





# Quaderno di storia del penale e della giustizia

3 / 2021



## Il castigo

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito  
contemporaneo su giustizia,  
diritto di punire e pena



## Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

3 / 2021

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-800-7 (print)

ISBN 978-88-6056-801-4 (PDF)

© 2022 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

### *Comitato di Direzione*

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Monica Stronati

### *Consiglio scientifico*

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure, Paris, France), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (FernUniversität in Hagen, Deutschland)

### *Editing*

Francesca Martello

### *Indirizzo*

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: [riviste.unimc.it/index.php/qspg](http://riviste.unimc.it/index.php/qspg)

e-mail: [luigi.lacche@unimc.it](mailto:luigi.lacche@unimc.it)

### *Editore*

eum edizioni università di macerata  
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 - 62100 Macerata; tel. (39) 733 258 6080

web: [eum.unimc.it](http://eum.unimc.it)

e-mail: [info.ceum@unimc.it](mailto:info.ceum@unimc.it)

### *Progetto grafico e impaginazione*

Carla Moreschini

I saggi contenuti in ciascun numero del *Quaderno* sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

## Sommario

### *Il castigo*

Luigi Lacchè

- 7 I paradossi del castigo

#### **Passaggi**

Umberto Curi

- 19 Verso un nuovo paradigma

Adriano Prosperi

- 25 Non uccidere, tra fede e potere

Flavia Stara

- 37 L'umano che deve rimanere. Le sfide allo spazio-tempo del castigo

Alfredo Verde

- 53 Il castigo in una prospettiva psico(socio)criminologica

#### **Antropologie e Storie del diritto penale**

Grazia Mannozi

- 73 Il "castigo": dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto

Aglaia McClintock

- 99 *Ius, paricidas, necare*. Castigo e purificazione a Roma

Pierangelo Buongiorno

- 111 Precipizio e castigo. Forme, funzioni e mitologie delle *deiectiones e saxo* in Roma antica

Ettore Dezza

- 131 Le origini della legge penale nella *Summa de maleficiis* di Bonifacio Antelmi

- Michel Porret  
141 Il male del castigo: conservare ma limitare la pena di morte nell'età dei Lumi
- Floriana Colao  
159 Percorsi della pena castigo tra attualismo penale, umanesimo penale, giustizia fascista
- Loredana Garlati  
177 Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale
- Lessico e politica del penale**
- Roberto Cornelli  
201 Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale
- Domenico Pulitanò  
217 Problema castigo e principio responsabilità
- Roberto Bartoli  
231 Castigo: vendetta o giustizia? Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo
- Ombretta Di Giovine  
253 Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali e istinti emotivi
- Andrea Francesco Tripodi  
277 L'idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee in materia di *ne bis in idem*
- 293 Abstracts
- 303 Autori

Roberto Bartoli

Castigo: vendetta o giustizia?

Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo

### *1. La distinzione tra pena e vendetta: un mito*

Se dovessimo esprimere in estrema sintesi la convinzione di fondo presente e diffusa nella nostra epoca moderna circa il rapporto che intercorre tra castigo, vendetta e giustizia, potremmo affermare che non solo il castigo differisce dalla vendetta, ma anche che mentre il castigo è giustizia, la vendetta invece non lo è.

In termini tecnico-giuridici, si potrebbe dire che mentre il nostro sistema penale attuale, nato con il formarsi e il consolidarsi nei secoli della giustizia pubblica, è un sistema di per sé “giusto”, il sistema penale precedente, che per comodità potremmo dire basato sulla giustizia privata, è invece un sistema “ingiusto”.

Insomma, il passaggio fondamentale e decisivo dal sistema penale premoderno al sistema penale moderno, tale da determinare addirittura il passaggio da un sistema “ingiusto” a uno “giusto”, sembrerebbe consistere nella transizione della violenza che sta alla base della penalità dalle mani private a quelle pubbliche.

Ci sarebbe molto da dire sulle ragioni che hanno portato all’affermazione e alla diffusione di questo modo di concepire le cose che, a nostro avviso, come vedremo, può essere considerato un vero e proprio mito. Sembra trattarsi, infatti, di ragioni “militanti”, finalisticamente pre-orientate e dirette non solo a delegittimare la vendetta per legittimare la pena, ma anche, attraverso la delegittimazione della vendetta, a scaricare su di essa proprio quelle componenti delegittimanti che in realtà appartengono anche alla stessa pena.

Da parte nostra, proveremo a compiere uno sforzo demitizzante che non servirà, ovviamente, a riabilitare la vendetta, ma piuttosto a vedere in termini più nitidi i limiti e le problematiche che caratterizzano la pena, al fine di valo-

rizzare ancora di più gli strumenti di cui oggi disponiamo per limitare quella violenza che sta alla base, oltre che della vendetta, anche della nostra pena.

In particolare, le riflessioni che andremo a svolgere si muoveranno su due fronti. Da un lato, metteremo in evidenza come questa lettura classica e tradizionale che distingue tra pena legittima e vendetta illegittima costituisca per l'appunto un vero e proprio mito. Se infatti è vero che pena e vendetta presentano indubbie differenze, tuttavia alla fin fine a prevalere sono più le affinità che le alterità, perché nell'essenza ultima vendetta e pena sono in definitiva la stessa cosa, consistendo entrambe nella reazione ad un illecito mediante l'impiego della violenza, con tutto ciò che significa e genera l'esercizio della violenza nei confronti di una persona. Insomma, di per sé considerate, pena e vendetta fanno entrambe parte, costituiscono cioè *species*, di un unico paradigma *genus* che non esitiamo a definire vendicatorio, caratterizzato dall'impiego della violenza e quindi nella sua struttura e nella sua fisiologia da rischi di abuso. Non solo, ma, come vedremo, c'è da ritenere che i rischi di abuso di questa violenza siano più consistenti là dove si impiega la pena, piuttosto che nei sistemi di vendetta e ciò perché la pena è in mano pubblica e si lega al potere politico.

Dall'altro lato, ci soffermeremo su quello che a nostro avviso costituisce la vera grande novità della modernità, vale a dire sul costituzionalismo e in particolare su ciò che potremmo definire il secondo costituzionalismo, sorto dalle ceneri dei disastri prodotti dagli autoritarismi e dai totalitarismi del secondo scorso. Ed infatti, è tale novità che permette oggi di porre limiti effettivi alla violenza e di distinguere in modo netto tra il paradigma vendicatorio, comprensivo di pena e vendetta, di per sé ingiusto, e il paradigma, sempre vendicatorio in quanto basato sulla violenza, concernente la sola pena, e che tuttavia in quanto limitabile, è riconducibile a un'idea di giustizia.

## 2. I limiti di una lettura evoluzionistica della penalità

La lettura che distingue la pena dalla vendetta e che qualifica la pena come giusta e la vendetta come ingiusta costituisce, a ben vedere, un vero e proprio mito per molteplici ragioni.

Per prima cosa è da ridimensionare una lettura evoluzionistica del diritto penale, orientata a vedere un costante progresso nel suo sviluppo storico, per cui si sarebbe passati dalle barbarie e dalle inciviltà del medioevo al progresso e all'umanità dell'illuminismo<sup>1</sup>. Una lettura siffatta è senz'altro nel giusto al-

<sup>1</sup> In argomento, v. per tutti R. Verdier, *Le système vindicatoire*, in Id. (a cura di), *La vengeance dans les sociétés extra occidentales*, Paris, Editions Cujas, 1980, vol. I, pp. 13 ss.; G. Così, *Ordine, Vendetta, pena*, in S. Berni, G. Così, *Fare giustizia. Due scritti sulla vendetta*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 66 ss.

lorquando si pensa alle trasformazioni che hanno subito alcuni caratteri della penalità, come ad esempio l'afflittività, per cui è indubbio che nel corso della storia si sia assistito a una lenta e progressiva attenuazione della violenza utilizzata come sanzione/reazione all'illecito. Molteplici fattori, dalla diffusione di culture e correnti di pensiero (si pensi anzitutto al pensiero del cristianesimo), fino alla propagazione e al consolidarsi del benessere, hanno contribuito e contribuiscono tutt'ora a ridimensionare la crudeltà della violenza. Tuttavia, al di là di questi aspetti, una lettura evoluzionistica del diritto penale necessita di alcuni correttivi, sia per quanto riguarda l'"inciviltà" premoderna, sia per quanto riguarda il "progresso" moderno.

Con riferimento alla giustizia privata, non si può fare a meno di osservare come non si debba confondere la vendetta come atto con il "sistema della vendetta" che si è venuto a concretizzare nei diversi contesti storici<sup>2</sup>. Mentre la prima può effettivamente degenerare ed eccedere, il secondo invece costituisce una realtà molto complessa e articolata che può essere considerata un vero e proprio paradigma di giustizia. Ed infatti, nelle diverse fasi storiche in cui è stata praticata, la stessa vendetta è stata uno strumento di regolazione e di controllo sociale che ha consentito di incanalare e limitare la pulsione aggressiva consentendo di raggiungere comunque un equilibrio che alla fine ha permesso il mantenimento di un sufficiente livello di pace e sopravvivenza sociale<sup>3</sup>. Insomma, non è veritiera l'immagine di una vendetta del tutto arbitraria e avulsa dalla realtà sociale, lasciata integralmente nelle mani "del privato" (vittima o gruppo parentale), mentre è veritiera l'immagine di una vendetta esercitata in un contesto di approvazione e ritualizzazione sociale destinate a condizionarla in termini di contenimento.

In secondo luogo, la giustizia privata è stata un qualcosa di enormemente più complesso. Da un lato, spesso non è stata giustizia interamente e totalmente privata, ma anche giustizia contaminata a volte addirittura da un controllo alla fin fine pubblico e istituzionalizzato<sup>4</sup>. Dall'altro lato, la giustizia privata è stata un qualcosa di più complesso della mera vendetta, in quanto, non è stata soltanto vendetta, ma è stata anche, e forse ancor prima, l'esatto contrario, e cioè pacificazione, compensazione, composizione, riconciliazione, addirittura perdono<sup>5</sup>. Una chiara sintesi della complessità di questa realtà si ritrova in questo passo magistrale di Mario Sbriccoli:

<sup>2</sup> Così F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 129.

<sup>3</sup> V. sul punto i contributi pubblicati in P. Di Lucia, L. Mancini (a cura di), *La giustizia vendicataria*, Pisa, Edizioni ETS, 2015 e in P. Di Lucia, R. Mazzola (a cura di), *Vindicta*, Milano, LED, 2019.

<sup>4</sup> E. Cantarella, "Senza vendetta nella sala morrete" (*Odissea*, 2, 145), in Di Lucia, Mancini (a cura di), *La giustizia vendicataria*, cit., pp. 163 ss.

<sup>5</sup> Cfr. ampiamente I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, Madrid, CSIC, 2008; N.D. Fustel De Coulanges, *La composizione*, in Di Lucia, Mancini (a cura di), *La giustizia vendicataria*, cit., pp. 57 ss.; I. Terradas Saborit, *La vendetta nell'ordinamento vendicatario*, ivi, pp. 125 ss.

la giustizia negoziata ha le sue origini nel penale “privato” della prima fase cittadina, quello rimesso all’iniziativa della vittima, che aveva come fine il risarcimento (o meglio, la soddisfazione, dell’offeso), tanto da ricomprendere tra le sue forme ammesse ed accettate (e quindi ordinarie) anche la ritorsione da un lato o la composizione irrituale dall’altro [...]. Composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti, insieme a ritualità penitenziali o soddisfatorie, sono gli strumenti usuali della giustizia penale negoziata, in un sistema che vede i poteri pubblici come espressione di equilibri comunitari, e non alla stregua di delegati di una forma statale che a quegli equilibri si sovrappone. Composizioni, transazioni e paci [...] fanno riposare il loro carattere di giustizia sull’elemento della riparazione, condizione della riconciliazione e si caratterizzano per due linee modali: la linea che va dalla costrizione fino alla penitenza e al perdono, e quella che segue la logica della punizione, retribuzione, espiazione<sup>6</sup>.

Non solo, andando ancora più a fondo, preso atto che la giustizia privata si componeva di vendetta/ritorsione e di riconciliazione, si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che la vendetta risultava spesso l’*ultima ratio*, lo strumento di chiusura del sistema, mentre, anche in virtù della pressione esercitata dalla possibile esecuzione della vendetta, ciò che assumeva rilevanza principale era la negoziazione i cui esiti potevano essere i più vari<sup>7</sup>. Ma se le cose stanno in questi termini, non solo la giustizia privata costituiva per certi aspetti la regola, mentre quella pubblica era l’eccezione, ma all’interno della giustizia privata, la regola era la composizione mentre l’eccezione finiva per essere la vendetta. Avremo modo di ritornare su questo punto.

Per quanto riguarda il progresso moderno, è indubbio che l’illuminismo abbia segnato una vera e propria cesura nella storia della penalità, concorrendo ad elaborare quello che potremmo definire il primo costituzionalismo, vale a dire la razionalizzazione e la forgiatura di quei diritti e di quei principi che stanno alla base della limitazione della violenza. D’altra parte, l’illuminismo non solo si colloca su una linea di sostanziale continuità con il passato, ma soprattutto concorre inconsapevolmente alla creazione di quei presupposti che contribuiranno all’affermazione degli autoritarismi e dei totalitarismi, vale a dire a un esercizio spropositato della violenza.

Ed infatti, l’illuminismo e la modernità non spezzano la doppia valenza della violenza come veleno e come farmaco, ma piuttosto mantengono e riadattano strutture dicotomiche e dispositivi di esclusione e separazione, se non addirittura di annientamento, già operanti nell’antichità<sup>8</sup>: si pensi alla dicotomia normalità/eccezione, alla doppia legalità, alla logica espulsiva che ca-

<sup>6</sup> 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*, Bologna-Berlin, il Mulino, 2001, p. 357.

<sup>7</sup> Fustel De Coulanges, *La composizione*, cit., pp. 57 ss.; Terradas Saborit, *La vendetta nell’ordinamento vendicatorio*, cit., pp. 132 ss.

<sup>8</sup> P. Costa, *La modernità penale tra secolarizzazione e permanenza del sacro*, in S. Canestrari, L. Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, BUP, 2009, pp. 101 ss.

ratterizza anche il carcere, ai paradigmi punizione/prevenzione. Non solo, ma all'interno di una visione sempre più potenziante il ruolo monopolistico dello Stato, risale proprio alla fase illuministica l'eliminazione di qualsiasi spazio per una giustizia "a due", sempre più vista come espressione di trattamenti arbitrari o addirittura di privilegi che si ponevano in contrasto con il principio di eguaglianza. Con la conseguenza che nel momento in cui la giustizia penale si fa sempre più statale, tende a farsi anche sempre più rigida e assoluta. Anzi, è proprio l'eguaglianza formale davanti alla legge che finisce per contribuire a delineare una logica di inderogabilità che sul piano della penalità significa indefettibilità della pena.

Ma soprattutto il grande limite dell'illuminismo è l'idea che i principi sostanziali e i diritti che dovrebbero limitare la violenza possano essere garantiti mediante la legge ovvero la democrazia: insomma, a ben vedere, il grande limite dell'illuminismo finisce per essere proprio il suo grande cavallo di battaglia a favore delle garanzie, vale a dire la legalità connessa alla democrazia. A ben vedere, infatti, l'elaborazione illuministica delle garanzie si articola su due fronti, uno sostanziale e uno formale: al fronte sostanziale appartengono i principi come l'umanità della pena, la dannosità sociale, la proporzione etc.; al fronte formale appartiene invece la legalità. Ebbene, è soprattutto quest'ultimo principio che è destinato a condizionare tutta la vicenda successiva del diritto penale, portando in sé una contraddizione che alla fine non potrà che esplodere<sup>9</sup>. Se, infatti, da un lato, la legalità appare come il grande strumento garantista, capace di tutelare i principi e i diritti del singolo in virtù del fatto che il legislatore democraticamente eletto dal popolo non potrà mai operare a danno del popolo che lo legittima, dall'altro lato, però, la legalità, espressiva soltanto della democrazia, si rivelerà del tutto incapace di limitare il potere punitivo così configurato, per la semplice ragione che la democrazia è *voluntas*, non *ratio*. Detto diversamente, i limiti alla violenza del diritto penale, vale a dire la *ratio*, sono collocati attraverso la democrazia nelle stesse mani della politica che utilizza la violenza, con l'effetto finale che tali limiti non potranno alcun argine, perché là dove è presente la politica, la *voluntas* tende fisiologicamente a prevalere sulla *ratio*. Insomma, la democrazia e quindi la legalità di per sé non sono in grado di limitare il potere politico che si avvale del potere punitivo, perché democrazia e legalità di per sé sono esse stesse potere politico.

<sup>9</sup> M. Fioravanti, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in Id., *La costituzione democratica*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 241 ss.

### 3. *Ridimensionamento delle alterità tra vendetta e pena*

La distinzione tra pena e vendetta si rivela una mito anche in ordine alle differenze che di solito vengono evidenziate per affermare l'illegittimità della vendetta e la contestuale legittimità della pena<sup>10</sup>. Ed infatti alcuni limiti della giustizia privata appartengono in realtà anche a quella pubblica, così come i pregi della giustizia pubblica caratterizzano anche la privata.

In particolare, posto che vendetta e pena tenderebbero entrambe alla sproporzione, si è soliti ritenere che la vendetta sarebbe maggiormente attratta dagli eccessi reattivi perché la "vicenda" sarebbe "a due", come tale insuscettibile di un controllo esterno, mentre la pena conoscerebbe una fisiologica limitazione in virtù della presenza di un terzo che proprio grazie alla sua posizione di estraneità al fatto ed equidistanza tra i protagonisti della vicenda criminosa non travalicherebbe i limiti<sup>11</sup>. Inoltre, di enorme rilievo è il fatto che il sistema vendetta non conoscerebbe una chiusura che invece sarebbe tipica della pena<sup>12</sup>. Essendo esercitata in assenza di un controllo esterno rispetto ai protagonisti del conflitto, proprio dal momento che tende alla sproporzione, la vendetta tende anche a una spirale di violenza: davanti a una reazione sproporzionata, e quindi ingiusta, è del tutto naturale reagire – per così dire – in propria difesa, ma così facendo la giustizia privata produrrebbe addirittura un'*escalation* di violenza destinata a incrementare progressivamente, potendo condurre addirittura al dissolvimento di una comunità. Diversamente, il carattere giusto della giustizia pubblica deriverebbe proprio dal fatto che nel momento in cui la violenza è sottratta dalle mani private per essere concentrata in quelle pubbliche, la giustizia risulta non solo proporzionata, ma anche capace di impedire quella ritorsione inarrestabile tipica della vendetta, determinando così uno spegnimento della violenza e quindi una chiusura del sistema, con conseguente sicura pacificazione.

Ebbene, non c'è alcun dubbio che il monopolio della forza pubblica determini una maggiore efficacia nella gestione della violenza e quindi maggiore stabilità, e questo costituisce senz'altro un enorme progresso della penalità. D'altra parte, come abbiamo già accennato, anche la giustizia privata ha comunque storicamente operato come sistema che nel complesso garantiva stabilità e pace sociale.

<sup>10</sup> U. Curi, *Il colore dell'inferno, La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, pp. 170 ss. e, in particolare, pp. 189 ss.

<sup>11</sup> P. Ricoeur, *Giustizia e vendetta*, in Id., *Il Giusto*, vol. II, Torino, Effatà Editrice, 2007, pp. 264 ss.

<sup>12</sup> R. Girard, *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi, 2005, pp. 38 ss.; C.E. Paliero, *Il sogno di Clitemestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2018, p. 135.

Inoltre, secondo una lettura che può apparire paradossale, ma che in realtà non fa altro che trarre con coerenza tutte le conclusioni derivanti dalle premesse che identificano nella sostanza la vendetta con l'uso della violenza, proprio il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale si può considerare pienamente conforme al principio di vendetta:

invece di sforzarsi d'impedire la vendetta, di moderarla, di eluderla, o di deviarla su di uno scopo secondario, come tutti i procedimenti propriamente religiosi, il sistema giudiziario razionalizza la vendetta, riesce a suddividerla e a limitarla come meglio crede<sup>13</sup>.

Ma soprattutto si deve osservare come la stessa giustizia pubblica si sia manifestata non soltanto in forme sproporzionate, ma addirittura in termini di autentica *escalation* orientata ad annientare una parte della popolazione: si pensi al diritto penale autoritario e totalitario. Ed infatti, per leggere correttamente cosa ha significato e possa significare l'esercizio della forza pubblica non si può fare a meno di concentrarsi sulla circostanza che per secoli la violenza in mano pubblica ha significato la violenza in mano al potere politico che di volta in volta la esercitava e quindi un uso strumentale e spesso senza limiti perché senza alcun controllo della violenza per finalità politiche. Già nel suo manifestarsi ad esempio nei Comuni italiani la violenza in mani pubblica diviene immediatamente nella sostanza strumento di persecuzione dell'avversario politico<sup>14</sup>.

Ed ancora, anche di recente, si è messo in evidenza come la vendetta tenda a una reazione che non si dirige necessariamente nei confronti dell'autore del torto, potendosi orientare anche nei confronti di un terzo che alla fin fine diviene una sorta di capro espiatorio. Insomma, punto di riferimento della vendetta non sarebbe il singolo, ma la famiglia, con la conseguenza che la violenza si appunta sulla famiglia e quindi su qualsiasi membro della famiglia, anche se si tratta di soggetto estraneo alla dinamica dell'illecito. Diversamente, la giustizia pubblica si dirigerebbe necessariamente nei confronti del singolo. La giustizia pubblica si legherebbe a una visione che si fonda sulla personalità della responsabilità penale<sup>15</sup>.

Ebbene, anche questo assunto merita approfondimento. È senz'altro vero, infatti, che la vendetta possa assumere sia una forma diretta che una forma indiretta e che la forma indiretta appartenga strutturalmente alla logica della vendetta, soprattutto quando si configura come "vendetta di sangue". D'altra parte, è altrettanto vero che la forma indiretta di vendetta opera soprattutto all'interno dei sistemi primordiali o comunque di quelle realtà sociali in cui

<sup>13</sup> Girard, *La violenza e il sacro*, cit., p. 41.

<sup>14</sup> A. Zorzi, *Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in Bellabarba, Schwerhoff, Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., pp. 13 ss.

<sup>15</sup> Paliero, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, cit., pp. 136 s.

il ruolo della famiglia svolge una funzione davvero significativa, mentre la vendetta diretta appartiene ai sistemi più evoluti. Inoltre, non dobbiamo confondere il sistema di vendetta con le faide che divengono vere e proprie guerre di sterminio tra fazioni, nella sostanza assimilabili alle guerre civili presenti anche nei contesti pubblici.

Ma soprattutto, ancora una volta, non si può fare a meno di osservare come anche la giustizia pubblica tenda strutturalmente a punire a prescindere dalla responsabilità. Sul punto non importa andare a scomodare i sistemi penali degli Stati autoritari, potendosi osservare come la violazione “sistematica” di un tale principio sia presente anche nelle stesse realtà democratiche. Così, ad esempio nella lotta a fenomeni criminosi che di volta in volta si ritengono particolarmente insidiosi, come ad esempio la mafia, il terrorismo, la corruzione, la pedopornografia e più di recente la violenza di genere, il diritto penale finisce per ispirarsi a una logica prettamente nemicale, che non solo annienta il soggetto sul quale si scarica, ma l’anticipazione della tutela risulta così avanzata che la risposta punitiva finisce per colpire anche soggetti che sono nella sostanza estranei alle reali dinamiche offensive<sup>16</sup>. Senza considerare poi gli strumenti preventivi come le misure di sicurezza e quelle di prevenzione, tipici, per non dire esclusivi, dei sistemi pubblici e del tutto estranei ai sistemi di vendetta.

Una terza differenza si scorgerebbe infine nella circostanza che vi sarebbe una sorta di inaccettabilità etica nel farsi giustizia da sé: la reazione all’illecito non può consistere nell’impiego della violenza da parte dello stesso soggetto che ha subito la violenza. Diversamente grazie al terzo, la gestione della violenza pubblica consente di creare quella distanza in cui si realizzerebbe anche la misura etica<sup>17</sup>.

D’altra parte, è proprio sul piano etico che ci dobbiamo chiedere cosa ci sarebbe di diverso tra l’esercizio della violenza da parte della stessa vittima e l’esercizio della violenza da parte di chi non ha subito violenza: davvero attraverso la legittimazione della figura del boia tutti i problemi etici di legittimità si possono considerare risolti? Così come, sempre sul piano etico, ci dobbiamo interrogare se sia accettabile che la gestione diretta della violenza venga in definitiva scaricata soltanto su alcuni soggetti della società (si pensi oggi alla polizia penitenziaria). A ben vedere, infatti, il problema etico non viene superato, ma occultato, in quanto la violenza finisce per essere organizzata, burocraticizzata, parcellizzata, suddivisa tra molteplici poteri e soggetti, ma la violenza non cambia e il problema resta, perché alla fine si arriverà sempre a un momento in cui la violenza sarà scaricata sul soggetto che ne è destinatario con “la stessa violenza” che caratterizza l’esercizio diretto della violenza.

<sup>16</sup> V. i contributi pubblicati nello speciale *Il diritto penale “dei nemici”. Verso un nuovo diritto penale dell’autore?*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2020, pp. 701 ss.

<sup>17</sup> P. Ricoeur, *Il diritto di punire*, Brescia, Morcelliana, 2012, pp. 74 ss.

Certo, parlamentari e magistrati ritengono di non esercitare alcuna violenza, ma invece nell'approvare leggi e nell'irrogare condanne la stanno esercitando: indirettamente, ma la stanno esercitando. Il fenomeno è simile a quello che si è verificato per la pena di morte: al fine di attenuare quanto c'è di "violento" nella violenza, si è provveduto a tecnologizzare, medicalizzare, occultare, distanziare, provando a celare il carattere truce ed abissale presente in ogni esercizio della violenza, ma che nella sostanza rimane.

#### 4. *Valorizzazione delle affinità tra vendetta e pena*

A nostro avviso, non solo sono da ridimensionare le alterità tra pena e vendetta, ma le affinità risultano assai consistenti. Si pensi alla dimensione dell'illecito che sta alla base della reazione violenta. Non possiamo addentrarci qui sulla straordinaria e "affascinante" corrispondenza che intercorre tra l'impiego delle sanzioni afflittive e la formulazione dell'illecito "afflittivo" mediante quella tecnica del tutto particolare costituita dalla tipicità, vale a dire dalla descrizione analitica dei fatti, capace di esprimere il "disvalore" del fatto. Vero è che, a ben vedere, l'illecito "afflittivo", proprio perché connesso ad una reazione violenta, esprime sempre in sé non soltanto un valore tutelato, ma anche una dimensione di imponderabile che nel tempo viene definito e concepito in modo diverso, ma che nella sua essenza si aggiunge costantemente all'offesa – per così dire – concreta, travalicandola: che nei sistemi di vendetta si parli di risentimento o di onore oppure, nei sistemi di pena, si parli di lesa maestà, disvalore/valore o male criminale, punto centrale resta questo imponderabile, questo *quid pluris* nella sostanza irrazionale e non razionalizzabile, che alla fin fine è proprio ciò che giustifica il passaggio – per così dire – da un illecito meramente risarcibile a un illecito punitivo, da una sanzione che si concentra sull'illecito a una sanzione che invece coinvolge la persona. Da questa prospettiva si potrebbe dire che in termini di gravità disvaloriale la vendetta di sangue finisce per essere simile alla "lesa maestà", mentre là dove la tutela del valore si "relativizza" la stessa afflittività si attenua, ma "disvalore" e afflittività non scompaiono mai.

Ed ancora, a ben vedere, entrambi i sistemi, sia quello di vendetta privata che di pena pubblica, si caratterizzano per il fatto che, in concreto, quando si tratta di passare – per così dire – dalle parole ai fatti, dalla comminatoria alla irrogazione/esecuzione, tendono sempre a un temperamento della violenza. Ed infatti, entrambi i sistemi sono congegnati in modo tale da dare spazio a istituti che nella sostanza consistono in risposte "sanzionatorie" alternative diverse dall'esercizio della violenza. Insomma, come nella vendetta privata prima si colloca il tentativo di riparazione, così nella pena, rispetto ad alcuni fatti di minor disvalore, non si esita ad attribuire rilevanza a condotte *lato sensu* riparatorie.

Ecco che, a conclusione, non possiamo non cogliere affinità strutturali da tutti riconosciute e condivise. Vendetta e pena si fondano infatti sulla violenza, vale a dire sulla reazione a un illecito attraverso l'esercizio della violenza. Si potrebbe dire che vendetta e pena si basano su un coinvolgimento personalistico nella dinamica sanzionatoria determinato proprio dall'impiego della violenza. Così come c'è un coinvolgimento penalistico nella dinamica offensiva, alla stessa stregua si viene a creare un coinvolgimento personalistico nella dinamica sanzionatoria.

In secondo luogo, entrambe implicano una necessarietà finalizzata alla stabilità sociale<sup>18</sup>. Necessarietà da intendersi in un duplice senso. Da un lato, nel momento in cui viene commesso il fatto, ad esso si deve rispondere attraverso la reazione, poiché diversamente lo stesso sistema finirebbe per delegittimarsi. Dall'altro lato, come vedremo, non sarebbe possibile fare a meno della stessa minaccia della risposta violenta, per la semplice ragione che nella tutela e nella promozione dei valori non si potrebbe mai utilizzare una norma che abbia il seguente tenore: "chiunque cagiona la morte di un uomo non è punito". Torneremo su questo aspetto che sta alla base anche del nostro sistema costituzionalizzato.

Infine, vendetta e pena ovvero sistemi di giustizia privata e pubblica si basano sempre su una dicotomia fatta di macchia e purezza, buoni e cattivi, inclusi ed esclusi, amici e nemici. In entrambe le prospettive, continua ad esprimersi l'idea secondo cui chi compie un fatto illecito non appartiene alla società, ha rotto un patto, si è macchiato di una colpa, e quindi proprio perché ha rotto il patto e si è macchiato di una colpa, per non contaminare la società deve essere espulso. Insomma, alla fin fine non si può non scorgere una identità tra il miasma di Edipo e quello dei carcerati, con la differenza che oggi il sistema del carcere serve anche a illudere della propria "bontà" la maggioranza che ne resta fuori. E soltanto se si prende consapevolezza di ciò, si comprende la perdurante fascinazione della pena di morte, vigente in moltissimi paesi ancora nel secondo dopoguerra e anche oggi tutt'altro che scomparsa.

##### *5. I maggiori rischi di abuso della pena rispetto alla vendetta*

A ben vedere, se delle differenze si possono scorgere, queste sono nel senso di dover guardare con ancora più sospetto alla giustizia pubblica in quanto particolarmente capace di eccessi di violenza, e ancor più interesse alla giustizia privata per i suoi risvolti mitiganti la violenza.

Per quanto riguarda la giustizia pubblica, anzitutto dobbiamo evidenziare come molto spesso essa abbia in sé molti più rischi di abuso di quella privata.

<sup>18</sup> Paliero, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, cit., pp. 137 s.

Potremmo dire che l'*hybris* punitiva appartenga più alla giustizia pubblica che alla privata. Ed infatti, è proprio la saldatura che si viene a creare tra violenza e politica che induce a un utilizzo sproporzionato della violenza. Insomma, nella giustizia pubblica, la politica tende ad esaurire il diritto in uno strumento di attuazione della *voluntas* orientata a perseguire determinati obiettivi e poiché ciò che interessa è il raggiungimento degli obiettivi, anche con qualsiasi mezzo, è del tutto naturale che si venga a configurare un diritto penale senza limiti, espressivo quindi di una violenza illimitata. Senza considerare che, com'è ben noto, coloro che gestiscono la violenza "pubblica" finiscono per nascondersi negli apparati organizzativi e per deresponsabilizzarsi, mentre i vertici politici (come anche giudiziari) dispongono della violenza dalla distanza, senza mai toccarla direttamente, come se non ne facessero uso.

In secondo luogo, si deve riconoscere che un'assolutizzazione della tutela si verifica più quando la violenza è in mano pubblica/istituzionale che in mano privata. Poiché nel contesto pubblico il potere punitivo è collocato nelle mani politiche e poiché la politica persegue scopi di tutela, è del tutto fisiologico che si venga a creare un fenomeno di tirannia dei valori che determina una assolutizzazione della tutela e quindi eccessi.

Inoltre, ancora una volta non ci possiamo dimenticare che la tortura, in tutte le sue forme (confessoria, punitiva, intimidatrice o discriminatoria), vale a dire quanto di più violento sia mai esistito, sia stata lo strumento utilizzato soprattutto dal pubblico e da assetti di potere istituzionalizzati, più che nei sistemi di vendetta. Ancor più a fondo l'istituzione pubblica "laica" ha finito per impadronirsi degli strumenti inquisitori propri dell'istituzione ecclesiastica che nell'esercizio della sua temporalità si è rivelata decisamente totale.

Forse potremmo dire di più: la secolarizzazione che rompe il legame tra potere e metafisica, ha in realtà il suo rovescio nella teologia politica, con la conseguenza che quella assolutizzazione derivante dal legame tra potere e dio si replica anche nel legame tra potere e sovrano e poi tra potere e popolo, senza che nella realtà nulla si modifichi, se non la circostanza che con il venir meno dell'idea di dio viene meno anche l'idea di un limite quanto meno nella sua possibilità.

Infine, sembra essere proprio quello pubblico il sistema che meglio realizza la logica della violenza. Se da un lato infatti pacifica la società evitando *escalation*, dall'altro lato, si abbatte sul reo con una forza e un'autorità talmente massicce che non è possibile alcuna risposta di sorta:

il sistema giudiziario non sopprime la vendetta: la limita effettivamente a una rappresaglia unica il cui esercizio è affidato a un'autorità suprema specializzata nel suo campo. Le decisioni dell'autorità giudiziaria s'impongono sempre come l'*ultima parola* della vendetta<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Girard, *La violenza e il sacro*, cit., p. 32, il quale continua sul punto: «i primitivi si sforzano di rompere la simmetria delle rappresaglie al livello della forma. Contrariamente a noi, essi percepiscono benissimo la ripetizione dell'identico e tentano di porvi fine con qualcosa di differente. I moderni,

Potremmo dire che la pacificazione è possibile proprio grazie al carattere assoluto della violenza.

Per quanto riguarda la giustizia privata, è tale forma di giustizia che apre con più vigore alle alternative alla violenza rispetto a quella pubblica, non solo perché attribuisce rilevanza a comportamenti sanzionatori riparatori, ma anche perché addirittura supera la stessa componente sanzionatoria violenta. Ed infatti, anzitutto, nella giustizia privata le alternative alla violenza tendono ad essere la regola mentre l'esercizio della violenza costituisce l'eccezione. In secondo luogo, queste alternative possono assumere una consistenza diversa, potendo andare dalla riparazione fino a ciò che oggi chiameremmo giustizia riparativa, per cui l'esito della trattativa finisce per essere la riconciliazione, la composizione, l'incontro. Diversamente, nell'ambito della giustizia pubblica, non solo le alternative sono meno diffuse, ma non giungono mai a dare spazio ad una giustizia a due. Ed è proprio per questo che merita grandissimo interesse e attenzione la riforma c.d. Cartabia che prevede di inserire la giustizia riparativa all'interno del nostro sistema penale: si tratterebbe di una vera rivoluzione.

#### 6. *Necessarietà e legittimità del sistema vendicatorio*

Se quanto abbiamo detto fin qui ha una sua plausibilità, si deve fare a meno del sistema vendicatorio, sia esso in mano privata oppure pubblica?

No, non se ne può fare a meno<sup>20</sup>. Ed infatti, la stessa dimensione sociale impone che la violazione di regole di comportamento talmente significative da stare alla base della pace sociale sia, quanto meno in astratto, punita. Insomma, in contesti sociali, il precetto si rivolge necessariamente alla generalità dei consociati e questo messaggio generale non può che essere accompagnato da sanzioni. Come già detto, non è immaginabile un precetto che suoni: “chiunque cagiona la morte di un uomo non è punito” ovvero “sarà perdonato”. Forse con qualche forzatura, ma al fine di spiegare al meglio la nostra idea, lo stesso messaggio evangelico, che si pone decisamente come sistema “completamente altro” rispetto a quello del valore e della violenza, predicando amore e perdono, viene non per abolire la legge, ma per darne pieno compimento<sup>21</sup>.

invece, non hanno paura della reciprocità violenta. È questa a strutturare ogni punizione legale. L'aspetto schiacciante dell'intervento giudiziario impedisce ad essa di essere solo un primo passo nel circolo vizioso delle rappresaglie» (p. 47).

<sup>20</sup> V. D. Pulitanò, *Responsabilità, osservanza, castigo*, «Sistema penale», 9 giugno 2021.

<sup>21</sup> In argomento, sia consentito rinviare a R. Bartoli, *Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2013, pp. 101 ss.

Non solo, ma sempre in virtù del particolare legame che intercorre tra penalità e potere politico, si deve osservare come sia proprio la giustizia pubblica che meglio consente di produrre un effetto di prevenzione generale, perché se è vero che la democrazia non è in grado di porre limiti alla penalità, tuttavia la democrazia è in grado di orientare la penalità secondo le esigenze di tutela che si pongono di volta in volta. Non potendosi non evidenziare, come, però, ancora sia ben possibile che le esigenze siano del tutto apparenti o meramente simboliche.

Ecco che a noi preme sottolineare soprattutto un altro aspetto, e cioè che non solo non si può fare a meno del “sistema vendicatorio”, ma che oggi esso risulta legittimo grazie a ciò che costituisce a nostro avviso la grande novità della modernità, e cioè il costituzionalismo.

Ed infatti, a noi pare che il vero punto di svolta della modernità nella concezione della penalità si possa cogliere non tanto nel passaggio della violenza dalle mani private, o comunque della società, a quelle pubbliche istituzionalizzate, ma nel passaggio da una violenza, fosse essa privata o pubblica, potenzialmente illimitata, non controllabile, a una violenza che invece oggi, mediante il costituzionalismo, risulta limitata e controllabile. Dovendosi precisare fin d'ora che il formarsi del moderno costituzionalismo non è stato un passaggio istantaneo, ma l'esito di un lungo percorso sviluppatosi per almeno due secoli, potendosi addirittura distinguere, come già accennato, tra il primo costituzionalismo del Settecento e il secondo del Novecento, sviluppo che in realtà si sta ancora compiendo.

In particolare, è con il pieno affermarsi della giustizia pubblica che si genera il primo costituzionalismo, caratterizzato da una fondamentale elaborazione “teorica” dei limiti, che tuttavia restano in buona parte sulla carta, anche perché connessi a un meccanismo di tutela, la legalità, che non solo è privo di effettività, ma anche addirittura potenzialmente lesivo di ciò che dovrebbe tutelare. Ed infatti, questo primo costituzionalismo se, da un lato, esprime quelle istanze di garanzia il cui rispetto renderebbe il diritto penale legittimo, dall'altro lato, non è in grado di produrre autentici strumenti giuridici di controllo, anche perché l'illuminismo ha tra i suoi bersagli principali la giurisdizione, vale a dire proprio quel potere che è in grado di limitare il potere politico. Con la conseguenza che, identificando la garanzia con la legalità, il primo costituzionalismo ha in sé addirittura i germi che porteranno alla catastrofe e cioè la connessione tra diritto penale e democrazia/politica.

È il secondo costituzionalismo, quello che nasce dalle ceneri della seconda guerra mondiale, che determina l'autentica svolta e che fa del nostro sistema penale un sistema legittimo, in quanto sottoposto a limiti effettivi essendo controllabile mediante la giurisdizione.

### 7. *L'autentica svolta nella storia della penalità: il costituzionalismo*

Non possiamo soffermarci in questa sede sull'attuale concetto di costituzionalismo. Tuttavia, mi sia consentito tratteggiare in estrema sintesi alcuni caratteri fondamentali, utili al nostro discorso in tema di castigo, vendetta e giustizia, caratteri che possono essere distinti in generali e in strettamente penalistici.

Sotto il profilo generale, il primo carattere al quale dobbiamo accennare è senz'altro la Costituzione rigida accompagnata dal meccanismo di controllo di legittimità delle leggi e la Convenzione EDU accompagnata dall'attività della Corte EDU: forse la vera e propria rivoluzione. Circa il costituzionalismo nazionale, non può essere ridimensionato osservando che alla legalità legale si è aggiunta la legalità costituzionale, perché non solo nella legalità costituzionale si radica – per così dire – la legittimità della legalità legale, ma soprattutto la legalità legale finisce per essere giustiziabile attraverso la Corte costituzionale e il ruolo fondamentale della giurisdizione ordinaria di sollevare la questione di legittimità costituzionale. Circa il costituzionalismo europeo, esso completa quello nazionale, perché il controllo, attivato dalla persona che ha subito la violazione, oltre a vertere sul concreto esercizio del potere, si estende a tutti i poteri statali, compresa la giurisdizione.

In secondo luogo, di estremo rilievo è la qualità delle norme collocate al vertice della scala delle fonti, vale a dire non solo i diritti, ma anche i principi. A ben vedere, infatti, la caratteristica ultima di queste norme non sta soltanto nel modo sintetico in cui sono formulate, ma soprattutto nel destinatario: se infatti le regole, senz'altro dettagliate, si dirigono nei confronti dei consociati, i principi, espressi con formule sintetiche, si dirigono nei confronti di coloro che esercitano i poteri.

In terzo luogo, non possiamo non fare riferimento all'eguaglianza, la quale, oltre ad essere arricchita della dimensione sostanziale che nel valorizzare la concretezza è destinata a potenziare il personalismo, diviene un principio fondamentale soprattutto per il giudizio di costituzionalità basato sulla ragionevolezza, perché, se, da un lato, si spinge a sindacare le scelte della politica, dall'altro lato, grazie alla sua struttura triadica, mantiene quel carattere giuridico che consente alla Corte costituzionale di non sconfinare mai nella *voluntas* politica e quindi di assumere il ruolo di autentica custode della Costituzione.

Per quanto riguarda la dimensione penalistica, il primo pilastro è costituito dalla legalità e quindi nella sostanza dal potere punitivo concentrato nelle mani pubbliche, ma ciò non solo e non tanto per ragioni di democrazia, quanto piuttosto perché è proprio la legge la fonte che risulta suscettibile di un controllo di legittimità costituzionale. Con conseguenze relevantissime sul modo di configurare la stessa legalità, che se, da un lato, non può più essere conce-

pita in termini legalistici, come dominio del legislatore sul giudice, dall'altro lato, però, non può essere concepita nemmeno in termini giurisprudenziali, come dominio del giudice sul legislatore, stagliandosi piuttosto una legale che potremmo definire costituzionale, per cui, nel momento in cui la legge risulta conforme alla Costituzione, il giudice, senza abdicare all'ermeneutica e alla teleologia, non può non attenersi ai vincoli provenienti dal tipo legale.

In secondo luogo, centrale diviene il divieto della pena di morte, perché è proprio nell'era del costituzionalismo che esso assume una valenza del tutto peculiare, significando nella sostanza un passaggio dal quale non potrà esserci ritorno, soprattutto se tale divieto, letto in connessione con la dignità umana, viene concepito come un principio supremo immodificabile anche attraverso una legge di revisione costituzionale. Non solo, ma tale divieto ha risvolti e significati ulteriori, a cominciare dal fatto che pone fine a una logica di necessaria corrispondenza del male con il male ovvero pone fine alla millenaria legge del taglione. Insomma, nel momento in cui si sancisce il divieto di pena di morte, e cioè che alla morte non può corrispondere la morte, si sancisce anche che la reazione violenta pubblica all'illecito non può mai eguagliare la violenza che sta alla base dell'illecito che si punisce ovvero che la risposta della violenza pubblica risulta proporzionata nel momento in cui risulta inferiore rispetto all'offesa arrecata mediante l'illecito. Proprio perché si muove dalla consapevolezza che lo Stato usa la violenza, da un lato, lo stesso Stato può essere autore di illeciti nel momento in cui esercita la violenza in modo illegittimo, dall'altro lato, la violenza è legittima nel momento in cui è esercitata entro determinati limiti anzitutto costituzionali.

In terzo luogo, sulla stessa scia, risultano rivoluzionari il divieto di tortura e l'obbligo di incriminazione della sua violazione, nonché il divieto di trattamenti disumani e degradanti. Questi divieti si apprezzano soprattutto se del costituzionalismo si valorizza non tanto la dimensione costituzionale nazionale, ma quella europea, visto che lo stesso Stato si può rendere autore di illeciti nel momento in cui esercita la forza in modo abusivo.

Ed ancora, si consideri il personalismo, combinato con il principio di eguaglianza, destinato a modificare nel profondo l'essenza della penalità. Da esso infatti scaturiscono con una forza propulsiva straordinaria la personalità della responsabilità penale, la rieducazione e la proporzione. Posto che la pena coinvolge la persona del reo, lo stesso illecito e gli stessi contenuti della pena devono coinvolgere autenticamente la persona del reo. Ecco che la personalità della responsabilità penale ridefinisce i rapporti tra saperi scientifici e diritto in termini tali che il diritto non può che mutuare dalla scienza. Il principio di rieducazione porta alla individualizzazione del trattamento sanzionatorio e quindi a spezzare l'indefettibilità della pena: è grazie all'asse personalismo/eguaglianza/rieducazione che si prende consapevolezza della possibilità di

scindere tra la minaccia della pena in fase di comminatoria, dove la pena svolge il ruolo indefettibile di identificare l'illecito penale, e la gestione concreta della penalità nel momento in cui entra in gioco il soggetto in carne ed ossa, dove proprio l'incrocio con lo sguardo del reo e la vista del suo volto impongono di individualizzare la risposta sanzionatoria. Non solo, ma la rieducazione finisce addirittura per intaccare la logica espulsiva che contraddistingue il diritto penale, imponendo che non si spezzi mai una relazione tra reo e società. Infine, la proporzione sia estrinseca che intrinseca concretizza quella misura che sta alla base di qualsiasi trattamento che si possa definire "umano".

Ecco che la forza del costituzionalismo sta nella perfetta combinazione dei meccanismi di controllo costituiti dalla Costituzione rigida e dal controllo di legittimità costituzionale, da un lato, e dalla Convenzione e la Corte europee, dall'altro lato, con i principi sostanziali già elaborati nel primo costituzionalismo ma che adesso trovano la loro effettività. Ed è attraverso il costituzionalismo che si è passati da un paradigma vendicativo, sia esso pubblico oppure privato, illimitato, e quindi come tale ingiusto, a un paradigma vendicativo pubblico limitato e quindi legittimo.

Ma potremmo dire molto di più. Abbiamo accennato alla circostanza che sta per essere introdotta nel nostro sistema penale la giustizia riparativa. Ebbene, c'è da ritenere che anche questa autentica rivoluzione sia il frutto del moderno costituzionalismo. Si pensi al ruolo che la stessa Corte europea ha avuto nel valorizzare il ruolo della vittima dell'illecito: la vittima non è portatrice soltanto di sete di vendetta, ma di sete di giustizia e di sete di riconoscimento, e come ciò vale per il rapporto che intercorre tra vittima e autore identificabile con lo Stato, vale anche per il rapporto tra vittima e autore "privato". Inoltre, lo stesso personalismo che opera nei confronti dell'autore dell'illecito può essere impiegato anche nei confronti della vittima: ecco che in questa prospettiva la vittima subisce l'offesa reale e concreta di un proprio interesse, la cui riparazione, a ben vedere, non può esaurirsi nella dimensione civile, ma apre a dinamiche relazionali assai più pregnanti e significative dove diventa centrale un confronto diretto con l'autore sulle cause e sulla verità dei fatti, creandosi così un percorso di reciproco riconoscimento. Ed ancora, la giustizia riparativa, nel momento in cui va a incidere sulle stesse cause sostanziali del conflitto, si può considerare espressione del principio di eguaglianza sostanziale là dove attribuisce allo Stato il compito di rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo della "persona umana", e ciò perché la conflittualità che è causa del reato e che permane anche dopo, impedisce all'autore e alla vittima di esprimere la propria personalità. Infine, tutte le disposizioni che vanno dal divieto della pena di morte fino alla rieducazione operano nel senso di una riduzione del ruolo della violenza nel realizzare la giustizia.

Ancora più a fondo, non possiamo a fare meno di osservare come la totale emarginalizzazione della vittima sia stata il frutto dell'idea che il progresso del diritto penale si radicava nel passaggio del potere punitivo dalle mani dei privati a quelle pubbliche e quindi nella creazione del monopolio penalistico statale, tant'è vero che la vittima veniva sempre identificata come soggetto esclusivamente portatore di istanze vendicatorie o comunque da relegare in sede civilistica. Insomma, è propria di una lettura basata sulla mitologia statalistica l'idea che la vittima sia solo portatrice di vendetta. Ma una volta che questo mito ha iniziato a infrangersi, la stessa vittima come persona è riemersa in tutta la sua valenza.

#### 8. *Ancora qualche considerazione sullo sviluppo della penalità*

Ci sia consentito indugiare ancora un po' sullo sviluppo storico della nostra penalità. Si tratta di un movimento ben più grande e complesso delle contingenti ricostruzioni teoriche elaborate dai singoli pensatori operanti nelle diverse epoche storiche, frutto della mescolanza di molteplici fattori che agiscono concretamente nella storia: profonde trasformazioni della società e degli assetti organizzativi, l'affermarsi di movimenti culturali più contingenti oppure di lunghissima gittata o di visioni politiche che possono spingere nel senso della *voluntas* o della *ratio*, trasformazioni economiche, per non parlare dell'alternarsi tra guerre e periodi di pace. Si pensi all'organizzazione della società resa necessariamente più complessa in ragione dell'incremento demografico e agli sconvolgimenti delle epidemie e delle migrazioni. Si pensi al ruolo del cristianesimo, da un lato, nella sua prospettiva valoriale ed etico-morale che consente di sviluppare il concetto di responsabilità e di proporzione; dall'altro lato, nella sua prospettiva basata sulla carità che addirittura aggredisce la stessa violenza, non potendosi dimenticare le pagine buie e terribili scritte nella storia dalla temporalità ecclesiastica che ha preso la forma dell'inquisizione. Di recente, il carcere è messo fortemente in crisi, oltre che dai principi di umanità e rieducazione, da problematiche economiche e di assetto della pubblica amministrazione in un contesto socio-economico e culturale di ridimensionamento del ruolo dello Stato, senza considerare l'importanza che svolge il diffondersi del benessere, un fattore che, soprattutto sul piano dell'afflittività, incide enormemente ancorché sottotraccia. Infine, sempre per esemplificare, si sta assistendo al configurarsi di una nuova "gestione" della penalità, meno statale e centralizzata e più decentralizzata, in quanto connessa a Regioni ed Enti locali, nonché meno pubblica e più in mano alla società: nel momento in cui si apre il carcere è evidente che i progetti sociali in libertà necessitano di sinergie con la società, in una parola, sussidiarietà verticale e orizzontale.

Non solo, ma lo sviluppo della penalità assume anche le forme tipiche della realtà, operando raramente in modo lineare, ma più spesso in modo carsico se non addirittura contraddittorio o ingannatorio, con accelerazioni e arresti, ma anche regressi. Si pensi alla stessa legalità, osannata anche ai giorni nostri come garanzia, ma rivelatasi in realtà strumento che può essere liberticida e tuttavia, ciò nonostante, strumento che si deve ritenere indispensabile non solo perché orienta efficacemente la tutela, ma soprattutto perché consente di dare compimento alle garanzie nel momento in cui diviene giustiziabile davanti alla Costituzione.

In questa prospettiva, è agevole rendersi conto di come il superamento della vendetta non sia avvenuto tanto per questioni di principio o per il progresso del diritto, ma per enormi trasformazioni secolari degli assetti sociali e organizzativi che hanno portato all'affermarsi e al consolidarsi del potere pubblico istituzionalizzato, nonché al dissolversi del concetto di "famiglia di sangue" in quello di individuo. Insomma, il passaggio della violenza dalle mani private a quelle pubbliche è soprattutto il frutto di una lotta per il potere accompagnata da una trasformazione della società da familiare a individualistica, potendosi osservare come addirittura questi due passaggi si siano condizionati a vicenda, per cui con il consolidarsi del potere pubblico statale si è depotenziata la famiglia emergendo l'individuo e viceversa.

Con la conseguenza che risulta in parte spiegata la ragione per cui in alcune realtà sociali restano forme di giustizia privata che prendono la forma addirittura della vendetta e che potrebbero essere rilette in chiave di ordinamento giuridico<sup>22</sup>. Insomma, l'idea grandiosa di Santi Romano dell'ordinamento giuridico vale anche per la penalità, non potendosi non osservare come tale penalità nella società si componga sia di logiche vendicatorie, sia di logiche di riconciliazione, facendosi tuttavia acutissima la tensione tra pubblico e privato proprio perché l'oggetto della disciplina è la violenza.

Così come, a ben vedere, lo stesso affermarsi del primo costituzionalismo, se da un lato costituisce una ferma opposizione ai rischi di abuso del potere punitivo di cui ormai si ha piena contezza attraverso la valorizzazione del singolo da contrapporre allo Stato, dall'altro lato, però, sempre in virtù di una lotta per il potere, si crede utopisticamente che la garanzia possa essere ottenuta concentrando tutto il potere nelle mani del legislatore. Senza rendersi conto che è proprio l'idea di un potere sovrano che deve essere ripensata.

<sup>22</sup> Per tutti, A. Pagliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, in Id., *Il banditismo in Sardegna*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 3 ss.

E d'altra parte senza il consolidarsi della violenza nelle mani pubbliche, così come senza il primo costituzionalismo, non si sarebbe mai formato nemmeno il secondo costituzionalismo. Insomma, per certi aspetti paradossalmente, è grazie alla perfetta saldatura del diritto con la politica che si forma l'autentico costituzionalismo, non soltanto perché è attraverso questa saldatura che si disvela il volto atroce e disumano della violenza illimitata, ma anche perché si vengono a delineare quegli assetti di potere che consentono di costruire i meccanismi giuridici del controllo giurisdizionale della politica e dell'esercizio del potere.

### 9. *Per una nuova lettura del diritto penale come arma a doppio taglio*

Quante volte abbiamo sentito parlare di un diritto penale come arma a doppio taglio (la spada), dove una lama serve per tutelare i beni rilevanti della società e quindi per punire, e dove l'altra lama finisce per offendere gli interessi rilevanti dei consociati destinatari della pena, la vita, la libertà.

D'altra parte, questa immagine rischia di essere fuorviante, perché alla fin fine appartiene a una fase in cui non ci si poneva il problema della legittimità del diritto penale. Se però si assume la diversa prospettiva del moderno costituzionalismo, il diritto penale come arma a doppio taglio è destinato ad assumere un altro significato: da un lato, sta la lama che legittimamente tutela gli interessi della società e offende gli interessi rilevanti del singolo, mentre dall'altro lato sta la lama che opera in modo illegittimo, quella sì, capace di fare male, anche perché avvelenata, ponendosi la necessità non solo e non tanto di indicare questa lama in modo decisamente diverso dall'altra, ma addirittura di collocarla nelle mani di un altro soggetto che dovrebbe essere paragonato all'autore di un crimine. Insomma, fuori dai limiti costituzionali di legittimità la violenza dello Stato altro non è che un crimine e la giustizia si trasforma in ingiustizia. Vedremo a breve come questa diversa lama possa essere individuata ad esempio nella "sega", vale a dire in ciò che è divisione e discordia.

In conclusione, la penalità moderna ha origine dalla politica, vale a dire dalla saldatura della violenza con la politica, ma questa saldatura non può essere considerata ancora diritto, o meglio si può anche definire diritto, ma da intendersi come mero strumento della politica finalizzato a realizzare la sua *voluntas* per perseguire determinati obiettivi. È nel momento in cui la penalità moderna si stacca dalla politica e si autonomizza in prospettiva costituzionale che diviene autentico diritto, se non addirittura giustizia, nel momento in cui, cioè, la *voluntas* politica, che tende oltretutto alla dismisura, viene ricondotta ai limiti della *ratio*.

10. *Alle origini iconografiche del costituzionalismo: una breve riflessione sulla Giustizia e l'Ingiustizia di Giotto*

Ci sia consentita, così, un'ultima riflessione che si muove sul terreno dei rapporti tra diritto e letteratura, o meglio, più in generale, tra diritto e arte. A noi pare che un embrione del nostro costituzionalismo si possa trovare rappresentato non solo nell'Allegoria del Buon Governo e della Tirannide di Ambrogio Lorenzetti affrescata tra il 1338 e il 1339, ma prima ancora nella virtù della Giustizia e nel vizio dell'Ingiustizia affrescati da Giotto nella Cappella degli Scrovegni tra il 1303 e il 1305.

Vogliamo che siano le immagini a parlare. Muovendo dall'Ingiustizia, non può non impressionare la circostanza di come questa immagine, unica figura maschile ritratta, richiami subito alla mente la giustizia pubblica autoritaria, il Tiranno, dove la violenza si fa illimitata: tra i molteplici dettagli (ad es. la "lineare" spada è nel fodero, mentre è esibita una "arme in asta" impiegata per la guerra che potremmo definire uno "spiedo uncinato"), quanta impressione suscitano quelle unghie lunghe della mano destra e in particolare l'artiglio del pollice così ben messo in evidenza da Giotto! L'immagine finisce per confermare che l'ingiustizia non sta tanto nella vendetta o nella pena, vale a dire nella violenza in sé considerata, ma sta nella violenza senza limiti. Sembra quindi che proprio nella fase storica in cui iniziava quel lungo percorso che avrebbe determinato il passaggio dalla giustizia privata alla giustizia pubblica Giotto abbia intuito i rischi di abuso ed eccesso presenti soprattutto nella giustizia pubblica e che avrebbero potuto trasformare la giustizia in ingiustizia, la pace sociale in tirannide.

Sulla stessa scia, ma specularmente, e quindi mediante un'immagine espressiva di tutt'altro rispetto all'Ingiustizia, è la Giustizia, dove ciò che si esalta è l'equilibrio, la misura, il limite. Ecco che al male deve corrispondere il male e al bene deve corrispondere il bene, il tutto nell'equilibrio espresso dalla bilancia retta dell'invisibile Sapienza divina (forse il vero limite ...). Come scrive Chiara Frugoni, muovendo proprio dall'idea che la vendetta sia l'ingiustizia ovvero ciò che non ha limite, mentre il diritto è limite, «il castigo, secondo questa prospettiva, non è frutto di vendetta o di animosità, ma è regolato da norme giuridiche e la Virtù non è affatto turbata dall'imminente supplizio»<sup>23</sup>.

Insomma, nella scissione tra giustizia e ingiustizia si può riscontrare la scissione tra diritto e ciò che, in quanto illegittimo, diritto non è. E non deve meravigliare se nei secoli successivi ad essere rappresentata sarà sempre di più la sola giustizia priva dell'ingiustizia e quindi a prescindere dalle problematiche del presupposto della legittimità e quindi del limite e se poi Klimt nel 1907,

<sup>23</sup> C. Frugoni, *Paradiso vista inferno. Buon Governo e tirannide nel medioevo di Ambrogio Lorenzetti*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 187.

alle porte dei totalitarismi, arriverà a dipingere “Giurisprudenza” come “meravigliose” Erinni che circondano indifferenti un uomo dal corpo scarnificato, più vittima che carnefice, vale a dire come “ingiustizia”.

Potremmo chiudere qui il nostro discorso. D'altra parte, se ci soffermiamo ancora sull'immagine della giustizia di Giotto non possiamo non cogliere tratti che in qualche modo richiamano prospettive che vanno oltre la dimensione della corrispondenza del male con il male e quindi nella sostanza della stessa violenza, ancorché limitata, e che addirittura introducono elementi che interrompono tale corrispondenza: la giustizia (ritratta come una Madonna) porta con sé la corona, segno di imperio, come anche il mantello che è tipico della misericordia, trovandosi in un luogo che alla fin fine se non è una chiesa, comunque è un tempio, insomma un luogo sacro.

Così come non può far riflettere la circostanza che si trovano rappresentate due forme di giustizia: quella alla sinistra di chi guarda dove è assente la violenza (giustizia commutativa) e quella alla destra, caratterizzata invece da violenza (giustizia distributiva). Ebbene, non possiamo addentrarci in territori che non saremmo in grado di esplorare, né sul piano dell'iconografia, né su quello della filosofia. Tuttavia, una cosa è certa, il riferimento alla concezione aristotelica non è immune da varianti: la giustizia distributiva del filosofo tende infatti ad essere priva di aspetti punitivi che invece dominano in Giotto, così come la giustizia commutativa aristotelica attiene a reciproci scambi, quando invece in Giotto lo “scambio” avviene direttamente tra l'uomo e l'angelo (altra forma ancora assumerà in Lorenzetti).

Ebbene, se queste varianti non devono sorprendere più di tanto (la giustizia distributiva tende ad essere “terza” e non c'è da meravigliarsi che in un contesto in cui sta nascendo il potere pubblico sia identificata proprio con l'esercizio della penalità), tuttavia non possono essere lette nemmeno in chiave moderna, per cui mentre la giustizia distributiva diviene il diritto penale, la giustizia commutativa diviene il diritto civile.

Piuttosto a me pare che si tratti di due forme di giustizia, due forme che al cuore della distinzione hanno violenza e non violenza e che queste due forme siano entrambe riferibili anche alla penalità.

Insomma, l'affresco di Giotto non fa altro che descrivere, sotto il dominio della misura e dell'equilibrio, due modi di comporre i conflitti quali essi siano e getta le basi per individuare due modi di gestire la stessa penalità: da un lato, quella vendicatoria basata sulla violenza, sia essa privata o pubblica, ma in termini necessariamente limitati, dall'altro lato, quella che oggi potremmo definire riparativa, sia essa privata o pubblica, basata sul confronto a due tra autore e vittima. E su quest'ultimo punto si aprirebbe un altro tema che, considerati i tempi e le riforme in atto, suggerirei di affrontare in un prossimo seminario dedicato alla parola “riconciliazione” o forse, meglio ancora, alla parola “incontro”.

