *Chāndogya Upaniṣad*, 7.4.1-7.6.2, in P. OLIVELLE (a cura di), *The Early Upaniṣads. Annotated Text and Translation*, New York - Oxford, 1996: l'intenzione è più grande della mente, il pensiero è più grande dell'intenzione, la riflessione è più grande del pensiero.

³¹ Come il caso di molestia al bramino (*MDb* 9.248), uccisione del bramino (*MDb* 11.90) o da parte del bramino (*MDb* 11.127-128), furto da parte del bramino (*MDb* 11.163), appropriazione (*MDb* 11.264) o, in generale, di peccati che comportano la degradazione di casta (*MDb* 9.242). Per la regola “di chiusura” relativa ai peccati residuali, *MDb* 11.125.

³² Come il caso di danneggiamento (*MDb* 8.288), lesione alla vegetazione (*MDb* 11.143-146) o di atti genericamente «reprendibili» (*MDb* 11.233), la distinzione emerge in altri testi, ma senza pari sistematicità: cfr., per il furto, *Apastamba Dharmasūtra* 2.28.11-12, in P. OLIVELLE (a cura di), *Dharmasūtras*, cit., p. 115.

³³ Tra questi, al bramino sono garantiti l'immunità dalla pena capitale e il beneficio della rateizzazione della pena pecuniaria in luogo della cd. schiavitù alla pena (J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 62 ss.; cfr. pure M. WILLIAMS, *Indian Wisdom*, cit., p. 274 ss.); per una simile previsione, *Baudhāyana Dharmasūtra* 1.18.17, in P. OLIVELLE (a cura di), *Dharmasūtras*, cit., p. 233.

³⁴ J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 59, corsivi aggiunti.

³⁵ *MDb* 7.14, 17, 18.

³⁶ Così *MDb* 7.15, 18: «È la paura di lui che fa sì che tutti gli esseri viventi, sia mobili sia immobili, accettino di essere fruiti e non deviano dalla Legge per loro appropriata. (...) Castigo disciplina tutti i soggetti, Castigo solo li protegge, e Castigo veglia su di loro quando dormono».

³⁷ *MDb* 7.22-25.

³⁸ *MDb* 7.16, corsivi aggiunti: «Il re dovrebbe amministrare appropriato Castigo agli uomini che si comportano inappropriatamente, dopo aver esaminato *secondo verità* il luogo e il tempo, come pure la loro forza e *il loro apprendimento*».

della pena e di irretroattività della legge³⁹, si introduce una sorta di graduazione della colpevolezza (non isolata nel contesto orientale⁴⁰), cui corrisponde, in carenza di una posizione soggettiva di maggiore conoscenza della legge, un approccio *protoresponsivo* alla recidiva⁴¹.

Al di fuori del governo regale delle sanzioni, ulteriori elementi di interesse si rinven- gono in numerose previsioni extrapenali, che possono, nondimeno, in un contesto di assoluta *unità e continuità*⁴², considerarsi in senso lato dedicate alla prevenzione e che risultano imperniate su un'interpretazione *ecologica* delle emozioni: considerate *contigue* al *dharmā*, le emozioni possono operare come *supporto* all'agire *normativo*, o in senso *distruttivo* dell'ordine, come cause della trasgressione (in quanto tali, enu- merate sia in termini generali, sia in relazione a specifiche condotte illecite⁴³). Il dominio delle emozioni distruttive – su cui si ritiene fondato il pur discriminatorio sistema delle classi e che, nondimeno, costituisce un obiettivo, ove conseguito, di unità tra le stesse – è oggetto di un apprendimento relazionale (e, quindi, *dialogico*) dell'attitudine alla verità, all'umiltà e alla cura dell'altro⁴⁴, prima ancora che nella pratica ascetica e solitaria⁴⁵.

1.3. Autorevolezza e volontà di interlocuzione nel non-luogo del Sinai

A prescindere, quindi, dai diversi stili normativi (e senza alcuna pretesa né spe- ranza di esaustività), sembra potersi affermare che le prime raccolte di leggi scritte di cui si conserva prova accolgono la distinzione tra atti volontari e involontari come rilevante, benché con conseguenze variabili e incostanti, che tendono a scolorire

³⁹ J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. I, p. 13, 60 e 74; il riferimento è a *MDb* 7.13, corsivi aggiunti: «quando il re emana una legge (...) non dovrà essere trasgredita». Cfr., per una lettura critica, L. ROCHER, *Studies in Hindu Law*, cit., p. 347 ss.

⁴⁰ Ne costituiscono esempio l'aggravamento della responsabilità in conseguenza dello *status* personale e l'attribuzione del fatto altrui in caso di colpa per violazione dei doveri di vigilanza, entrambe costruite nel diritto cinese tradizionale in termini di *reciprocità* («*paos*»): cfr. W. JOHNSON, *Status and Liability for Punishment in the T'ang Code*, in *Cbi.-Kent L. Rev.*, 1995, p. 217 ss., p. 227 ss.

⁴¹ *MDb* 8.129; per il furto, *MDb* 9.277.

⁴² Come, in generale, nella scienza indiana dello Stato: cfr. M. McCLISH - P. OLIVELLE (a cura di), *The Arthaśāstra: selections from the classic Indian work on statecraft*, Indianapolis, 2012, p. 97 ss.

⁴³ Si veda, come esempio, la tassonomia dei motivi di spergiuo, riportata in M. HEIM, *Emotions*, in P. OLIVELLE - D. R. DAVIS (a cura di), *Hindu Law. A New History of Dharmasāstra*, Oxford, 2018, p. 419 ss., p. 421 (*ivi*, p. 423 ss., per elencazioni di protata, invece, generale).

⁴⁴ Nel caso del bramino, questo apprendimento dura anni e si rivolge principalmente alla figura del maestro: cfr. B. BLACK, *The Character of the Self in Ancient India. Priest, Kings, and Women in the Early Upaniṣad*, Albany, 2007, p. 29 ss.; per la specifica correlazione con le emozioni, M. HEIM, *Emotions*, in P. OLIVELLE - D. R. DAVIS (a cura di), *Hindu Law. A New History of Dharmasāstra*, Oxford, 2018, p. 419 ss., p. 421 ss.

⁴⁵ Ossia la pratica della rinuncia (*mokṣa*, *MDb* 6.35 ss.) intrapresa con «sé stesso come solo compagno» (*MDb* 6.49), sino a conseguire il controllo dell'azione, della parola e della mente (*MDb* 12.4-8), vedendo «at- traverso il sé tutti gli esseri come sé» (*MDb* 12.125). In commento, J. GANERI, *Self and Subjectivity. The Wan- dering Ascetic and the Manifest World*, in P. OLIVELLE - D. R. DAVIS (a cura di), *Hindu Law. A New History of Dharmasāstra*, Oxford, 2018, p. 442 ss., p. 442, 444 e 454.

in presenza di più vibrante istanze di sicurezza politica o sociale. Il codice di Hammurabi, pertanto, oltre che per la datazione risalente, può apprezzarsi sia per l'enucleazione di quello che potrebbe considerarsi oggi un titolo autonomo di reato, accompagnato, peraltro, da una nitida ed efficace ripartizione dell'onere della prova nel senso più favorevole al reo (ossia al soggetto cui lo stato mentale si riferisce), sia per la collocazione della previsione relativa all'omicidio, pur già paradigmatica, in un quadro di relativamente organica *sistematicità*⁴⁶, oltre che di dichiarata attenzione alla *giustizia dei giudizi* (potrebbe oggi dirsi: *cautela*), più che alla loro "riuscita" punitiva⁴⁷.

Sistematicità e *cautela*, nondimeno, sono caratteri talvolta mutevoli all'interno di un medesimo sistema normativo: laddove si legga un ordinamento, come sinora osservato, in termini di *forza oppositiva*, il valore accordato alla reale volontà dei destinatari del precetto, siano essi aderenti o trasgressori, entra in tensione polare con le istanze securitarie e di (ri)affermazione del potere costituito⁴⁸, con un effetto di frammentazione del trattamento dell'elemento psicologico e del suo dissolvimento nei profili probatori e di giudizio. Non è dato tracciare, nemmeno all'interno di un medesimo ordinamento, un vettore temporale sicuro verso la sua affermazione, né una sua progressione omogenea, bensì un quadro di mutevole *sistematicità* e *cautela*, dei quali il requisito soggettivo si dimostra sensibile strumento di *riscontro* e *misura*, emergendo più o meno diatopicamente per il tramite di "stratagemmi" giuridici piuttosto diversificati.

Nella tradizione ebraica, in cui la soppressione di una vita umana non è considerata in alcun caso passibile di monetizzazione o di reazione del tutto privatizzata⁴⁹, lo sforzo di sottrarre l'omicidio involontario alla legge della vendetta del sangue e alle sue po-

⁴⁶ J. D. PRINCE, *The code of Hammurabi*, in *The American Journal of Theology*, 1904, p. 601 ss., p. 607 ss.; G. E. VINCENT, *The laws of Hammurabi*, in *American Journal of Sociology*, 1904, p. 737 ss., p. 739 ss.; per alcuni esempi, D. IBBETSON, *Wrongs and responsibility in Pre-Roman law*, in *The Journal of Legal History*, 2004, p. 99 ss., p. 104 ss.

⁴⁷ Numerosi elementi di riflessione possono cogliersi, pur nell'asprezza della legislazione del tempo, già dal fine, dichiarato nel prologo (R. F. HARPER (a cura di), *The Code of Hammurabi King of Babylon about 2250 B.C.*, Chicago - London, 1904, p. 2 ss.), di «far sì che la giustizia prevalga sulla terra, distruggere il malevolo e il malvagio, prevenire che il forte opprima il debole», come pure, nell'epilogo (*ivi*, p. 98 ss.), assicurare «giustizia per l'orfano e per la vedova»: «possa ogni uomo oppresso, che ha una causa, venire avanti alla mia immagine come re di giustizia! Possa prestare attenzione alle mie gravi parole! E possa il mio monumento illuminarlo sulla sua causa e possa egli comprendere la sua causa! Possa egli trovare pace con facilità! (ed esclami): "Hammurabi è davvero un legislatore che è come un autentico padre per il suo popolo"». Si vedano pure, nel corpo legislativo, le sanzioni per i casi di accusa falsa o non dimostrata, nonché le previsioni relative agli errori giudiziari: cfr. J. YACOB, *The Dignity of the Individual and of Peoples: The Contribution of Mesopotamia and of Syriac Heritage*, in *Diogenes*, 2007, p. 19 ss., p. 23 ss.

⁴⁸ Sia esso quello statuale o quello familiare o clanico della vendetta: v. retro e oltre, cap. I, 1.1 e 3.1 p. 13 ss. e 41 ss.

⁴⁹ S. M. PAUL, *Studies in the Book of the Covenant in the Light of Cuneiform and Biblical Law*, Leiden, 1970, p. 82, in commento a *Bəmidbar*, 35:31-32: l'economizzazione dell'offesa all'uomo è impossibile, perché l'uomo è immagine di Dio.

tenziali distorsioni passa per l'istituzione delle città di asilo o *città di rifugio*⁵⁰. In questo contesto di interlocuzione normativa tra la fonte e il destinatario, la *sistematicità* può cogliersi soltanto guardando a una trama ben più ampia, di continua mediazione tra le prassi temporalmente e culturalmente contigue⁵¹, che in varia misura si sono radicate nel popolo di Israele, e il già originariamente *diverso* esempio della giustizia divina, che accorda a Caino, riconosciuto l'omicidio commesso, l'esilio e il marchio di protezione⁵².

L'esigenza di (ri)affermare la forza del legislatore è *del tutto estranea* a questo orizzonte normativo, come pure è discontinuo il suo rapporto con un territorio⁵³. La possibilità di una *giustizia senza vendetta*⁵⁴ contro chi *uccide senza intenzione* diviene, così, il varco per una diversa valutazione di *tutte* le prospettive mentali dell'agire umano⁵⁵:

⁵⁰ *Bamidbar*, 35:6-15, 35:22-29; su cui cfr. J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. II, p. 265 ss. Per l'effetto di tale previsione, l'omicidio volontario è oggetto della vendetta del sangue, mentre al fuggitivo che dichiara l'involontarietà della morte a lui attribuita è garantito il processo ordinario e, confermata la natura involontaria dell'uccisione, la sola pena dell'esilio temporaneo (*ivi*, p. 195 ss.).

⁵¹ Si veda, in tema di responsabilità personale, il divieto di estendere alla famiglia le colpe dell'omicida (*Devarim*, 24:16), divieto che si ritiene applicabile anche alla la vendetta del sangue, *contro* le prassi in uso nelle civiltà vicinorientali coeve (cfr. D. A. LEGGETT, *The Levirate and Goel Institutions in the Old Testament. With Special Attention to the Book of Ruth*, Cherry Hill, 1974, p. 80). Per profili problematici della comparazione, J. VAN SETERS, *A Law Book for the Diaspora. Revision in the Study of the Covenant Code*, New York, 2003, p. 29 ss.

⁵² *Berēshīt*, 4:13-15; in questo senso, l'espressione del *rifugio* in Dio, *ricorrente* nei Salmi (per tutti, *Tebillim*, 57:2) e poi ripresa nella tradizione cristiana (non casualmente, in *Eb* 6:18), è prima di tutto rifugio del *peccatore* dall'*accusatore* e la sua dimensione è – se non per ontologia, per derivazione storica – *giuridica* (per un conforto semantico, anche *Tebillim*, 142:5-8). Cfr. F. D'AGOSTINO, *Immagini della giustizia*, in F. BOTTURI - F. TOTARO - C. VIGNA (a cura di), *La persona e i nomi dell'essere. Scritti di filosofia in onore di Virgilio Melchiorre*, Milano, 2002, p. 585 ss., p. 586, sul «calore» della prospettiva ebraica sulla legge, nella quale sin dall'interpello di Dio a Caino e la (non) risposta dell'omicida, che si nega «custode» del fratello, «la continua provocazione del Dio biblico è volta proprio a mostrare il contrario e cioè che la separazione ontologica è impossibile. Tutti gli uomini sono responsabili gli uni degli altri e in questa reciproca, calda, solidarietà è la radice della giustizia».

⁵³ Diffusamente, J. L. SKA, *Le droit d'Israël dans l'Antique Testament*, in F. MIES (a cura di), *Bible et droit. L'esprit des lois*, Bruxelles, 2001, p. 9 ss., p. 28 ss.; cfr. pure H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 4ª ed. Oxford - New York, 2010, tr. it. *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011, p. 180 ss.; M. GOLDONI, *Il diritto fra autorità e interpretazione*, introduzione a R. COVER, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008, p. 1 ss., p. 3; D. PIATTELLI, *Libertà individuali e sistemi giuridici*, Torino, 1997, p. 181 ss.; nonché N. J. ZOHAR, *Contested Boundaries: Visions of a Shared World*, in M. WALZER (a cura di), *Law, Politics, and Morality in Judaism*, Princeton - Oxford, 2006, § 6, che legge il dato come radicale nel diritto ebraico, teso perciò ontologicamente al superamento della partizione territoriale del mondo.

⁵⁴ Ossia che sospenda il *ciclo irrisolto della vendetta*: cfr. *Bamidbar*, 35:33, sull'impossibilità di spiare il sangue che contamina la terra, se non per il tramite del sangue di chi lo ha versato, e *Berēshīt*, 4:15, circa la vendetta contro chi uccida Caino.

⁵⁵ Cfr. le reiterazioni in *Devarim*, 4:41-42, 19:1-3; *Yēbōshúa*, 20:1-3 (*et passim*, circa l'elencazione delle città di rifugio in ciascun territorio): nella progressione dei testi non è rinnovata la previsione della vendetta di sangue (*Bamidbar*, 35:16-21). Le città di rifugio sono istituite, nell'assegnazione delle parti, quali città dei Leviti, che appartengono a Dio e che Dio rimette in dono a Israele, divenendo *la loro parte* (*Bamidbar*, 3:12, 8:14, 18:6, 18:20). J. VAN SETERS, *A Law Book for the Diaspora*, cit., p. 106 ss., ricostruisce l'istituzione delle città di rifugio come secolarizzazione dell'asilo previsto già in *Shemot*, 21:13 e caratterizzato, anch'esso, dalla natura non intenzionale dell'omicidio.

solo chi ha *plasmato i cuori* degli uomini conosce le loro opere⁵⁶. Nondimeno, al di là delle problematiche probatorie che gli *indicatori* veterotestamentari non possono esaurire⁵⁷, si delinea una differenziazione⁵⁸ – non già *quantitativa*, bensì *ontologica* – della pena: l'istituto del rifugio *restituisce umanità* al fuggiasco, nel duplice *orizzonte del possibile*⁵⁹, circa ciò che è stato (contro la semplificazione accusatoria, cui la condanna automaticamente coincide, propria della vendetta del sangue) e circa ciò che potrà essere (nel seguito della vita del condannato, a prescindere dalla durata, pur aleatoria, dell'esilio, contro l'annichilimento della pena capitale)⁶⁰.

L'attenzione all'elemento soggettivo, rispetto al quale per primo il reo *interpella sé stesso* in vista della richiesta di asilo, fonda, qui, un modello di giustizia *diversa e interlocutoria*⁶¹, che si sottrae alla contrapposizione dicotomica tra la forza dell'osservanza

⁵⁶ *Tebillim*, 33:15.

⁵⁷ *Bamidbar*, 35:16-21, in contrasto a 35:22-24; cfr. J. J. THONISSEN, *Études sur l'histoire du droit criminel*, cit., vol. II, p. 185 ss.: piuttosto banalmente, i segni distintivi dell'omicidio volontario sono la premeditazione o malvagio intento (*zedijja*, da *zud*, ossia caccia), l'imboscata, la preesistente inimicizia e gli strumenti utilizzati per uccidere. Si noti che l'omicidio non premeditato è considerato *involontario* e, pertanto, ammesso alla disciplina del rifugio.

⁵⁸ In una sorta di *contrappasso* (v. oltre, cap. II, 3.2, p. 77, e 3.3, p. 83 ss.): chi ha ucciso con intenzione è esposto alla giustizia della forza, eseguita *secondo l'intenzione vindicatoria*, e *malizia e illiceità* contrassegnano necessariamente la sua fuga; chi ha ucciso senza intenzione sperimenta l'incertezza degli esiti (la medesima che ha travolto la sua vittima), ma anche la *liceità senza malizia* della sua fuga, *liceità senza malizia* che già dovrebbe aver contrassegnato la sua condotta sin lì. Incerti sono il successo della corsa verso il rifugio (J. VAN SETERS, *A Law Book for the Diaspora*, cit., p. 106), l'accertamento giudiziario delle condizioni per l'asilo, la durata e le condizioni di vita dell'esilio (W. DRIVER, *The Release of Homicides from the Cities of Refuge. A Critical Monograph*) on Nu. 35:25. *Abridged by the Author*, in *Grace Journal*, 1960, 2, p. 7 ss., p. 8 ss.): incertezze che pure, come spesso nel caso dei comportamenti non dolosi, possono esitare nella conservazione della vita.

⁵⁹ Riconduce l'istituto del rifugio agli istituti, tra loro ben connessi, della *protezione* e dell'*ospitalità* J. DERRIDA, *Acts of Religion*, New York, 2002, p. 400 ss.; per ulteriore bibliografia sulla dimensione giuridica dell'ospitalità come *modo elettivo del possibile*, sia consentito il rinvio a R. PALAVERA, "Ospitalità, diritto e". *Una premessa, cinque smentite, due ipotesi*, in M. A. CABIDDU - C. CORSI - G. ZAMPERETTI - G. COSI (a cura di), *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Milano, 2016, vol. II, p. 1047 ss.

⁶⁰ La permanenza nelle città di rifugio comporta l'*assegnazione* di quanto occorre per vivere (cfr. E. LEVINAS, *L'Au-Delà du Verset: Lectures et Discours Talmudiques*, Paris, 1982, tr. ingl. *Beyond the Verse. Talmudic Readings and Lecturers*, Bloomington, 1994, p. 34 ss.), laddove così spesso (nella maggior parte delle prassi extraebraiche, precedenti e successive alla legge di Mosé) il bando, specie se accompagnato, *de iure* o di fatto, dalla confisca, ne comporta la privazione: in entrambe le ipotesi, si tratta di sperimentare una condizione esistenziale che si sposta dalla logica della *partizione* a quella del *dono* (relazionale e imprevedibile). Anche in questo senso, pare del tutto coerente l'assegnazione levitica delle città di rifugio. Si preconizza, peraltro, dimensioni contemporanee dell'idea, che la tradizione ebraica sviluppa tanto nell'esperienza del deserto quanto in quella della diaspora (G. STEINER, *Grammars of Creation*, New Haven, 2001, tr. it. *Grammatiche della creazione*, Milano, 2003, p. 256; H. P. GLENN, *Tradizioni giuridiche del mondo*, cit., p. 208), del diritto come *luogo* in cui l'uomo dimora (D. PAYOT, *Des villes-refuges: Témoignage et espacement*, La Tour d'Aigues, 1992, § IV; P. DAMAI, *Messianic-City: Ruins, Refuge and Hospitality in Derrida*, in *Discourse*, 2005, p. 68 ss.).

⁶¹ Un diritto *negoziato* (F. OST, *Du Sinai au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit*, Bruxelles, 1999, p. 27 ss.; A. A. CASSI, *Olimpo, Sinai, Golgota. "Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia" rilevate da una prospettiva orografica-antropologica*, in G. ROSSI - D. VELO DALBRENTA - C. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, Napoli, 2017, p. 277 ss.) o, ancor meglio, *contrattuale* e *consensuale* (J. L. SKA, *Le droit d'Israël*, cit., p. 33 ss.).

mimetica, propria del diritto muto, e la forza della repressione sistematica, ubiquitaria nel primo diritto scritto.

2. Dalla coscienza del fato alla contingenza dei futuri: la prospettiva mentale come contesto di elaborazione della decisione

2.1. La giustizia omerica e la Grecia "giovinetta"

Il lascito del diritto come interlocuzione è destinato a dispiegarsi nei secoli a venire. La distinzione tra volontario e involontario, nei più grezzi istituti sanzionatori e di prova sinora osservati, si ritrova, anche se forse in epoca meno risalente di quanto talvolta attestato⁶², nella tradizione giuridica ellenica, diffusasi poi in tutto il mondo antico e, *direttamente*, quanto meno nell'Egitto tolemaico⁶³, dove riceverà nuovi innesti dalle successive dominazioni, nonché nel diritto romano, che, non senza apporti originali, ne sarà il maggiore strumento di disseminazione *indiretta* futura⁶⁴: sempre portando con sé la consapevolezza della volontà come dato distintivo dell'agire (o di un agire).

L'apporto del pensiero ellenico, dopo la lettura del primo diritto ebraico, può apparire mortificante, soprattutto con riferimento alla dimensione *relazionale* del precetto⁶⁵. Nondimeno, la cifra *speculativa* e *intellettualistica* del pensiero greco rende insostituibile il suo contributo: l'individuo *solo*, con il suo personale e spesso poco entusiasmante bilancio esistenziale, è il soggetto ideale per porre *domande non interlocutorie*, ma *riflessive*, molto frequenti in chi intenda attardarsi nella ponderazione dell'appello del Sinai (e, quindi, non ultimi, nei contemporanei). Rispetto ai suoi pre-

⁶² Il rilievo è riferito in particolare alle epoche più risalenti, la cui situazione è ricostruita non tanto, come per altre civiltà, tramite proiezioni retrospettive delle sedimentazioni normative, quanto su elementi di narrazioni "leggendarie". Per un'ipotesi di affermazione *progressiva* della distinzione, C. SCHUBERT, *Die Methode der Attributographen. Die Kleidemos-Fragmente in der "Theseus-Vita" des Plutarch*, in *Mnemosyne*, 2014, p. 930 ss., p. 944 ss.; J. J. THONISSEN, *Le droit pénal de la république athénienne précédé d'une étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire*, Bruxelles - Paris, 1875, p. 41 ss. (con riferimento all'epoca "leggendaria"), p. 58 e 83 ss. (per il diritto attico), p. 101 ss. (per la previsione dell'esilio in caso di omicidio non volontario), nonché, diffusamente, p. 240 ss. Per l'originaria irrilevanza dell'intenzione E. R. DODDS, *The Greeks and the Irrational*, Berkeley - Los Angeles - Oxford, 1962, p. 3; propende per una elaborazione non originaria, E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. 32 ss., collocando nondimeno l'acquisizione della coscienza della differenza in epoca precedente alla formalizzazione normativa draconiana (*ivi*, p. 109). Per taluni esempi contrari all'ipotesi dell'iniziale irrilevanza, rinvenibili già nel contesto omerico, L. PEPE, *Osservazioni sulla pronoia in tema di omicidio*, in *Dike*, 2009, p. 69 ss., p. 79 ss., n. 31.

⁶³ J. G. KEENAN - J. G. MANNING - U. YIFTACH-FIRANKO (a cura di), *Law and legal practice in Egypt from Alexander to the Arab conquest: a selection of papyrological sources in translation, with introductions and commentary*, Cambridge, 2014, p. 17 ss.; J. M. MODRZEJEWSKI, *Modèles classiques des lois ptolémaïques*, in *The Journal of Juristic Papyrology*, 2013, p. 333 ss., p. 335 ss.; R. TAUBENSCHLAG, *The law of Greco-Roman Egypt*, cit.

⁶⁴ V. oltre, cap. I, 3.1, pp. 51 e 59.

⁶⁵ Sull'idea greca di *giustizia* come «oggetto» della (residua) relazionalità retributiva o «di scambio», M. PICCOLOMINI, *Introduzione* a E. A. HAVELOCK, *The Greek Concept of Justice from Its Shadow in Homer to Its Substance in Plato*, Cambridge, 1978, tr. it. *Dike. La nascita della coscienza*, Roma - Bari, 1983, p. VII ss., p. IX.

decessori, l'elaborazione greca si mostra in grado di fornire ragguagli interessanti circa il contenuto *descrittivo* e *critico* delle categorie soggettive di imputazione, secondo percorsi argomentativi diversificati, che le culture di recepimento contribuiranno ulteriormente ad arricchire. Ciò nasce, principalmente, dall'interazione costruttiva con la filosofia e con le narrazioni letterarie, che, prima che in «quella palestra civile di idee che è il teatro»⁶⁶, prendono corpo già, nello stratificato “tempo” omerico⁶⁷, quando ancora «era *giovinetta* la Grecia»⁶⁸.

Si apre, allora, «lo spazio mobile e vivente di una comprensione più ampia»⁶⁹: la comprensione mitica, che recupera alla razionalità la dimensione delle emozioni, con esiti talvolta deflagranti. In particolare, il dibattito sull'episodio di Patroclo⁷⁰, che uccide Clitonimo *sé malgrado*⁷¹, è stato condotto sino a coinvolgere la questione della sussistenza o insussistenza *tout court* dell'idea di responsabilità, profittando di una cornice culturale, anche più ampia, in cui l'inopponibile volontà degli dei si affaccia ciclicamente quale buona antesignana delle odierne *querelles* sul determinismo⁷². Potrebbe essere, tuttavia, *questa* la distorsione nella lettura propria del contemporaneo, al medesimo modo in cui «nella lunga vicenda delle metamorfosi della tragedia e delle rivisitazioni del modello antico che attraversa la cultura dell'Occidente, la categoria della responsabilità entra *mutata di segno* in relazione ai contesti ideologici e storici in cui si iscrive»: qui «la coscienza soggettiva è esposta alla pressione di *nuovi* determinismi (...) e la responsabilità torna a essere messa in questione»⁷³. Occorre, quindi, compendiare elementi contrastanti, senza sottovalutarne alcuno: sulla base di una giustizia intesa quale riconoscimento della soggettività altrui, ossia in senso già essenzial-

⁶⁶ A. CASCETTA, *Limite, trasgressione e responsabilità: riscritture moderne della tragedia antica*, in G. FORTI - C. MAZZUCATO - A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e Letteratura*, vol. II, Milano, 2014, p. 4 ss., p. 11.

⁶⁷ Sulla moltitudine narrativa non autoriale del mito nella tradizione greca, M. CANTILENA, *Il mito. Omero e i poeti arcaici*, in G. FORTI - A. PROVERA (a cura di), *Mito e narrazioni della giustizia nel mondo greco*, Milano, 2019, p. 3 ss., p. 3.

⁶⁸ E «n conseguenza *ardente di sublimi passioni*, come d'*orgoglio*, di *collera*, di *vendetta*; le quali passioni non soffrono dissimulazione, ed amano *generosità*»: così, vividamente, come noto, G. VICO, *Scienza nuova terza*, Napoli, 1744, libro terzo; il passo è tratto da Id., *Opere di Giambattista Vico illustrate da Giuseppe Ferrari*, vol. II, *Principj di scienza nuova*, Napoli, 1840, p. 131 ss., p. 507.

⁶⁹ M. P. MITTICA, *Fare della vita il mondo*, in G. FORTI - A. PROVERA (a cura di), *Mito e narrazioni della giustizia*, cit., p. 231 ss., p. 236.

⁷⁰ Omero, *Iliade*, XXIII 111-114.

⁷¹ Patroclo uccide l'amico, giovinetto, sotto l'effetto dell'ira per il gioco dei dadi: «*stolto, malgrado mio, pe' dadi airato*» nella traduzione di A. M. SALVINI, *Iliade d'Omero tradotta dall'original greco in versi sciolti da Anton Maria Salvini*, tomo I, 2^a ed., Padova, 1742, p. 470; «*per la lite degli astragali irato e fuor di senno d'Anfidamante a morte misi il figlio, mio malgrado*», nella traduzione di V. MONTI, *L'Iliade di Omero tradotta da Vincenzo Monti*, Firenze, 1973, p. 712 (si osservi, *ivi*, p. 217 e 619, che l'espressione torna solo per accadimenti contrari all'interesse o all'onore del parlante: Omero, *Iliade*, VII 237 e XIX 270).

⁷² Per una sintesi del confronto sul tema, con riferimenti bibliografici, M. S. PORRELLO, *Omicidio tra vendetta privata e punizione*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2008, p. 139 ss., p. 141 ss.; cfr. pure H. LLOYD-JONES, *The Justice of Zeus*, 2^o ed. Berkeley - Los Angeles - London, 1971, p. 26 ss.

⁷³ A. CASCETTA, *Limite, trasgressione e responsabilità: riscritture moderne della tragedia antica*, in G. FORTI - C. MAZZUCATO - A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e Letteratura*, vol. II, cit., p. 4 ss., p. 11 ss., corsivi aggiunti.

mente relazionale⁷⁴, può cogliersi allora l'emersione, proprio nella trama omerica⁷⁵, del concetto di autodeterminazione⁷⁶ e di responsabilità personale⁷⁷. Come pure, benché il concetto di *colpevolezza* possa apparire «del tutto estraneo (e lontano qualche millennio) dalla prospettiva dei tragediografi greci»⁷⁸, esso può essere ricostruito in trasparenza quale esigenza (innominata e) irrisolta che *fonda la tragedia* e, al tempo stesso, *prova* l'esistenza della volontà come *realtà caratterizzante* l'agire, di cui l'uomo sperimenta, in alcuni casi, il perfezionamento e, in altri, l'assenza, la debolezza o la contraddittorietà⁷⁹. Stati psicologici *concreti e differenziati*, ben noti all'esperienza umana di ogni individuo, si concretizzano in connotazioni giuridiche la cui rilevanza è tutt'altro che limitata alla sfera interiore.

L'esito della contesa ermeneutica sul passaggio dell'Iliade, perciò, forse avvincente per i linguisti, pare invece piuttosto piano per quanto rileva ai fini della presente in-

⁷⁴ C. PELLOSO, *Themis e dike in Omero. Ai primordi del diritto dei Greci*, Alessandria, 2012, p. 124 ss.

⁷⁵ È rintracciato, così, quanto meno con Solone, il porsi del problema, «per dirla alla moderna, della questione della responsabilità, o, alla greca, della parte spettante all'uomo nella propria sorte» (W. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, vol. I, *L'età arcaica. Apogeo e crisi dello spirito attico*, Firenze, 1936, 2ª ed. - 3ª rist. 1967, p. 270; N. REGGIANI, *La Giustizia cosmica. Le riforme di Solone fra polis e kosmos*, Milano, 2015, p. 99 ss.). Il quadro di riferimento è ancora omerico, ma più prossimo ormai all'Odissea: e Omero «vecchio compose poi l'Odissea, quando la Grecia aveva alquanto raffreddato gli animi con la riflessione, la qual è madre dell'accortezza» (G. VICO, *Scienza nuova terza*, cit., p. 131 ss., p. 507). Cfr. OMERO, *Odissea*, I 32-34: «Poh! disse Giove, incolperà l'uom dunque Sempre gli Dei? Quando a se stesso i mali Fabbrica, de' suoi mali a noi dà carico, E la stoltezza sua chiama destino» (così nella traduzione di I. PINDEMONTE, *Odissea di Omero tradotta da Ippolito Pindemonte*, Firenze, 1823, vol. I, p. 10). Anche E. CANTARELLA, *Per una preistoria del castigo*, in AA.VV., *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9-11 novembre 1982)*, Roma, 1984, p. 37 ss., p. 71, individua, già prima dell'affermarsi della potestà punitiva pubblica, l'emersione nella giustizia dell'*dikos* di «un principio retributivo che non è solo meccanico, oggettivo, fattuale: ma è, al contrario, legato al nascente concetto di colpa, e da esso dipendente. Solo chi è colpevole, perché ha agito volontariamente, risponde delle sue azioni: e la prova sta (...) nella storia di Odisseo giustiziere».

⁷⁶ Così, «Elleni e Germani si trovano d'accordo nel giudicare che "non si può resistere al destino". Ma nessuno dei due popoli ricava da tale giudizio delle conclusioni fatalistiche, né smarrisce la coscienza della libertà dell'agire. L'eroe non incrocia le braccia al petto nell'attesa di ciò che il destino gli porterà». Quello dell'uomo greco con il destino è un rapporto personale Io-Tu, tramite il quale l'individuo sviluppa «l'aspirazione a plasmare la sua vita da solo, autonomamente e secondo la propria volontà» (M. POHLENZ, *L'uomo greco*, cit., p. 36 e 831).

⁷⁷ A. PROVERA, «Poeti legislatori» della Grecia arcaica. *Dalla vendetta alla giustizia della misura e del riconoscimento*, in G. FORTI - A. PROVERA (a cura di), *Mito e narrazioni della giustizia*, cit., p. 19 ss., p. 24 ss. Anche con riferimento al mito di Er, non a caso di trasmissione platonica (PLATONE, *Repubblica*, X, 617 D-E), «il mito associa l'idea di scelta all'idea di responsabilità» P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, 1963, tr. it. *La prudenza in Aristotele*, Roma, 2018, p. 144.

⁷⁸ F. D'ALESSANDRO, *Limite, trasgressione e responsabilità: la tragedia antica e le sue riscritture moderne, nella prospettiva del giurista*, in G. FORTI - C. MAZZUCATO - A. VISCONTI (a cura di), *Giustizia e Letteratura*, vol. II, cit., p. 21 ss., p. 28. Cfr. W. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, vol. I, *L'età arcaica. Apogeo e crisi dello spirito attico*, Firenze, 1936, 2ª ed. - 3ª rist. 1967, p. 72 ss.: «Il concetto moderno del libero arbitrio va qui tenuto affatto da banda, al pari dell'idea di colpa in tal senso. Il pensiero antico è ancora molto più largo e perciò più tragico».

⁷⁹ Sorge forse con Eschilo e con la saturazione simbolica della tragedia a opera della giustizia (E. A. HAVELOCK, *Dike*, cit., p. 345 ss.) l'idea della libera scelta (pur *privato* della quale l'uomo "è ben lungi dall'essere passivo") come elemento fondativo della continuità del soggetto nell'azione tragica: «decisioni senza scelta», che postulano «responsabilità con o senza intenzione», sembrano segnare le doglie del parto della coscienza dell'uomo occidentale (J.-P. VERNANT - P. VIDAL-NAQUET, *Myth and Tragedy in Ancient Greece*, New York, 1988, 5ª ed. 1996, p. 49 ss.).

dagine: ciò di cui si può *discutere* – e ne *discute* Patroclo, per primo, con Achille – è la *negoziabilità delle conseguenze* di una condotta tenuta in un contesto che, invece, poco discutibilmente, non dubita nel distinguere la *base eziologica* degli atti volontari e involontari, valutando la possibilità di ascrivere alla seconda categoria l'omicidio in questione⁸⁰. Così, Patroclo può argomentare di aver ucciso *οὐκ ἐθέλων*, ossia *senza volerlo*⁸¹: è volontario, infatti, solo ciò che è «voluto con la ragione»⁸². L'atto involontario, tuttavia, *non nega l'esistenza della volontà*, anzi la conferma come carattere *distintivo* (solo) di *alcuni* atti.

In questo singolo episodio omerico, quindi, si rispecchia un primo insegnamento ubiquitario nel pensiero greco, che il diritto deve tenere in opportuna considerazione: l'atto – in ipotesi, *lesivo* – non può ascriversi *automaticamente* a una volontà postulata sempre presente (disconoscendone, così, qualsiasi capacità distintiva tra atti), né può assurgere a prova inconfutabile dell'*inesistenza* di una qualsiasi volontà (di cui spesso rappresenta, piuttosto, un *fallimento*⁸³).

⁸⁰ Cfr. E. A. HAVELOCK, *Dike*, cit., p. 168 ss., circa la giustizia dell'Iliade come *giustizia procedurale* e, perciò, *del caso* e non ancora *di principi*; cfr. pure, *ivi*, p. 266: «Considerata come una procedura, la giustizia orale non è di per se stessa un simbolo di punizione, ma di riparazione, di soddisfazione, di retribuzione – negoziato verbale. (...) Ne consegue una condizione di pace e di relazioni pacifiche tra gli uomini».

⁸¹ Così, più esplicitamente, nella traduzione di E. ROMAGNOLI, *I poeti greci tradotti da Ettore Romagnoli, Iliade*, volume II, *Dal canto XIII al canto XXIV*, Bologna, 1924, p. 252: «ché io d'Anfidamante, me misero, uccisi il figliuolo, senza volerlo; e nacque pel giuoco dei dadi la furia»; cfr. pure M. S. PORRELLO, *Omicidio tra vendetta privata e punizione*, cit., p. 141; V. CASELLA, *Riflessioni sulla categoria greca di volontarietà in tema di omicidio thymo*, in *Rivista di diritto ellenico*, 2013, p. 3 ss., p. 4 e 9.

⁸² E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, cit., p. 9; M. S. PORRELLO, *Omicidio tra vendetta privata e punizione*, cit., p. 139, corsivi aggiunti.

⁸³ L. EUSEBI, *Build and restore good human relationships. Overcoming the retributive paradigm as a key issue for the theory of justice*, tr. it. *Costruire e restaurare relazioni umane conformi al bene. Il superamento del paradigma retributivo come nodo problematico cardine di una teoria della giustizia*, in corso di pubblicazione, § 5, sulla trasgressione come «fallimento della libertà». In ciò, peraltro, si manifesta nel vissuto del trasgressore l'*intrinseca* negatività del male – e non, quindi, per effetto della (successiva ed eventuale) espiazione della pena: cfr. L. EUSEBI, *Giustizia e salvezza*, in G. VISONÀ (a cura di), *La Salvezza*, Assisi, 2008, p. 163 ss., p. 172 ss. L'idea di male come *fallimento della decisione* si riscontra ricorsivamente nel pensiero greco: cfr. già l'aporia socratica del male volontario esposta in PLATONE, *Ippia minore*, 372 A - 376 B, nonché SENOFONTE, *Memorabili*, IV 2 18-21; su entrambi G. REALE, *L'importanza storico-ermeneutica di Senofonte come testimone del messaggio di Socrate pur nei suoi limiti filosofici*, saggio introduttivo a L. DE MARTINIS (a cura di), *Senofonte. Tutti gli scritti socratici. Apologia di Socrate - Memorabili - Economico - Simposio*, Milano, 2013, p. 15 ss., p. 92 ss. Tuttavia, il concetto si coglie in modo particolare nel compimento dell'elaborazione aristotelica sulla *proairesi* di EPITTETO, *Diatriba*, I 18 4-7, dopo la riflessione «su ciò che dipende da noi e ciò che non dipende da noi», esponendo i motivi per cui «non dobbiamo adirarci con quelli che sbagliano»: «Che cosa vuol dire ladri e delinquenti? Che sono fuori strada riguardo ai beni e ai mali. Bisogna, dunque, adirarsi con loro, o non piuttosto compiangierli? Mostra loro l'errore, e vedrai come si allontanano dalle loro colpe. Ma se non hanno gli occhi ben aperti, non hanno niente di superiore a quel che pare loro. «Allora, questo furfante e questo adultero non li dovremmo sopprimere? Per niente, ma di' piuttosto così; «Quest'uomo che è fuori strada e nell'errore riguardo alle cose più importanti e che ha perduto la vista, non la vista con cui si discerne il bianco e il nero, ma quella dell'intelligenza con cui si discernono i beni e i mali, non dovrebbe essere soppresso?» E se ti esprimi così, capirai come è disumano quello che dici; è come se dicessi: «Questo cieco e questo sordo non dovrebbero essere soppressi?»». I riferimenti, anche nel seguito, sono alla traduzione di C. CASSANMAGNAGO in G. REALE (a cura di), *Epitteto. Tutte le opere*, Milano, 2009, p. 71 ss., p. 210 ss.

2.2. La politica criminale di Platone e il "medico libero"

La consapevolezza del *mutevole* rapporto che intercorre tra la volontà e l'azione pone il problema del trattamento giuridico, eventualmente differenziato, da riservarsi alle diverse ipotesi circa lo stato psicologico individuale. Si percepisce, quindi, nella cultura greca, l'esigenza di condensare in *leggi* quanto suggerito dall'incontro tra l'idea, anche extragiuridica, di *giustizia* e l'esperienza dei vissuti soggettivi come *realtà*.

Per vero, il quadro legislativo (come ricostruibile) conferma sostanzialmente gli schemi normativi in precedenza riscontrati altrove: la partizione, anche con riguardo allo specifico caso di quello che oggi si chiamerebbe *dolo* d'impeto (anche escludendone la natura volontaria⁸⁴), non viene meno, fuor d'epica, nelle prassi, di più maturo *diritto*, successive. Al contrario: la negoziabilità già accennata troverà pieno riscontro, al sostanziale concentrarsi nella potestà pubblica della reazione al reato⁸⁵, nella pur regolata *disponibilità privata delle sanzioni*⁸⁶ per il caso di (delitto⁸⁷ o) omicidio *involontario*⁸⁸, peraltro in una cornice di rilievo pubblico degli accordi in tal senso conseguiti⁸⁹ e di conservata relazionalità tra le parti⁹⁰.

⁸⁴ In via principale per la varietà dei casi che possono rientrare nella pulsione d'ira: correttamente li distingue PLATONE, *Leggi*, IX 867 A-C, in «non propriamente volontari o involontari, ma immagini dell'uno o dell'altro» tipo, cui maggiormente somigliano, e, poiché «non è facile classificare gli omicidi commessi in stato di collera, e non si sa se inquadrarli nella legislazione come crimini volontari, o, almeno in qualche caso, come involontari», conclude che «forse la soluzione migliore e più realistica sarebbe di considerarli ambedue come immagini di quelli», graduandone le conseguenze, semmai, solo in punto di determinazione della pena. I riferimenti, anche nel seguito, sono alla traduzione di R. RADICE, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2000, 2^a ed. 2001, p. 1460 ss.

⁸⁵ Sulla transizione come processo complesso e sugli elementi di continuità tra vendetta e pena pubblica, con particolare riferimento all'ucciso come titolare del diritto alla vendetta, M. GIORDANO, *Perché ad Atene cessarono le vendette? Dal sistema della vendetta al sistema della pena*, in A. GOSTOLI - R. VELARDI (a cura di), *Mythologein. Mito e forme del discorso nel mondo antico. Studi in onore di Giovanni Cerri*, Pisa - Roma, 2014, p. 464 ss.; cfr. pure U. E. PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930, p. 248 ss.; A. TULIN, *Dike phonou. The right of prosecution and attic homicide procedure*, Stuttgart - Leipzig, 1996, p. 101 ss.

⁸⁶ Con la non irrilevante conseguenza, oltre alla previsione della pena di morte e della confisca dei beni per la sola ipotesi di omicidio volontario, della possibilità di accorciare o disapplicare anche l'esilio, nell'ipotesi in cui l'uccisore non avesse intenzione omicida, pur se solo con il consenso di *tutti* i parenti della vittima: cfr. J. J. THONISSEN, *Le droit pénal de la république athénienne*, cit., p. 250 ss.; W. WOODBURN HYDE, *The Homicide Courts of Ancient Athens*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 1918, p. 319 ss., p. 338.

⁸⁷ D. D. PHILLIPS, "Trauma ek Pronoias" in *Athenian Law*, in *The Journal of Hellenic Studies*, 2007, p. 74 ss.

⁸⁸ V. *infra*, in questo paragrafo, con riferimento sia a Platone che al diritto romano. Per la varietà delle ipotesi di legittimazione a intraprendere il processo per omicidio, senza però rigidamente distinguerle secondo l'intenzionalità o meno delle condotte contestate, M. GAGARIN, *The Prosecution of Homicide in Athens*, in *Greek, Roman and Byzantine Studies*, 1979, p. 301 ss.

⁸⁹ Per la dimensione normata e monitorato delle negoziazioni e del perfezionamento della *poinē*, E. CANTARELLA, *Private Revenge and Public Justice: The Settlement of Disputes in Homer's Iliad*, in *Punishment & Society*, 2001, p. 473 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1991, p. 63 ss.; in tema di omicidio, tra diritto eale, interesse della *polis* e rapporti tra famiglie, pure U. E. PAOLI, *Diritto attico e diritto greco*, in G. G. ARCHI (a cura di), *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, Milano, 1946, p. 571 ss., p. 586.

⁹⁰ Cfr. D. L. CAIRNS, *Revenge, Punishment, and Justice in Athenian Homicide Law*, in *J. Value Inquiry*, 2015, p. 645 ss., p. 648, in merito alla valenza dialogica dell'*aidesis*; sull'istituto, E. RUSCHENBUSCH, *ΦΟΝΟΣ: Zum Recht*

Anche in questo caso, la prudenza dettata dalla diversità di contesti⁹¹ consiglia di limitare la riflessione sul diritto arcaico ad alcuni semplici *spunti*. Il quadro scientifico, sociale e persino teologico di riferimento – dimensioni tutte rilevanti per comprendere correttamente i profili di un istituto giuridico nella sua manifestazione storica – sono assai distanti dall'attuale⁹². È stato osservato che «i Greci, così come i Romani, non hanno un concetto generale di dolo», di talché questo si può ricavare solo dall'analisi delle singole fattispecie, nell'ambito della quale l'omicidio riveste un ruolo paradigmatico⁹³, benché nel mondo antico la ricognizione conduca a una sostanziale convergenza circa il rilievo della volontà criminale⁹⁴.

Si tratta, quindi, di ipotesi *da testarsi*: non già alla ricerca di una «base nobile, spesso mitizzata»⁹⁵, cui tornare per il conforto del rilievo del dato soggettivo, quanto al fine di cogliere risvolti operativi e attuali di un sistema così eventualmente enucleato. Proprio sotto questo profilo, più che gli elementi di ricostruzioni delle leggi di tempo in tempo *in vigore*, sono le elaborazioni dei filosofi circa il migliore diritto *possibile* a offrire qualche elemento di riflessione ulteriore sulla natura e sulle manifestazioni della volontà, ma soprattutto sul loro rapporto con le diverse concezioni – ancora in buona parte embrionali – della *politica criminale*.

Il *sistema ideale* (ma non utopistico⁹⁶) delle *Leggi* di Platone può rappresentare un primo percorso esplorativo in questa direzione, peraltro rafforzato dalla circostanza che, proprio sul punto della differenziazione tra volontà e colpa, il testo risulta rispecchiare le leggi dell'epoca e «trova conferme oltre che nella legislazione di Draconte anche nelle (...) orazioni di Antifonte»⁹⁷.

Ebbene, in questo *sistema ideale*, l'omicidio compiuto direttamente o indirettamente, ma *senza premeditazione*, è considerato *involontario* e non vi segue alcuna pena qualora l'uccisore scelga l'esilio, dalla patria propria o da quella dell'ucciso, se straniero, come modo per sottrarsi alla reazione di questo, che «non può fare a meno di sconvolgere con ogni mezzo – ma, in particolare, servendosi del rimorso – il responsabile della sua morte e ogni sua azione»⁹⁸. Così pure chi ha commesso omicidio in

Drakons und seiner Bedeutung für das Werden des athenischen Staates, in *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, 1960, p. 129 ss., p. 138.

⁹¹ Si rammenti, a titolo di esempio, che non esiste in greco una parola per definire il reato: cfr. V. HUNTER, *Did the Athenians have a Word for Crime?*, in *Dike*, 2007, p. 5 ss.

⁹² Al punto da mettere in discussione la possibilità di rinvenire un'idea unitaria della stessa volontarietà, anche qualora si ritenesse, come si ritiene, di poterne rinvenire una dimensione naturalistica accomunante: pone l'interrogativo, a titolo di esempio, M. S. PORRELLO, *Omicidio tra vendetta privata e punizione*, cit., p. 140.

⁹³ Così G. DEMURO, *Il dolo*, vol. I, *Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007, p. 3.

⁹⁴ E non solo: cfr. M. S. PORRELLO, *Omicidio tra vendetta privata e punizione*, cit., p. 140 ss., per esempi tratti da diversi passaggi narrativi.

⁹⁵ G. DEMURO, *Il dolo*, vol. I, cit., p. 1.

⁹⁶ E. MANSON, *The Laws of Plato*, in *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 1908, p. 50 ss.; A. J. JACOBSON, *The Game of the Laws*, in *Political Theory*, 1999, p. 769 ss.

⁹⁷ G. DEMURO, *Il dolo*, vol. I, cit., p. 9.

⁹⁸ PLATONE, *Leggi*, IX 865 E.

stato d'ira, un'ipotesi considerata simile all'omicidio involontario, non è condannato a morte, bensì all'esilio, «finché non impari a dominare la sua collera»⁹⁹. Al controllo della propria rabbia è peraltro fatto corrispondere il dovere di controllo della rabbia da parte della società¹⁰⁰, in un'istanza di rispondenza che, nel seguito della storia del dolo, non è destinata a rimanere isolata.

Gli omicidi «a mano armata o con insidie di parenti» e gli altri omicidi intenzionali, al contrario, sono soggetti alla legge del taglione e puniti con la morte¹⁰¹. Ora, non solo questi sono classificati proprio in ragione dell'*errore* che ha prevalso nell'animo e ha condotto ad uccidere (il desiderio di ricchezze, la brama di onori o la vile paura, come nel caso di chi uccida un testimone di un misfatto per timore di essere denunciato¹⁰²), ma l'esposizione di queste ragioni costituisce il *proemio* della legge sugli omicidi volontari, ossia appunto la parte idealmente volta, *ben più* di quella che dispone le sanzioni, a prevenire, *persuasivamente*, la commissione dei delitti¹⁰³.

Questa impostazione consente due piuttosto interessanti rilievi. Innanzitutto, la determinazione *anche ponderata* a uccidere è considerata, *in ragione della prevalenza di talune motivazioni*¹⁰⁴, come *errata*, ossia *divergente* da un percorso di valutazione delle motivazioni *atteso*¹⁰⁵.

Secondariamente, si ritrova, come per cenni anticipato, una *rispondenza* tra trasgressore e società: in questo caso, tra la coerenza dei valori propugnati dalla seconda

⁹⁹ PLATONE, *Leggi*, IX 867 C. È notevole la distanza con la prassi giurisprudenziale attuale, come descritta a proposito di chi uccida d'impeto durante una colluttazione: «se il dolo fosse solo dolo intenzionale, ci troveremo in presenza di un ragionevole dubbio che ci impone di derubricare l'imputazione. Ma ecco che soccorre il dolo eventuale e ci permette di aggirare il ragionevole dubbio e di affermare l'omicidio. Va aggiunto: *un dolo eventuale che X probabilmente non ha avuto perché non ha avuto materialmente il tempo di pensare*»; in altre parole, come è riportato accadere spesso, «non c'è corrispondenza tra come ha pensato il giudice e come ha pensato l'imputato», perché «nel processo avviene un vero e proprio *travisamento del fatto sostanziale*» (F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 463 ss., p. 491 ss.). Nelle leggi di Platone, al contrario, non c'è alcun dubbio da superare: laddove non c'è materialmente il tempo di pensare, *non c'è omicidio volontario*.

¹⁰⁰ Che eviterà la pena capitale ove possibile e, in ogni caso, non esulterà mai della vendetta, ove questa fosse pure legittimamente perseguita: cfr. W. V. HARRIS, *Restraining Rage: The Ideology of Anger Control in Classical Antiquity*, Cambridge - London, 2001, p. 192 ss.

¹⁰¹ PLATONE, *Leggi*, IX 872 D.

¹⁰² PLATONE, *Leggi*, IX 870 A-D.

¹⁰³ La funzione del proemio «è appunto quella di persuadere l'anima» e «persuadere chi non è persuaso» (F. TRABATTONI, *Scrivere nell'anima. Verità, dialettica e persuasione in Platone*, Firenze, 1993, 2ª ed. 2004, p. 195). Sulle sorti, nella storia del diritto, di questa tecnica legislativa proposta da Platone, M. T. FÖGEN, *Das lied vom gesetz*, München, 2007, tr. it. *Il canto della legge*, Napoli, 2012, p. 12 ss.; con toni in parte differenti M. T. FÖGEN, *The Legislator's Monologue. Notes on the History of Preambles*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1995, p. 1593 ss.

¹⁰⁴ Sino da tali primordi della giuridicità il *tratto continuo* dell'umano nell'interazione con le istituzioni normative è stato individuato nella «scelta dell'azione che promette di massimizzare la propria personale utilità attesa, il che può, naturalmente, riflettere una preoccupazione per il benessere altrui»: R. C. ELLICKSON - C. DIA. THORLAND, *Ancient Land Law: Mesopotamia, Egypt, Israel*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 1995, p. 321 ss., p. 327, e Autori *ivi* citati.

¹⁰⁵ V. oltre, cap. III, 3.3, 3.4. e 3.5, p. 263 ss.

e la forza delle motivazioni che, nel primo, possono aver indotto al delitto¹⁰⁶. Trova spazio, cioè, il rapporto tra il contenuto concreto del percorso motivazionale e l'idea di *prevenzione*. La prevenzione cui pensa Platone, tuttavia, è di una forma specifica, che vale la pena di approfondire e che pure non può mai, nel seguito, darsi per scontata: quella per cui «*il legislatore deve saper convincere della bontà delle sue leggi*»¹⁰⁷.

Lamenta, infatti, il filosofo, come risulti che «nessun legislatore abbia mai preso in seria considerazione il fatto che esistono due metodi per stabilire le leggi: il metodo del convincimento e quello della forza. E così, per questo motivo, si è scelta solo la seconda via, tenendo conto per lo più dell'incultura della massa»¹⁰⁸, e si è ritenuto che «per uno Stato il testo delle leggi non deve dare l'impressione dell'intervento benevolo e premuroso di un padre o di una madre, piuttosto che quello di un tiranno o di un despota, il quale, una volta scritte sul muro le sue prescrizioni e le sue minacce, si tolga di mezzo»¹⁰⁹.

Per meglio spiegare i modi dovuti in questa *premura*, è poi introdotta una metafora: «il medico libero, il quale segue il decorso del morbo, lo inquadra fin dall'inizio secondo il giusto metodo, mette a parte della diagnosi lo stesso malato e i suoi cari e, così facendo, nel medesimo tempo *impara qualcosa dal paziente* e, per quanto gli riesce, anche gli insegna qualcosa. A tale scopo egli non farà alcuna prescrizione prima di averlo in qualche modo convinto, ma cercherà di portare a termine la sua missione che è quella di risanarlo, ogni volta preparandolo e predisponendolo con un'opera di convincimento»¹¹⁰. In questo modo il medico applica un «metodo duplice», anziché seguire «un solo metodo, e cioè il peggiore e il meno raffinato»¹¹¹, e così deve fare anche il legislatore, sapendo che può ricorrere al «duplice metodo della persuasione e della dissuasione, oppure secondo il metodo semplice, il quale, nella stesura della

¹⁰⁶ Cfr. PLATONE, *Leggi*, I 630 E e III 697 B sull'impegno statale nell'educazione al dominio di sé e sull'esigenza di coerenza dell'ordinamento circa i valori. La riflessione è condotta all'estremo, con l'esempio dell'individuazione dei motivi che spingono i ladri a rubare proprio nell'erronea attribuzione di valore compiuta sui propri beni dal derubato, in EPITTETO, *Diatriba*, I 18 9-14 (corsivi aggiunti): «Uomo, se, contrariamente alla tua natura, devi proprio assumere un atteggiamento verso i mali altrui, abbi pietà per costoro piuttosto che odio! (...) tu sei forse diventato saggio all'improvviso, per essere ora così intransigente con il prossimo? Perché, allora, ci adiriamo? Perché diamo valore alle cose che ci sono sottratte. (...) Infatti, considera: hai dei begli abiti, mentre il tuo vicino non ne ha; hai una finestra e vuoi far prendere aria ai tuoi abiti. Il tuo vicino non sa che cosa sia il bene dell'uomo, ma *s'immagina che risieda nel possesso di bei vestiti*; ed è proprio *quello che immagini anche tu*. E, dunque, non verrà a prenderli?».

¹⁰⁷ PLATONE, *Leggi*, IV 720 E, corsivi aggiunti. Cfr. M. C. NUSSBAUM, *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, Justice*, New York, 2016, p. 4, che identifica proprio in Socrate e Platone la radice dell'alternativa tra retribuzione e deterrenza.

¹⁰⁸ PLATONE, *Leggi*, IV 722 B; *ivi*, 722 D, questo stile, proprio delle «leggi politiche» è definito «tirannico» in contrapposizione al canto citaredico dei *nomoi*, preceduto un ricercato e persuasivo *proemio*.

¹⁰⁹ PLATONE, *Leggi*, IX 859 A.

¹¹⁰ PLATONE, *Leggi*, IV 720 D-E: a tale medico sono contrapposti quegli inservienti privi di preparazione teorica, cui è estesa impropriamente la qualifica di medici e nessuno dei quali, nondimeno, «vuole dare o ricevere spiegazioni sulle specifiche malattie che affliggono ciascuno schiavo, ma, al lume di una approssimativa esperienza, con la saccenza di un tiranno, prescrivono quel che passa loro per la mente» (*ivi*, 720 C).

¹¹¹ PLATONE, *Leggi*, IV 720 E.

L'elenco completo delle pubblicazioni
è consultabile sul sito

www.edizioniets.com

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



Pubblicazioni recenti

STUDI

discipline penalistiche

- Rosa Palavera, *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, 2020
- Gianfranco Martiello, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, 2019
- Rosa Palavera, *Scienza e senso comune nel diritto penale. Il ricorso problematico a massime di esperienza circa la ricostruzione della fattispecie tipica*, 2017
- Guido Casaroli, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Alessandro Melchionda (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci ed ombre del diritto vivente*, 2015
- Kolis Summerer, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, 2013
- Giulio De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, 2012
- Giulio Paoli, *Fare l'avvocato (con l'arringa nel processo Majorana e scritti vari)* a cura di Mario Pisani, 2011
- Cristina de Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, 2010
- Gabrio Forti, Maurizio Catino, Francesco D'Alessandro, Claudia Mazzucato, Gianluca Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, 2010
- Caterina Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009
- Stefano Canestrari, Fausto Giunta, Roberto Guerrini, Tullio Padovani, *Medicina e diritto penale*, 2009
- Costanza Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, 2008

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di marzo 2020