

## GIUSTIZIA VENDICATORIA, GIUSTIZIA RIPARATIVA, COSTITUZIONALISMO (\*)

di Roberto Bartoli

*Si deve ritenere che, in termini di essenza, non vi sia alcuna diversità tra la pena e la vendetta, basate entrambe sull'impiego della violenza, e che queste due forme di violenza costituiscano due species dello stesso genus della giustizia vendicativa. La presa di consapevolezza di questa realtà ne consente un'altra: nei confronti della penalità il costituzionalismo rappresenta la vera grande rivoluzione in quanto ne determina la nascita giuridica, vale a dire la trasformazione da strumento meramente politico potenzialmente eccedente e illimitato, perché orientato a perseguire qualsiasi scopo con qualsiasi mezzo, a strumento delimitato in quanto suscettibile di un controllo di legittimità a garanzia della persona. Non solo, ma il costituzionalismo sembra stare alla base anche della giustizia riparativa, vale a dire di quella forma della penalità che comporta addirittura il superamento della violenza. E, a ben vedere, la stessa Oresteia di Eschilo che fonda il mito di una nuova penalità non deve essere letta solo e semplicemente come il superamento della vendetta, ma più in profondità come il fondamento del limite alla violenza, vale a dire come il fondamento del costituzionalismo.*

SOMMARIO: 1. Modernità e miti. – 2. Il mito: la differenza tra pena e vendetta. – 3. Decostruzione di un mito. Le affinità tra pena e vendetta. – 3.1. Stemperamento delle alterità. – 3.2. Valorizzazione di alcune alterità che accentuano la problematicità della pena rispetto alla vendetta. – 4. Il costituzionalismo. – 4.1. I meccanismi operanti sul piano dei poteri: la giustiziabilità del loro esercizio. – 4.2. I principi. – 5. Giustizia riparativa e costituzionalismo. – 6. Una rilettura dell'Oresteia: da mito che supera la vendetta a mito che fonda il costituzionalismo.

*Non serve identificare lo scopo  
e (poi) verificare il risultato del “mezzo pena”,  
perché lo scopo è altrove e coincide – addirittura – con il mezzo  
(la penalità è potere di punire:  
l'esercizio di tale potere, la pena,  
è conferma della sua esistenza,  
la dimostrazione dello scopo raggiunto)*  
Carlo Entico Paliero,

---

(\*) Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M.M. SCOLETTA, F. CONSULICH, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in questa Rivista

## 1. Modernità e miti.

Se è vero che il mito costituisce una trasposizione di piani e di processi che costringe una realtà a compiere un vistoso salto di livelli, trasformandosi in una meta-realtà; se è vero che la materialità costituita dal mito diventa un'entità che si assolutizza, divenendo oggetto di credenza, piuttosto che di conoscenza; se è vero che, a differenza di quanto avvenuto nell'antichità, i miti che si sono formati nella modernità non sono in grado di offrire metafisiche fondanti, ma piuttosto artificiosi inganni prospettici che impediscono all'uomo di prendere piena consapevolezza della realtà per una sua gestione razionale<sup>1</sup>: ebbene, se tutto questo è vero, non v'è alcun dubbio che nell'ambito della penalità la modernità abbia creato dei miti straordinari, non solo "celanti", ma addirittura ingannevoli.

Si pensi anzitutto al mito della legalità intesa come strumento di garanzia, per cui, una volta collocato il potere punitivo nelle mani del legislatore, la protezione della persona da possibili abusi da parte di tale potere si sarebbe potuta garantire attraverso il controllo democratico sul potere legislativo. Un autentico mito, non solo – e non tanto – perché, come ancora a volte si scrive e si legge, la legalità non è stata in grado di mantenere le promesse a causa della crisi della politica e della democrazia, ma soprattutto perché è nella stessa fisiologia della legalità fondata sulla democrazia costituire uno strumento suscettibile di abuso, e ciò per la semplice ragione che la garanzia e la *ratio* vengono collocate nelle stesse mani del potere politico caratterizzato da una *voluntas* orientata a qualsiasi scopo con qualsiasi mezzo e quindi tendente all'assoluto e alla strumentalizzazione.

Si pensi poi al mito secondo cui *societas delinquere non potest*. Certo, un mito che si afferma nel nome della centralità dell'uomo e quindi della persona fisica, ma anche un mito che al contempo tende a porre al riparo proprio gli "enti pubblici" da eventuali responsabilità. E dando uno sguardo alla disciplina della responsabilità degli enti oggi vigente, non si può non osservare come il mito in buona parte permanga ancora (l'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 231/2001 esclude la responsabilità punitiva dello Stato, degli enti pubblici territoriali e degli enti pubblici non economici), mentre è a livello europeo, come vedremo grazie al costituzionalismo, che si è affermata una responsabilità diretta degli Stati per la violazione dei diritti umani.

Ed ancora, si pensi alla fondazione mitologica della penalità mediante le funzioni della pena, per cui la pena sarebbe legittima, o meglio, legittimata, in ragione degli scopi utilitaristici che persegue. Tuttavia, non solo non si è in grado di definire con esattezza, in anticipo e in concreto, queste finalità; non solo, è praticamente impossibile una verifica empirica della loro reale efficacia; ma soprattutto, risulta del tutto evidente come un'attivazione per l'effettivo conseguimento degli obiettivi (che tuttavia mai si conseguirebbero), passerebbe sempre da un eccesso e da un abuso della penalità, con la conseguenza che la penalità come mezzo orientato a uno scopo non solo non si giustifica,

---

<sup>1</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 45 s.

ma addirittura non è razionalmente giustificabile, visto che in ambito penalistico la funzionalità non dovrebbe incontrare limiti, mentre la razionalità non può che implicare limiti. Con la conseguenza ulteriore che la penalità si giustifica nella sostanza attraverso una metafisica<sup>2</sup>, sia essa teologico-trascendentale oppure sociale o comunque socio-normativa.

Ebbene, tra tutti questi miti ce n'è uno che merita particolare attenzione, anche perché va al cuore delle problematiche non solo della penalità, ma più in generale del diritto, per non dire della giustizia, e cioè il mito secondo cui la pena sarebbe qualcosa di diverso dalla vendetta.

Molto ci sarebbe da dire sulla nascita di questo mito, sulle sue cause e soprattutto sui suoi "costruttori", anche perché si è trattato di un'operazione che si è andata formando nel tempo, frutto di quello che potremmo definire più che il trionfo dello Stato, il trionfo della politica per la politica: insomma, come avremo modo di vedere meglio in seguito, una volta che il potere punitivo si è consolidato nelle mani del potere pubblico/politico, la delegittimazione della vendetta ha costituito non solo uno strumento per legittimare la pena, ma anche per scaricare sulla vendetta tutte quelle componenti delegittimanti che in realtà sono proprie della pena stessa. E una volta che la pena è stata manipolata come strumento di per sé necessariamente giusto, della penalità se n'è potuto disporre senza alcun limite, proprio perché non vendetta, ma giustizia.

Ma è soprattutto sulle conseguenze di questo mito che c'è molto da dire. Distinguere la pena dalla vendetta impedisce di vedere ciò che costituisce la vera rivoluzione della modernità, vale a dire il costituzionalismo, ciò che nella sostanza si può considerare il primo grande passaggio rivoluzionario che ha permesso di limitare in termini autentici ed effettivi la violenza. E questo nascondimento ha conseguenze ulteriori che solo in apparenza divergono: da un lato, impedisce di pensare a fondo i limiti alla violenza; dall'altro lato, impedisce di rendersi conto che oggi la violenza, forse per la prima volta nella storia, risulta autenticamente legittima in quanto limitata ovvero limitata e quindi legittima. Detto diversamente, attraverso la piena consapevolezza del costituzionalismo vi sono argomenti da opporre con forza sia a coloro che oggi si potrebbero definire i giustizialisti, sia a coloro che invece in termini più o meno espliciti sono guidati da una logica in definitiva abolizionista, senza rendersi conto dei rischi di reazione e contropinta suscitati dagli eccessi indulgenzialisti. Insomma, come sempre accade, decostruire un mito, o comunque provare a farlo, significa creare le condizioni per un confronto con la realtà quale essa è e quindi spianare la strada per una gestione consapevole e autenticamente razionale della penalità, se non sgombra dalle sovrastrutture svianti della politica, comunque capace di farle emergere e decifrarle.

Ebbene, le considerazioni che andremo a compiere in questo saggio sono dedicate all'amico e Maestro CARLO ENRICO PALIERO che dalla prospettiva rigorosamente giuridica e penalistica è stato il primo ad avere contribuito a demitizzare

---

<sup>2</sup> M. CACCIARI, *Diritto e giustizia, Saggio sulle dimensioni della teologia e mistica del moderno Politico*, in *il Centauro*, n. 2, 1981, p. 58 ss.

la differenziazione tra pena e vendetta attraverso il saggio, davvero miliare, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*<sup>3</sup>. Se infatti fino ad oggi dei rapporti tra vendetta e pena si sono occupati soprattutto filosofi, antropologi, sociologi e storici del diritto, con gli approfondimenti giuridici del nostro Onorando si deve ritenere che sia stato inaugurato un nuovo percorso di indagine e del pensiero destinato a dare significativi contributi su questo tema: insomma, nello studio dei rapporti tra vendetta e pena ciò che mancava era proprio la prospettiva giuridica e Paliero – tra le tante innovazioni che ha apportato alla disciplina penalistica nel suo percorso di pensatore – ha colmato questa lacuna.

## 2. Il mito: la differenza tra pena e vendetta.

Pena e vendetta sono due realtà differenti? Di per sé la questione potrebbe apparire speculativa, se non fosse che in ambito giuridico-valutativo la posta in gioco diviene subito altissima, essenziale, in quanto porta con sé la questione delle questioni, vale a dire il tema della giustizia.

Ed infatti, chi ritiene che pena e vendetta siano differenti, ritiene anche che mentre la pena è giustizia, la vendetta sarebbe ingiustizia; mentre la pena sarebbe civiltà, la vendetta sarebbe barbarie; mentre la pena sarebbe progresso, la vendetta sarebbe regresso.

Ecco che, conseguentemente, se queste due realtà non fossero poi così differenti, la questione si farebbe davvero molto problematica, proprio perché porterebbe a scardinare il nostro sistema attuale e ad affermare che la pena in realtà è ingiusta e quindi illegittima.

Ebbene, a nostro avviso, le cose non stanno propriamente, in quanto si deve ritenere che se, da un lato, vendetta e pena sono assimilabili, dall'altro lato, la pena è uno strumento comunque legittimo.

In particolare, il mio pensiero che andrà ad esporre, si articolerà in tre passaggi. Il primo passaggio sarà orientato alla demitizzazione. Pena e vendetta sono due realtà che senza dubbio presentano delle diversità, ma che nella loro essenza si presentano decisamente affini, in quanto entrambe basate sull'impiego della violenza, che oltretutto rappresenta una manifestazione fondamentale del potere. La loro differenza principale sta nella collocazione di questa violenza, per cui mentre con la pena la violenza si trova collocata all'interno di organizzazioni pubbliche, con la vendetta la violenza è collocata nelle mani private o comunque all'interno della società. L'idea di fondo, il mito, è che da questa collocazione deriverebbero conseguenze significative in termini di limiti alla violenza e quindi di giustizia e di legittimità. Tuttavia, a ben vedere, dalla diversa collocazione, sul piano dei limiti alla violenza, non si delinea alcuna vera differenza essendo entrambi suscettibili di eccessi e abusi strumentali. Riflessioni filosofico-

---

<sup>3</sup> Il saggio è pubblicato 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, 2018, p. 69 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 447 ss.

letterarie, sociologiche, antropologiche e dinamiche storiche depongono a favore di questa opinione. Anzi, come cercheremo di dimostrare, proprio la collocazione del potere punitivo nelle mani pubbliche ha finito per potenziare la tendenza all'eccesso che caratterizza anche la vendetta e più in generale qualsiasi uso della violenza. Insomma, il pubblico ha sottratto la violenza alla società, ma attraverso questa sottrazione non ha operato per limitarla, anzi, a ben vedere, nelle sue mani è divenuta una miscela ancora più esplosiva.

Se questo è vero, al mito che distingue tra vendetta e pena si può contrapporre una realtà che fa della vendetta e della pena due *species* di un unico *genus*, vale a dire due forme di un unico sistema che potremmo chiamare *giustizia vendicativa*, caratterizzata al fondo dall'impiego della violenza in termini potenzialmente illimitati.

Il secondo passaggio penso si possa considerare ancora più rilevante e concerne la legittimità di questo sistema vendicativo, passaggio che apre al tema della giustizia, della legittimità e del costituzionalismo. La giustizia vendicativa che di per sé è violenza, che di per sé è potere, che di per sé tende all'eccesso e che quindi di per sé è ingiustizia, diviene diritto e quindi anche giustizia nel momento in cui conosce limiti: la giustizia e quindi la giuridicità della penalità stanno nel suo limite e nel suo controllo effettivo. E questo limite oggi esiste e si chiama costituzionalismo, la vera grande rivoluzione della modernità.

Il costituzionalismo è senza dubbio proclamazione di diritti e di principi, ma prima ancora è un meccanismo che opera e funziona sul piano del potere, disinnescando la sua forza tendente all'illimitato e all'assoluto, sia attraverso la frammentazione della sovranità, sia attraverso un controllo "nel merito" dell'esercizio dei poteri e quindi nella sostanza in ambito penalistico mediante un controllo sull'esercizio della violenza da parte dei diversi poteri che ne possono disporre. E se in un primo momento storico l'attenzione si è concentrata soprattutto sulla dimensione costituzionale nazionale concernente in particolare i limiti in cui si esprime la politica (il legislatore), oggi emerge in tutta la sua valenza la dimensione costituzionale europea che opera un controllo nei confronti di tutti i poteri di uno Stato, giurisdizione compresa, dimensione europea non a caso bersaglio principale di tutti coloro che vorrebbero riaffermare la totale sovranità dello Stato.

Ma in queste nostre considerazioni proveremo ad andare oltre. E questo sarà il terzo passaggio. A nostro parere, non è un caso che proprio in questa fase storica si stia affermando il paradigma della giustizia riparativa, in quanto anche questa forma di giustizia si deve considerare espressione del moderno costituzionalismo. Se è vero che la giustizia riparativa è altra rispetto alla giustizia vendicativa, se è vero che la giustizia riparativa è "non-violenza" che si contrappone alla violenza che sta alla base della giustizia vendicativa; se è vero che la giustizia riparativa, pur essendo altra dalla giustizia vendicativa, attiene comunque alla conflittualità che sta alla base della penalità: ebbene, se tutto questo è vero, è vero anche che la giustizia riparativa nasce da una serie di fattori che trovano la loro matrice nel costituzionalismo da intendersi proprio come limite alla violenza e allo Stato e come primato della persona e della comunità.

Due ultime precisazioni preliminari per evitare qualsiasi fraintendimento. La prima: la decostruzione del mito della differenza tra vendetta e pena non è finalizzato a valorizzare la vendetta, tutt'altro! Proprio nel momento in cui si assume la consapevolezza che la pena ha caratteri identici a quelli vendicatori, si ha contezza anche della necessità di porre limiti alla pena che vanno ben oltre il monopolio del potere punitivo nelle mani pubbliche. La seconda: l'accostamento della pena alla vendetta non vuole negare i progressi storici di progresso, umanizzazione e civilizzazione che si sono realizzati con i passaggi fondamentali del monopolio penalistico nelle mani dello Stato e dell'illuminismo. Piuttosto si vuole osservare come quei passaggi fossero ancora parziali, in quanto non del tutto capaci di porre limiti al potere punitivo pubblico. Ma su questi aspetti avremo modo di ritornare.

### **3. Decostruzione di un mito. Le affinità tra pena e vendetta.**

Pena e vendetta non solo sono due realtà molto affini, tant'è vero che molte alterità in realtà si stemperano, ma se vi sono delle alterità, queste sono nel senso di accentuare più gli eccessi punitivi della pena piuttosto che quelli della vendetta. Per quanto riguarda le affinità, vorrei partire dalla identità di fondo, da cui "tutto muove": vendetta e pena si caratterizzano per la stessa consistenza, potremmo dire per la stessa sostanza, vale a dire per l'impiego della violenza. Meglio ancora, per l'impiego unilaterale e diretto/immediato della violenza: potere di punire significa potere di disporre in termini reattivi unilateralmente e direttamente/immediatamente della violenza nei confronti dell'autore dell'illecito.

Può sembrare una precisazione secondaria, ma in realtà è di estremo rilievo, anche perché consente di individuare subito l'enorme differenza che intercorre tra la penalità e tutte le altre branche del diritto che contemplano illeciti, sotto un duplice profilo. Per quanto riguarda l'unilateralità, la penalità gestisce l'illecito soltanto dalla prospettiva della parte che ha subito l'offesa, sia essa la vittima, come nella vendetta, oppure lo Stato come nella pena. Da ciò consegue che, essendo la violenza "unilaterale", essa tende a farsi potenzialmente illimitata, con l'ulteriore conseguenza che la reazione violenta unilaterale e potenzialmente illimitata di per sé non può essere considerata nemmeno vero e proprio diritto. Al contrario, le altre branche del diritto gestiscono l'illecito in termini – per così dire – bilaterali, tant'è vero che lo stesso illecito civile, sia esso contrattuale o extracontrattuale, può essere gestito in prima battuta mediante l'incontro tra le volontà delle parti, conoscendo così già in questa fase una inevitabile e fisiologica reciproca limitazione che genera diritto. E soltanto se le parti non trovano un accordo, la "gestione" viene consegnata a un terzo.

Per quanto riguarda l'impiego diretto/immediato della violenza, negli altri ambiti del diritto la violenza di un terzo interviene a chiusura del sistema, quando cioè le parti non trovano l'accordo e nonostante la decisione di un giudice adito qualcuno non adempie, e in questo senso si può ritenere che la violenza in mano pubblica abbia davvero la capacità di porre fine a una lite che potrebbe durare all'infinito. Al contrario nella penalità, la violenza non interviene a chiusura del sistema, ma costituisce essa

stessa reazione diretta e immediata (nonché, come visto, unilaterale) all'illecito. Detto in altri termini, l'esercizio unilaterale della forza è previsto già nella comminatoria edittale, con la conseguenza che anche là dove interviene un potere terzo giudiziario nel concorso dell'esercizio di questa forza, tale potere terzo non fa altro che applicare direttamente la violenza prevista nella comminatoria. E avremo modo di vedere quanto significato abbia questo secondo profilo per tutta una serie di problematiche proprio nella comparazione tra pena e vendetta.

### 3.1. *Stemperamento delle alterità.*

È proprio alla luce di questa affinità che si stemperano una serie di differenze tra vendetta e pena. La prima differenza che si stempera è quella relativa alla sproporzione. Il mito vuole che se, da un lato, vendetta e pena tendano entrambe alla sproporzione, dall'altro lato, però, sia soprattutto la vendetta a tendere verso tale sproporzione, proprio perché la reazione è nelle stesse mani della vittima. D'altra parte, risulta del tutto evidente come le cose non stiano propriamente così, in quanto anche la pena, il potere punitivo in mano pubblica tende costantemente all'eccesso e alla sproporzione in tutti i momenti in cui la penalità viene in gioco. Si pensi al *quantum* di pena stabilito dal legislatore al momento della comminatoria edittale oppure dal giudice al momento della commisurazione della pena.

In secondo luogo, sempre grazie alla circostanza che vendetta e pena si basano entrambe sull'impiego diretto della violenza, si stempera anche una seconda grande differenza, quella relativa al rischio di *escalation*, per cui mentre la vendetta sarebbe altamente esposta a tale rischio proprio in virtù del fatto che la reazione tendenzialmente sproporzionata è nelle mani dei "privati", la pena invece non lo sarebbe, perché come si suole dire, la pena, in mano allo Stato, "chiude" il sistema.

Il punto è di estremo rilievo e meriterebbe davvero grande approfondimento. Certo, da un punto di vista "fenomenico" non c'è dubbio che «il paradigma vendicativo non ha capacità risolutive, né rielaborative dei conflitti sociali per il suo intrinseco carattere sequenziale: la vendetta non produce la "chiusura" di un conflitto [...] bensì fomenta una "catena di sangue" auto-riproduttiva di ulteriori conflitti»<sup>4</sup>. Così come è indubbio che l'intervento pubblico assorba – per così dire – l'intervento privato e impedisca l'ulteriore reazione privata. Tuttavia, dal punto di vista della violenza, le cose sembrano stare in termini più articolati e complessi.

Anzitutto, proprio la consapevolezza di un rischio di reazione che contraddistingue la vendetta può costituire un freno all'*escalation*. Tant'è vero che moltissimi studi recenti "demitizzanti" hanno mostrato come storicamente i "sistemi di vendetta" abbiano operato efficacemente come strumenti di ritualizzazione della violenza e pacificazione della società, senza che a causa dell'*escalation* si sia arrivati al

---

<sup>4</sup> C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra*, cit., p. 136.

dissolvimento della società e della convivenza comunitaria<sup>5</sup>. Insomma, proprio perché basata su una dinamica “a due”, la vendetta può essere vista come una contrapposizione di forze destinate a limitarsi a vicenda. Ed un’ulteriore conferma di ciò, come vedremo, proviene dalla circostanza che la vendetta si accompagna sempre e costantemente all’altra faccia della medaglia costituita da trattative finalizzate alla composizione.

Ed ancora, vero che attraverso la pena la violenza viene concentrata nelle mani di un solo potere terzo, è anche vero che la violenza “pubblica” si scaglia sul destinatario in modo – per così dire – assoluto, per cui il vantaggio dell’assorbimento della reazione privata ha in sé il costo di un impiego assoluto della violenza nei confronti del singolo destinatario.

Su questo punto illuminanti sono le considerazioni di René Girard, troppo spesso lette come una sorta di “difesa” della pena in contrapposizione alla vendetta<sup>6</sup>. Vero piuttosto il contrario, visto che l’Autore pone al centro della propria riflessione proprio la violenza in sé, quale che sia il potere che la impiega. Ebbene, è certo che il giudiziario interviene per porre fine all’*escalation*, ma è altrettanto certo che questo giudiziario si scaglia sul destinatario ed è su questo scagliarsi che ci si deve interrogare, posto che esso può essere assoluto e illimitato, tramontando così anche l’idea che il giudiziario esprima di per sé un limite. Insomma, la chiusura dell’*escalation* non è senza prezzo, anzi. Essa finisce per convogliare tutta la violenza su un uomo, aprendosi quindi il tema della legittimità e del controllo della reazione (costituzionalismo). Anche perché non ci possiamo dimenticare che mentre la vendetta punisce fatti di sangue, la pena arriva a punire fatti che esprimono un disvalore del tutto artificiale; mentre la vendetta punisce fatti caratterizzati da un’offesa effettiva, la pena anticipa la tutela fino alle soglie dell’esercizio di un diritto. Di più: si pensi a tutti i meccanismi ispirati a logiche preventive che prescindono dall’accertamento dei fatti: non solo le misure di sicurezza e di prevenzione, ma anche l’impiego della carcerazione cautelare.

Insomma, potremmo dire che se nella vendetta c’è un rischio di *escalation*, ma la violenza in qualche modo si relativizza, essendo “equamente” ripartita nella società, conoscendocosi bilanciamenti e mediazioni attraverso le contrapposte forze in campo; nella pena si elimina il rischio di *escalation* perché la violenza viene monopolizzata, ma al contempo la violenza viene assolutizzata nel suo dirigersi senza “ostacoli” sul destinatario e può essere strumentalizzata, anche perché, come vedremo, si lega alla dimensione politica.

Non solo, ma dovremmo approfondire anche di più il concetto di *escalation*, soprattutto nell’ambito della modernità, quando cioè l’organizzazione sociale si è fatta complessa e ha iniziato a svilupparsi la dimensione pubblica e politica. E’ in quel momento, infatti, che, a ben vedere, si viene a distinguere tra vendetta e faida ed è soprattutto la faida la realtà che risulta particolarmente problematica<sup>7</sup>. Da un lato, la

---

<sup>5</sup> V. i numerosi contributi pubblicati in P. DI LUCIA-L. MANCINI (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Pisa, 2015; in P. DI LUCIA-R. MAZZOLA (a cura di), *Vindicta*, Milano, 2019; in R. VERDIER (a cura di), *Vengeance, Le face-à-face victime/agresseur*, Paris, 2004; nonché I. TERRADAS SABORIT, *Justicia vindicativa*, Madrid, 2008.

<sup>6</sup> R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 2005, p. 38 ss.

<sup>7</sup> O. BRUNNER, *Terra e potere*, Milano, 1965.



faida continua a presentarsi come vendetta, ma, dall'altro lato, essa è qualcosa di più e di diverso dalla vendetta, perché si colora di elementi politici e pubblicitari. Con la conseguenza che, a ben vedere, il vero rischio di *escalation* non è tanto della vendetta "privata", comunque inserita in un contesto di controllo sociale, ma della faida in quanto conflittualità pubblico-politica ed è soprattutto rispetto a questa conflittualità che si pone l'esigenza di sottrarre la violenza dalle mani private per concentrarla nelle mani pubbliche. Senza rendersi tuttavia conto di come questa concentrazione avrebbe aperto a ben altri problemi, e cioè alla necessità di porre limiti proprio al potere politico.

Infine, una terza differenza viene rintracciata nella circostanza che l'impiego diretto della forza che caratterizza la vendetta avrebbe in sé una componente particolare che non la rende diritto<sup>8</sup>. Si tratta di un ragionamento etico che deriva da Hegel e che ha una sua indiscutibile plausibilità<sup>9</sup>. Tuttavia anche su questo punto dobbiamo compiere un passo ulteriore. Bene, eliminiamo "il particolare", vale a dire la reazione del soggetto che ha subito l'offesa, e affidiamoci "all'universale", collocando la violenza in mano terza pubblica/statale: tuttavia, davvero la violenza in mano terza, sol perché in mano terza, diventa etica? Davvero attraverso la legittimazione della figura del boia tutti i problemi etici di legittimità si possono considerare risolti? Piuttosto a me pare che si realizzi uno spostamento di piani, senza tuttavia intaccare l'essenza delle cose.

Ed infatti, proprio 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 ancora una volta spostato e 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. 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.

### 3.2. Valorizzazione di alcune alterità che accentuano la problematicità della pena rispetto alla vendetta.

Non solo sembra esservi identità tra pena e vendetta e quindi molte alterità sono destinate a stemperarsi, ma sembra anche che la violenza in mano pubblica finisca per presentare alterità che accentuano le problematiche che si vorrebbero esclusive della

---

<sup>8</sup> P. RICOEUR, *Il diritto di punire*, Brescia, 2012, p. 74 ss.

<sup>9</sup> G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano, 1996, § 100 ss.

vendetta: insomma, la tendenza all'eccesso e alla illimitatezza sembrano appartenere più alla pena che alla vendetta.

Il tutto scaturisce proprio dalla collocazione della forza in mano pubblica, vale a dire dal passaggio che si ritiene di progresso e innovazione, ma che in realtà costituisce per l'appunto l'aspetto problematico da monitorare. Certo, il passaggio ha significato una diminuzione quanto meno quantitativa della violenza, tuttavia, a ben vedere, nel momento in cui la forza passa dalle mani private a quelle pubbliche, la forza viene a combinarsi con il potere politico, ma il potere politico è realtà che a sua volta combina assieme mezzi e fini in termini tali che possono tendere all'assoluto: da un lato, nel nome della collettività/comunità si può perseguire qualsiasi finalità; dall'altro lato, sempre nel nome della collettività si può impiegare qualsiasi mezzo. Ecco che in queste nuove mani la violenza può diventare davvero illimitata. Violenza e potere politico danno luogo a una miscela micidiale che se non viene maneggiata con cura, esplose. E che questo potere sia concentrato nelle mani del sovrano oppure nelle mani del legislatore oppure frammentato tra molteplici poteri, se da un lato ha conseguenze indubbiamente significative sul piano quantitativo (al netto però degli autoritarismi), dall'altro lato, ai fini di un ragionamento sui limiti alla violenza nella sostanza poco importa.

Ecco che se si guardano le cose da questa prospettiva emerge evidente come il potere punitivo/violenza in mano pubblica non sia da meno della vendetta, anzi. Anche perché, come già accennato, il potere punitivo si scaglia con tutta la sua violenza proprio nei confronti del singolo, il quale oltretutto non può più nemmeno trovare una sponda nel contrappeso della famiglia e del clan di appartenenza: un uomo si trova da solo davanti alla violenza collocata nelle mani del soggetto mastodontico che è lo Stato.

Inoltre, emerge come la "lotta" che si viene a generare tra vendetta e pena non è una lotta per l'affermazione di diritti e di principi, ma è una lotta per il potere, lotta che vedrà decisamente perdente la vendetta e vincere la pena, perché la dimensione pubblica, rispetto a quella privata, si è rivelata inevitabilmente assai più "forte" e potente della dimensione privata. L'esito di questa lotta, quindi, non consisterà nella limitazione della violenza, ma nella sottrazione della stessa alla dimensione privata con concentrazione nelle mani pubbliche e quindi nella sostanza in una ricollocazione della violenza potenzialmente illimitata. E' la retorica pubblicistico-statalistica che nell'accompagnare questa operazione la addobba con argomenti di limitazione, ma in realtà sul piano qualitativo non v'è alcuna limitazione, anzi, soprattutto se il potere politico-punitivo esprime pulsioni autoritarie. Sarà il costituzionalismo che nel collocare i limiti fuori dalla disponibilità politica costituirà il primo strumento che inizia a limitare in modo autentico la violenza.

Se quanto detto è vero, si possono allora svolgere alcune considerazioni che si pongono – per così dire – in leggero divergente accordo rispetto ad alcune riflessioni del nostro Onorando.

Anzitutto, la questione della personalità della responsabilità penale. Si osserva lucidamente che «la vendetta è fenomeno collettivo che coinvolge necessariamente la *collettività* [...] Sicché, i conflitti si instaurano sempre fra individuo e gruppo o fra gruppi, ma mai semplicemente fra individuo e individuo [...], come è invece tipico dei conflitti rielaborati e risolti dalla pena e dai sistemi di controllo sociale propri della penalità

moderna. Ciò ha un evidente riflesso sulla *responsabilità*, che nel paradigma vendicatorio è sempre *collettiva, mai individuale* [...] Breve. Nella misura in cui *Blutrache* consegue a una *Blutschuld* estesa all'intera collettività, può colpire indifferentemente ogni singolo componente del *clan* anche affatto innocente. Niente di più antitetico dunque rispetto al moderno *Schudprinzip*<sup>10</sup>.

Certo, visto che la vendetta può portare addirittura a scagliare la violenza su una persona terza ed estranea alla vicenda criminosa, il sistema vendetta è sempre strutturalmente collettivo, mai individuale, con la conseguenza che la fondazione della responsabilità individuale è propria della pena. Tuttavia, al di là della circostanza, a dire il vero non del tutto rilevante, che una vendetta che c.d. indiretta è in realtà propria soprattutto dei sistemi di vendetta primordiali tendendo a scemare fino a scomparire in quelli più evoluti, anche su questo punto c'è da chiedersi se la valorizzazione della responsabilità individuale a scapito di quella collettiva costituisca una vera propria ristrutturazione oppure un mero spostamento. Ed infatti, anche nel sistema pena si riproduce un'istanza collettivistica impersonificata dalla dimensione pubblica, dallo Stato che porta a riprodurre fisiologicamente, sotto molteplici aspetti, la logica addirittura del capro espiatorio, con la peculiarità che stavolta, come già accennato, l'individuo è solo nella sua "lotta" contro lo Stato prevaricatore. Insomma, il principio di personalità di responsabilità penale non appartiene propriamente alla pena, ma come vedremo a breve, appartiene alla pena forgiata mediante il costituzionalismo.

In secondo luogo, è senz'altro vero che «un fattore [...] *costantemente presente* in entrambi i paradigmi è [...] rappresentato dalla quasi immediata introiezione nel paradigma vendicatorio primordiale di una gemellare variante *compositoria*», con conseguente «inclusione nel paradigma punitivo all'apparenza intransigente, di un nucleo di alternatività radicale al punire stesso, rappresentato dal (radbruchiano?) *“qualcosa di diverso”* della pena, ossia – né più né meno – la *rinuncia* ad essa attraverso una riconciliazione *senza pena*»<sup>11</sup>. Il tema è di grande interesse anche perché si intreccia con quello della giustizia riparativa sul quale torneremo in seguito.

Ebbene, vero che da sempre l'idea di una giustizia alternativa a quella violenta *“aleggia”* anche nel pensiero giuridico moderno, tuttavia, a un'attenta osservazione ci si accorge che la composizione è propria soprattutto dei sistemi di vendetta piuttosto che dei sistemi basati sulla pena<sup>12</sup>. Ed infatti, è tipico dei sistemi *“a due”* che alla vendetta si affianchino meccanismi di *“trattativa”*, in parte caratterizzati da dinamiche sanzionatorie, ma in parte consistenti in veri e propri accordi di pacificazione e riconciliazione. Diversamente, là dove c'è una monopolizzazione del potere punitivo, gli spazi per una composizione *“a due”* si riducono notevolmente: anzi, più forte è l'istanza monopolistica, maggiore è l'annullamento di qualsiasi spazio *“a due”* nella soluzione dei conflitti. E non ci si faccia confondere dalla presenza di istituti come la remissione

---

<sup>10</sup> C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra*, cit., p. 136 s.

<sup>11</sup> C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra*, cit., p. 138.

<sup>12</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, 2001, p. 345 ss.

della querela o la riparazione con efficacia estintiva, che non implicano autentiche composizioni, ma l'attivazione di dinamiche pur sempre sanzionatorie riconducibili al paradigma della depenalizzazione in concreto. Insomma, la disciplina pubblicistica tende comunque al sanzionatorio, non al suo superamento.

Non solo, ma studi recenti hanno dimostrato come la vendetta costituisse una sorta di *ultima ratio* che in qualche modo finiva per giocare un ruolo di stimolo alla composizione<sup>13</sup>. Ciò significa che il pilastro del sistema vendetta era costituito più dalla composizione che dalla vendetta, con conseguente riduzione del ruolo effettivo della violenza. Ed ancora una volta, non ci si faccia confondere dalla tendenza presente negli attuali sistemi di pena di valorizzare istituti che trovano applicazione in fase pre-decisoria e nella sostanza alternativi al carcere, in quanto, ancora una volta si tratta di istituti non solo sanzionatori, ma attratti persino nell'orbita della penalità (si pensi alla sospensione del procedimento con messa alla prova avente come contenuto obbligatorio il lavoro di pubblica utilità).

Insomma, a ben vedere, il monopolismo statalistico ha eliminato ogni possibilità di giustizia a due.

#### 4. Il costituzionalismo.

Proprio muovendo dalla decostruzione del mito che fa della pena un qualcosa di diverso dalla vendetta, e quindi proprio muovendo dalla consapevolezza che vendetta e pena presentano caratteri comuni, si possono comprendere appieno il significato e la valenza del moderno costituzionalismo<sup>14</sup>.

Ed infatti, a ben vedere, non è azzardato affermare che il costituzionalismo non sia nient'altro che la diretta conseguenza di questa identità della pena con la vendetta e dell'aver collocato la violenza nelle mani pubbliche. Meglio, il costituzionalismo può essere considerato come una sorta di riprova non solo che pena e vendetta sono nella sostanza identiche, ma anche che mentre la vendetta aveva un suo equilibrio e quindi conosceva limitazioni interne alla stessa violenza (si pensi, come visto, al ruolo della composizione), la pena necessita invece di limitazioni completamente esterne al potere punitivo, in quanto senza queste limitazioni la violenza in mano pubblica, sposandosi con la dimensione politica, può divenire un vero e proprio cannone puntato su un uccellino, suscettibile di strumentalizzazioni tali da giungere a violare gli stessi diritti fondamentali: ciò che oltretutto con gli autoritarismi e i totalitarismi del secolo scorso è effettivamente accaduto.

Ed infatti, quale che sia la collocazione della violenza, quale che sia la collocazione del potere punitivo dovrebbe ormai apparire chiaro come la penalità si

---

<sup>13</sup> N.D. FUSTEL DE COULANGES, *La composizione*, cit., p. 57 ss.; I. TERRADAS SABORIT, *La vendetta nell'ordinamento vendicatorio*, cit., p. 132 ss.

<sup>14</sup> In argomento, lungo una linea di continuità, cfr. N. MATTEUCCI, *Breve storia del costituzionalismo*, Brescia, 2010; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009; ID., *Il cerchio e l'ellissi. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Roma-Bari, 2020.

caratterizzi sempre e comunque per una violenza fisiologicamente tendente all'eccesso scagliata nei confronti di una persona e di come questa violenza nelle mani pubbliche possa farsi davvero illimitata, con la conseguenza che occorre contrapporre a questa forza limiti esterni e questi limiti nascono – per così dire – giuridicamente proprio con il costituzionalismo.

Alcune rapide considerazioni sul costituzionalismo possono aiutarci a comprendere ancora meglio questo passaggio. A me pare che si possa distinguere tra un “primo” costituzionalismo, quello per intenderci di matrice illuministica, e un secondo costituzionalismo, quello moderno forgiato dopo il secondo conflitto mondiale. Mentre il primo costituzionalismo ha avuto soprattutto il merito di elaborare i diritti e i principi di garanzia, ma non è stato in grado di configurare meccanismi che consentissero di rendere effettivi i limiti al potere, il secondo costituzionalismo invece si caratterizza proprio per questa fondamentale novità.

Ecco che oggi la forza del costituzionalismo sta proprio nella sua capacità di andare a porre limiti effettivi alla violenza, sia attraverso meccanismi di “giustiziabilità” che operano sul piano degli assetti di potere, sia attraverso i principi che operano sul piano dei contenuti.

#### *4.1. I meccanismi operanti sul piano dei poteri: la giustiziabilità del loro esercizio.*

Anzitutto, la questione del potere, del tutto trascurata dai giuristi, ma di basilare importanza proprio in ambito penalistico. Il costituzionalismo illuminista, il primo costituzionalismo fallisce esattamente sul piano del potere: vede gli abusi e pone i limiti attraverso la valorizzazione dei diritti e delle garanzie, ma compie – per così dire – l'errore (a dire il vero inevitabile), di continuare a collocare interamente il potere nelle mani del legislatore e quindi nelle mani del potere politico. Insomma, sul piano del potere, il primo costituzionalismo si limita a compiere un mero spostamento del potere punitivo dal Sovrano al legislatore, nella convinzione che questo spostamento possa produrre tutele e garanzie, ma come ben sappiamo le cose non sono andate così, e non potevano andare così, visto che la *ratio* veniva collocata nelle stesse mani di coloro che perseguivano anche la *voluntas*.

Ecco quindi il secondo costituzionalismo, caratterizzato non soltanto dalla fonte sovraordinata (Costituzione, Convenzione EDU, Carta dei diritti), ma soprattutto dalla giustiziabilità dell'esercizio dei poteri alla luce dei diritti e dei principi sanciti da queste fonti sovraordinate. Non ci stancheremo mai di esaltare questa autentica “invenzione” del diritto. Azzardando, si potrebbe arrivare addirittura ad affermare che mentre rispetto alle altre branche del diritto è il passaggio, pur sempre eventuale, della forza dai privati al pubblico che segna la chiusura del sistema con la funzione di trovare una sorta di equilibrio tra le forze sociali (ma anche qui quanto eccesso statalistico!), nella penalità è il costituzionalismo che marca la vera e propria chiusura del sistema, nel senso che pone limiti alla violenza potenzialmente assoluta.

Alcune battute su questo nuovo assetto. Si tende ancora a distinguere tra la dimensione costituzionale nazionale e quella europea. Effettivamente ci sono differenze

significativissime, tuttavia, a ben vedere, se si adotta la prospettiva della tutela e della garanzia, ci si rende conto di come queste due dimensioni non solo abbiano lo stesso obiettivo di porre limiti ai poteri degli Stati, ma anche di come si completino a vicenda, dando luogo a ciò che si può preferibilmente chiamare per l'appunto "costituzionalismo", da intendersi come tutela a tutto tondo contro gli abusi dei poteri che più o meno direttamente maneggiano la violenza. In particolare, mentre la dimensione costituzionale nazionale pone limiti soprattutto al legislatore, quella europea pone limiti all'esercizio di tutti i poteri, compreso quello giudiziario, che nella dimensione costituzionale nazionale italiana viene invece ancora visto come un potere di per sé di garanzia. Non solo, ma più trascorre il tempo, più ci si accorge di quanto sia significativa la dimensione europea che consente per l'appunto di porre limiti a tutti i poteri dello Stato, mentre emergono i limiti della dimensione nazionale là dove offre protezione soltanto rispetto agli abusi del legislatore. Anche perché non ci possiamo dimenticare che dalla prospettiva europea l'abuso è individuato nel concreto esercizio del potere e che costituisce abuso anche l'inerzia dello Stato a perseguire abusi commessi contro vittime.

Ebbene, al di là di tutti questi aspetti, ciò che emerge al fondo del costituzionalismo è una nuova visione del potere punitivo. Se infatti prima si trattava di un potere nella sostanza – per così dire – insindacabile e quindi illimitato, adesso invece si tratta di un potere suscettibile di un controllo di legittimità e quindi destinato ad incontrare limiti. Di più: il potere punitivo che eccede è un potere illegittimo che costituisce un abuso. Di più, vero che lo Stato mediante il potere punitivo contrasta il crimine, lo Stato, nel momento in cui eccede nell'esercizio di questo potere, diviene esso stesso autore di un illecito, e siccome alla base dell'illecito sta l'esercizio abusivo della violenza, si potrebbe arrivare addirittura a dire che lo Stato diviene esso stesso criminale: crimine oggi è ogni esercizio eccessivo e quindi illegittimo della violenza.

#### 4.2. I principi.

E veniamo agli strumenti che operano sul piano sostanziale. Qui assistiamo al grande trionfo dei diritti e dei principi, in una parola dei limiti e quindi del diritto. Due considerazioni.

Anzitutto, sul fondamento di questi principi. Per decenni ci si è interrogati su quale fosse il fondamento dei principi di garanzia. In una visione da primo costituzionalismo, il ragionamento di fondo si è basato su una logica – per così dire – funzionalista, per cui i principi erano concepiti in termini strumentali rispetto alle stesse funzioni della pena: non si può prescindere dalla colpevolezza, dalla proporzione, dalla rieducazione – si affermava – se si vogliono perseguire in modo effettivo gli scopi preventivi della pena. Già Beccaria contestava la pena di morte in quanto inutile. A ben vedere, ci si muoveva nella prospettiva del legislatore e si tentava di inoculare *ratio* nella *voluntas*, tentativo, come detto più volte, destinato a fallire. In una visione da secondo costituzionalismo, si è osservato come in realtà i principi trovassero un fondamento del

tutto autonomo rispetto alle ragioni del punire, connesso alla dignità dell'uomo e alla tutela della persona, facendo dei principi limiti preesistenti ed esterni al potere punitivo.

Ebbene, si deve ritenere che oggi, in presenza di un costituzionalismo che se non si vuol definire maturo, si può comunque considerare consolidato, le due prospettive non sono alternative, ma anzi si rafforzano vicendevolmente proprio in virtù del nuovo assetto dei poteri, per cui oggi una Corte costituzionale può far valere i principi di garanzia non solo come strumenti esterni all'attività del legislatore, ma anche come strumenti di cui lo stesso legislatore non può fare a meno se vuole legiferare con razionalità. Insomma, nel nuovo assetto odierno la giustificazione funzionale dei principi consente di valorizzare ragionamenti di ragionevolezza basati sulla razionalità, permettendo di estendere il sindacato e al contempo di rafforzare un dialogo tra Corte e legislatore destinato a svilupparsi sempre di più nel tempo.

In secondo luogo, con specifico riferimento alla penalità, desidero concentrarmi sul significato e la portata della combinazione di tre principi: personalismo, eguaglianza, rieducazione. Tali principi, infatti, sono destinati a ridefinire l'intera penalità, non solo incidendo dall'interno sulla giustizia vendicativa, ma anche, come vedremo, contribuendo a forgiare dall'esterno la giustizia riparativa che va ben oltre quella vendicativa.

Anzitutto, il passaggio dall'uomo alla persona. L'uomo ha importanza fondamentale sul piano della sua generalità e astrattezza, in una parola sul piano dell'universalità, ma la persona è altrettanto fondamentale nella sua particolarità e concretezza, in una parola nella sua unicità e irripetibilità. Ancora una volta si assiste a un vero e proprio completamento della visione garantista che consente di dosare prospettive universalizzanti con prospettive addirittura unicizzanti.

In secondo luogo, viene in gioco l'eguaglianza, la quale viene implementata sotto un duplice profilo. Certo, opportuno ribadire l'eguaglianza formale forgiata già dal primo costituzionalismo, l'eguaglianza di tutti davanti alla legge, quella basata sul parametro dell'uomo e orientata a scardinare i privilegi, quella che, sul piano della penalità, alla fin fine costituisce la spinta principale nel senso della monopolizzazione pubblica, per non dire legislativa, del potere punitivo. D'altra parte, a questa eguaglianza il secondo costituzionalismo affianca altre due eguaglianze. Sul piano sempre formale, non solo trattare situazioni identiche in modo identico, ma anche trattare in modo differente situazioni differenti. Se l'eguaglianza formale identificante finisce per fare riferimento ancora all'uomo, la seconda eguaglianza formale differenziante muove proprio dalla persona e consente di realizzare in termini effettivi quella concretizzazione che ogni persona esprime e richiede. Non solo, ma all'eguaglianza formale, sia essa "identificante" o "differenziante", si aggiunge poi l'eguaglianza sostanziale, ciò che implica addirittura un intervento dello Stato per rimuovere le cause della diseguaglianza, aspetto che, come vedremo, gioca un ruolo determinante nell'idea di arrivare a superare addirittura la violenza, per concentrarci sulla elaborazione delle cause relazionali del conflitto.

Ed eccoci alla penalità in senso stretto, alla rieducazione<sup>15</sup>. Quanta rivoluzione ha determinato la rieducazione nello stretto lasso di tempo in cui ha operato come principio costituzionale, per la semplice ragione che nella rieducazione convergono personalismo, eguaglianza formale nella sua veste differenziante, nonché l'eguaglianza sostanziale. Rieducazione vuol dire calibrare la pena sul soggetto concreto in carne ed ossa con la sua vita e la sua storia irripetibile immerse nella società; rieducazione vuol dire adattare la pena concreta all'unicità della persona; rieducazione vuol dire fare in modo che i rapporti tra soggetto e società non si rompano mai e quindi fare in modo che lo Stato e più in generale la società si prendano cura del soggetto per colmare quei *deficit* di integrazione sociale che possono stare alla base del reato.

È la sinergia di questi tre principi che ci libera dalle astrattezze giuridiche e porta la penalità a calarsi nella dimensione concreta. E i passaggi sono ancora una volta rivoluzionari. Anzitutto, si hanno effetti sugli stessi contenuti afflittivi della pena, per cui non solo si bandisce la pena di morte in quanto negazione della persona, ma si trasforma anche l'ergastolo, la cui perpetuità finisce per dipendere dallo stesso detenuto là dove decide di non sfruttare la *chance* offerta dall'ordinamento di compiere un percorso di recupero. Infine, entra in crisi la stessa pena carceraria, venendosi a "scoprire" non solo l'incompatibilità tra rieducazione e cattività, ma anche i suoi effetti desocializzanti (come potrà mai rieducare e risocializzare una pena che sta desocializzando?), nonché addirittura i suoi effetti patogeni, per cui spesso in carcere, soprattutto da un punto di vista mentale (si pensi alle dipendenze), si entra non del tutto sani e se ne esce completamente malati. E questo è così vero che se si leggono le sentenze delle Corti europee in tema ad esempio di salute mentale, ci si rende conto che oggi la stessa afflittività detentiva finisce per dipendere delle condizioni di colui che è recluso. Insomma, se prima si insegnava che la pena detentiva è eguale per tutti (l'illuminismo basato sull'uomo), oggi non si può non riconoscere che il contenuto afflittivo muta a seconda del soggetto in carne ed ossa destinatario (costituzionalismo basato sulla persona).

In secondo luogo e conseguentemente si dissolve l'indefettibilità della pena che sta alla base della prevenzione generale e della retribuzione. Vogliamo essere chiari: non sarà mai possibile pensare a una società senza la penalità, senza la dinamica vendicativa, senza precetti astratti orientati alla generalità e sigillati dalla minaccia della violenza, dalla pena. Ma è grazie al costituzionalismo che una volta arrivati alla condanna risulta possibile relativizzare questo assolutismo, guardare negli occhi il reo e operare affinché si possa determinare il migliore trattamento possibile sulla base della persona che si ha davanti.

Ed ancora si pensi alla individualizzazione della pena che comporta il tramonto delle presunzioni legali, soprattutto se si tratta di presunzioni che si basano sulla tipologia di reato o sulla pericolosità sociale, sempre più espunta dalla pena, così come si pensi alla progressività del trattamento.

---

<sup>15</sup> In argomento cfr. C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2006, p. 147 ss.



Vero tutto questo, tuttavia si deve fare anche molta attenzione ed evitare di fraintendere il costituzionalismo. La circostanza che vi sia un controllo e vi siano limiti nell'esercizio del potere non deve fare del costituzionalismo un qualche cosa che non è, e cioè identificarlo con istanze garantiste ideologizzate che inducono addirittura all'abolizionismo: si tratterebbe di un gravissimo errore destinato a generare un nuovo falso mito, che rischierebbe di fare soprattutto della Costituzione una sorta di super-legge diretta a limitare eccessivamente la discrezionalità del legislatore.

Ed infatti, sempre di più si va diffondendo l'idea che costituzionalismo sia riduzione della pena, se non addirittura sua eliminazione, secondo un programma iper-liberale che perde di vista l'esistenza di esigenze contrapposte che devono essere bilanciate. Questa visione è pericolosissima, anche perché potrebbe portare a ragionamenti addirittura perversi, per cui, ad esempio, si potrebbe diffidare della stessa lotta al carcere, nel timore che possa comportare un'espansione della pena. Ebbene, non c'è dubbio che lo stesso costituzionalismo consente di attuare un controllo anche sulla meritevolezza di pena, ma non sembra essere quella la via per limitare il legislatore. Proprio in virtù del costituzionalismo, la pena ha oggi una legittimazione che deriva dalla sua legittimità. Quindi non si può fare a meno della pena, non solo perché risponde a esigenze ancestrali per l'appunto di vendetta; non solo perché è proprio della società fondarsi sulla prescrizione di comportamenti vietati il cui carattere di divieto si regge fisiologicamente sulla minaccia della violenza; ma anche perché proprio grazie al costituzionalismo, la pena è oggi legittima. Il costituzionalismo trasforma la pena dosandola e misurandola, ma non la elimina.

Insomma, se prima del costituzionalismo la pena significava vittoria sul caos ma anche ingiustizia, oggi, grazie al costituzionalismo, la pena vince il caos facendo giustizia.

## 5. Giustizia riparativa e costituzionalismo.

Proprio sulla scia di queste considerazioni veniamo al tema della giustizia riparativa.

Un solo brevissimo accenno al carattere ancora una volta "rivoluzionario" per la pena della giustizia riparativa<sup>16</sup>. Si tratta infatti di un sistema altro rispetto alla giustizia vendicativa: mentre quest'ultima si basa sulla violenza, la giustizia riparativa prescinde invece dalla violenza, con la conseguenza che la pena può essere considerata una sorta di *genus* all'interno del quale si possono distinguere le due *species* della giustizia vendicativa e della giustizia riparativa.

Piuttosto, l'aspetto sul quale vorrei soffermare maggiormente l'attenzione è il rapporto che intercorre tra la giustizia riparativa e il costituzionalismo da esaminare in

---

<sup>16</sup> In argomento, v. per tutti G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2004; G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017; i contributi pubblicati in G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015; nonché C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Urbino, 2005, p. 111 ss.

una duplice prospettiva. Da un lato, infatti, si deve osservare come la giustizia riparativa entri addirittura all'interno dei processi costituenti, rappresentando una forma di giustizia che concorre a chiudere i conti col passato per fondare la vita di una comunità su un nuovo patto sociale. Dall'altro lato, vi sono buone ragioni per ritenere che un impulso significativo ad adottare la giustizia riparativa all'interno di un ordinamento provenga proprio dal costituzionalismo da intendersi non più in negativo, come limite e garanzia al potere punitivo di uno Stato, bensì in positivo, come fondazione delle condizioni sostanziali e valoriali per una convivenza pacifica.

Sotto il primo profilo (giustizia riparativa come parte del processo costituente), non si possono che richiamare le Commissioni di verità e riconciliazione come strumenti di gestione della c.d. giustizia di transizione diversi dalla amnistia e dall'esercizio della giurisdizione<sup>17</sup>. Anzitutto, queste Commissioni contribuiscono alla determinazione di un'autentica verità collettiva. Ed infatti, mentre l'amnistia comporta la finzione dell'oblio, ma sotto la coltre del pietoso velo il conflitto permane e brucia come brace sempre pronto a riaccendersi al primo soffio di vento (si pensi ad esempio a quanto avvenuto in Italia); mentre la giurisdizione determina sì la memoria, ma riguarda una verità pur sempre parziale e unilaterale, che tende a dimenticare le ingiustizie dei vincitori: diversamente, le Commissioni si orientano verso la costruzione di una verità comunitaria, che deve essere prima di tutto verità dei fatti e quindi verità nelle assunzioni delle responsabilità. Ed è proprio grazie alla condivisione di questa verità autenticamente collettiva che si ricostruisce quel minimo di fiducia reciproca che consente di instaurare nuovi percorsi di convivenza.

In secondo luogo, le Commissioni di verità e riconciliazione, soprattutto quando si basano sui particolari procedimenti pubblici, e quindi su un confronto reale e diretto tra vittime e carnefici, tendono alla effettiva e reale riconciliazione/ricomposizione delle parti. La valorizzazione di procedimenti informali che consentono un confronto libero tra i protagonisti delle vicende criminose permette quel sostanziale riavvicinamento che un procedimento formalizzato impedisce. Così come permette di andare oltre il confronto all'interno dell'ambito valoriale tracciato dalla legalità/tipicità, per dare spazio all'autentico dolore umano.

Infine, e conseguentemente, proprio perché capaci di confrontarsi con la verità dei fatti e delle responsabilità e di realizzare un'effettiva riconciliazione, l'attività delle Commissioni diviene parte essenziale dei processi costituenti volti a ridefinire il patto di convivenza rotto attraverso il conflitto politico-valoriale. Attraverso le Commissioni, da un lato, si cristallizzano e si positivizzano le scelte politico-giuridiche dirette ad impedire nel futuro il riprodursi del conflitto stesso; dall'altro lato, al centro del processo costituente, si colloca il tentativo di costituzionalizzare il rifiuto delle dinamiche politiche che lo hanno prodotto.

Sotto il secondo profilo (giustizia riparativa derivante dal costituzionalismo), si deve ritenere che tale forma di giustizia costituisca una sorta di inveroamento del

---

<sup>17</sup> Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *La "giustizia" di transizione. Amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, in F. PALAZZO-R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, p. 59 ss.

costituzionalismo nella sua prospettiva di patto fondante. Se infatti rispetto alla giustizia vendicativa il costituzionalismo assume la forma del limite e della garanzia, con la giustizia riparativa il costituzionalismo si concretizza nella sua essenza di accordo sociale finalizzato a una convivenza pacifica.

Ed infatti, anzitutto, posto che ogni reato può essere concepito come una rottura del patto di convivenza, mentre la giustizia vendicativa, in virtù dell'impiego della violenza, se, da un lato, tutela la società, dall'altro lato, rischia di rendere la frattura tra reo e società ancora più profonda, la giustizia riparativa tende invece a rimuovere le stesse cause del conflitto e quindi a ricostituire in termini sostanziali i presupposti per una convivenza pacifica, sia per quanto riguarda i protagonisti della vicenda criminosa, sia per quanto attiene alla comunità che vi ruota attorno.

In secondo luogo, si deve osservare come un contributo alla valorizzazione della vittima, passaggio fondamentale per tornare a pensare la giustizia in termini riparativi, sia venuto proprio dal costituzionalismo europeo, che ha posto al centro la vittima come soggetto meritevole di tutela e di riconoscimento addirittura contro gli stessi abusi dello Stato. La giustizia europea consente infatti di affermare che uno Stato è autore di un illecito e che la vittima deve ottenere un riconoscimento proprio in ragione della dimensione disvaloriale che connota l'illecito dello Stato. Ma se questo ragionamento vale per la vittima di uno Stato, perché non dovrebbe valere per la vittima di un reato? Ecco allora che in questa prospettiva la vittima di un illecito penale non è più vista come portatrice di mere istanze di vendetta, ma piuttosto di istanze di giustizia e di riconoscimento.

Andando ancora più a fondo, si può osservare come la moderna e pressoché totale emarginazione 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 vendicative e quindi 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.

Con riferimento ai principi, sono soprattutto il personalismo e l'eguaglianza a dare sostegno alla giustizia riparativa. Dal lato del personalismo, come c'è un autore da concepire in carne ed ossa, alla stessa stregua c'è una vittima da concepire in carne ed ossa, incisa dalla vicenda criminosa e bisognosa di fare i conti con quella vicenda per tornare a vivere il proprio futuro. Si incrina così l'assolutismo statalistico che finisce per ridurre la dimensione offensiva del fatto ad interessi concepiti in termini totalmente pubblicistici e per bandire la vittima dalla dimensione della penalità per confinarla nell'ambito civile. Insomma, costituisce una forzatura ulteriore la distinzione tra un disvalore penale a carattere pubblicistico interamente gestito dallo Stato e un disvalore civilistico a carattere privatistico che attiene alla vittima, anche perché quella coltellata inferta nei confronti della vittima mantiene un disvalore penale proprio nei confronti della vittima, che non può trovare una risposta soltanto nel risarcimento del danno anche se esteso al carattere non patrimoniale.

Dall'altro lato, torna ad operare l'eguaglianza combinata con la solidarietà. Per un verso, opera l'eguaglianza formale nella sua dimensione differenziante, per cui situazioni diverse devono essere trattate in modo diverso: la concretezza della vicenda criminosa e della situazione relazionale può essere tale da attribuire rilevanza a un percorso di incontro tra i soggetti protagonisti della vicenda. Per altro verso, opera l'eguaglianza sostanziale in chiave solidaristica, per cui, se compito dello Stato è rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena espressione della persona, lo Stato deve approntare strumenti che consentano di superare le stesse ragioni del conflitto, con la conseguenza che la giustizia riparativa diviene strutturalmente una giustizia di comunità.

Infine, posto che il costituzionalismo è riduzione dell'astrattezza a favore della concretezza, dello Stato a favore della società, della centralità a favore della territorialità, la giustizia riparativa è emersione della persona, delle dinamiche relazionali concrete e della società. Insomma, si potrebbe addirittura arrivare ad affermare che dietro la giustizia riparativa vi sia una visione sussidiaria dello Stato, che implica una valorizzazione della comunità e della persona nella gestione sostanziale dei conflitti e della penalità.

## **6. Una rilettura dell'Orestea: da mito che supera la vendetta a mito che fonda il costituzionalismo.**

L'Orestea, soprattutto attraverso le Eumenidi, è un'opera fondante di ogni discorso sulla penalità e la sua giustizia, che segna un passaggio epocale, relativo non solo all'epoca specifica in cui viene scritta, ma con riferimento a ogni epoca<sup>18</sup>. Il tema vero è comprendere in cosa consista questo passaggio epocale in quanto di tutte le epoche.

Certo, ci troviamo in presenza di un formidabile disinnescamento della violenza che sta alla base della vendetta di sangue, artisticamente espresso da una progressiva fuoriuscita dalla tetraggine cupa e turpe che caratterizza l'Agamennone e in parte anche le Coefore, per giungere fino alla luminosa serenità del finale delle Eumenidi. Questo è il dato certo, potremmo dire ciò che nel passaggio è oggetto di superamento. Meno chiaro appare però ciò che viene istituito per il futuro una volta che la vendetta di sangue risulta superata.

In estrema sintesi, si possono individuare due grandi letture. Da un lato, si può fare leva sull'istituzione dell'Aeropago che segnerebbe il passaggio dalla giustizia a due a quella a tre, dalla giustizia vendicativa a quella pubblica, dalla giustizia sacra a quella laica, dalla giustizia gestita dagli dei a quella gestita dagli uomini. Attraverso l'istituzione dell'Aeropago, si viene a determinare il cambio di paradigma dalla giustizia privata basata sulla vendetta alla giustizia che invece, in quanto gestita dal tribunale,

---

<sup>18</sup> V. per tutti F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2004, p. 85 ss.; C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra*, cit., p. 106 ss.

sarebbe pubblica. E mentre il primo paradigma sarebbe espresso dalle forze distruttrici e “maledette” delle Erinni, il secondo sarebbe invece caratterizzato dal flusso pacificatore e benevolo delle Eumenidi. Insomma, il passaggio dalla vendetta ingiusta ad un sistema penale giusto si realizzerebbe mediante l’istituzione del tribunale ovvero attraverso la sottrazione della violenza dalle mani private per essere concentrata in mano pubblica.

Dall’altro lato, si può far leva sulla trasformazione delle Erinni da furie “vendicatrici” a benevole, sottolineando come il passaggio sia ancora più radicale, e cioè da un sistema vendicatorio basato sulla violenza a un sistema di composizione e riconciliazione, come dimostrato dalla mancata punizione di Oreste oltretutto reo confesso<sup>19</sup>.

Non v’è alcun dubbio che i passaggi determinanti siano proprio l’istituzione dell’Aeropago e la trasformazione delle Erinni, tuttavia a me pare che questi due passaggi non possano essere scissi, essendo piuttosto espressione della stessa filosofia di fondo, compendiabile nella determinazione di un limite alla violenza, di una misura.

In particolare, vedere l’Aeropago come l’istituzione di un tribunale terzo che oltretutto pone fine all’*escalation* di violenza è più che plausibile, ma ritenere che mediante questo passaggio si determini di per sé anche una limitazione della violenza è riduttivo, se non addirittura fuorviante. Sembra trattarsi infatti di una lettura condizionata proprio da quella mitologia frutto della modernità che abbiamo criticato e che vorrebbe fare del passaggio del punitivo dalle mani private a quelle pubbliche una intrinseca garanzia.

A ben vedere, infatti, il ruolo dell’Aeropago non verte tanto su una dimensione del fatto, ma su una dimensione che attiene alla legge. Se, da un lato, si discute delle conseguenze incontro alle quali deve andare Oreste, dall’altro lato, ciò che si pone non è tanto il problema della responsabilità di Oreste, della appartenenza del fatto a Oreste, ma del meccanismo “giuridico” che impone di punire necessariamente e unilateralmente Oreste, vale a dire della legittimità della legge in virtù della quale Oreste dovrebbe essere necessariamente punito mediante l’intervento “spietato” delle Erinni.

Tutto ciò emerge con chiarezza dalla difesa di Apollo che pone una questione di legge, con la conseguenza che l’Aeropago è chiamato a decidere su tale questione. In particolare, il tema diviene l’impurità che contamina Oreste e che, stando alla “legge vigente”, può essere lavata soltanto con il sangue. Ebbene, Apollo offre argomenti per rompere la necessaria sequenza in quanto elimina – per così dire – la causa dell’impurità, osservando come Oreste non abbia commesso un delitto di sangue: solo il padre determina la discendenza di sangue, perché «colei che viene chiamata madre non è genitrice del figlio, bensì soltanto nutrice del germe appena in lei seminato. È il fecondatore che genera; ella, come ospite ad ospite, conserva il germoglio, se un dio non lo soffoca prima» (Eumenidi, vv. 657-661). E che questo ragionamento sia vero – sostiene Apollo – è dimostrato dal fatto che «può esserci un padre anche senza la madre. Proprio qui ne è testimone la figlia di Zeus Olimpo, che non fu nutrita nell’oscurità di un grembo,

---

<sup>19</sup> Su questo aspetto sembra insistere la lettura di C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra*, cit., p. 106 ss.

eppure è un germoglio quale nessuna dea potrebbe dare alla luce» (Eumenidi, vv. 663-666).

Ecco che l'Aeropago, più che assolvere Oreste, invalida la legge attraverso la quale si sarebbe dovuto necessariamente punire. Ebbene, non vogliamo arrivare ad affermare che l'Aeropago costituisca una sorta di tribunale costituzionale, ma senza dubbio l'Aeropago più che eliminare la violenza che sta alla base di ogni reazione a fatti di reato, elimina la reazione eccessiva e sproporzionata tipica delle Erinni: la violenza illimitata delle Erinni non è più ammessa.

Ed è proprio sulla base di questa considerazione che a nostro avviso si comprende meglio la trasformazione delle Erinni. Vero che le Erinni da furie vendicatrici mutano in benevole, è anche vero che le Erinni non sembrano perdere la loro forza e la loro capacità – per così dire – sanzionatoria. Esse, infatti, a ben vedere, restano garanti della reazione nei confronti dei fomentatori di discordia: «e faccio voti che mai in questa città frema la discordia insaziabile di mali, né polvere, bevendo nero sangue di cittadini, nel furore della vendetta colga avidamente dalla città sciagure che sangue con sangue contraccambiano». Il voto è duplice: da un lato, non abdicano al loro essere presidio di pace contro la discordia e contro le violenze reciproche tra i cittadini: quindi le Erinni trasformate in Eumenidi restano. Dall'altro lato, il patto non è diretto a eliminare la forza, ma "il furore della vendetta" e quindi a limitare la violenza. Ecco che individuare nella trasformazione delle Erinni la conversione della violenza in non violenza rischia di essere eccessivo, mentre molto più persuasiva è l'idea che le Erinni diventino violenza misurata contro gli eccessi e per questo benevole.

Se tutto questo ha un fondamento, il passaggio dell'Orestea non attiene tanto all'istituzione di un tribunale terzo o alla trasformazione della violenza in non violenza. Piuttosto, legando assieme l'Aeropago che invalida la legge della indefettibile reazione unilaterale e illimitata con le Erinni che senza il furore della vendetta continuano a presidiare contro l'eccesso che genera discordia, il cuore del passaggio delineato dall'Orestea si sposta sulla erezione del limite e della misura da contrapporre a ogni violenza di per sé suscettibile di eccedere: eccesso nel compiere l'illecito, eccesso nel reagire all'illecito.

Insomma, l'Orestea è la tragedia che va ben oltre il superamento della vendetta attraverso la costituzione di tribunali e di composizioni, per muoversi nell'ottica di eliminare gli eccessi, contrapponendo la misura a chi offende e a chi difende dalle offese, fondando così una violenza limitata, vale a dire i limiti alla violenza ovvero il costituzionalismo.