

LA PENA: GIUSTIZIA O VENDETTA? IL RUOLO DELL'ARTE NELLA FORMAZIONE DEL GIURISTA AL TEMPO DEL COSTITUZIONALISMO MODERNO (*)

di Roberto Bartoli

La letteratura, l'arte possono avere un ruolo fondamentale nella formazione del giurista. Fino a quando il diritto è stato legalità, esegesi, tecnicismo, il diritto era un mondo conchiuso e impenetrabile a qualsiasi istanza diversa dalla normatività. Adesso che il diritto è immerso nel costituzionalismo, il diritto è un mondo aperto e sensibile alle molteplici istanze fenomenologiche, sociali, valoriali. E l'arte contribuisce proprio a renderlo sensibile al costituzionalismo, alla contestazione della legalità e del potere attraverso le istanze di una giustizia fatta di libertà, diritti, principi, ragionevolezza.

SOMMARIO: 1. Il diritto e la letteratura nella formazione del giurista: una provocazione? – 2. Le trasformazioni del diritto dal legalismo al costituzionalismo. – 3. Il ruolo del giurista nel legalismo e nel costituzionalismo. – 4. La formazione del giurista nel legalismo e nel costituzionalismo. – 5. Gli insegnamenti di diritto penale fiorentini costituzionalmente orientati. – 6. Verso nuovi insegnamenti per completare la formazione del giurista al tempo del costituzionalismo. – 7. Il ruolo della letteratura e dell'arte nella formazione del giurista al tempo del costituzionalismo. – 8. Riflessioni sulla Oresteia di Eschilo: vendetta, pena, giustizia, costituzionalismo. – 9. La Costituzione del 1948: le Eumenidi dei nostri Padri costituenti.

1. Il diritto e la letteratura nella formazione del giurista: una provocazione?

Perché occuparsi della letteratura e, più in generale, dell'arte che hanno ad oggetto questioni che attengono al diritto, potremmo dire “questioni giuridiche”, “questioni di giustizia”, all'interno di un *iter* formativo di un giurista in erba? Perché, a conclusione del loro percorso di studio, offrire ai nostri allievi una riflessione sulla pena, domandandosi se il suo impiego costituisca una forma di giustizia oppure una forma di vendetta (ma davvero tanti sono i temi che si potrebbero affrontare ...)? E perché tentare di dare una risposta a tale interrogativo, facendo riferimento a testi letterari e ad opere d'arte?

Provocazione? Vezzo? Sfoggio? *Divertissement*?

(*) Il presente scritto è destinato alla pubblicazione nel volume P. Lucarelli e A. Simoncini (a cura di), *Il nuovo giurista nella Città della Giustizia. Metodi ed esperienze fiorentine*, Firenze, Pacini Editrice, in corso di pubblicazione. Si ringraziano i Curatori e l'Editore per la gentile concessione.

2. Le trasformazioni del diritto dal legalismo al costituzionalismo.

È noto come con il mutare del diritto, muti il ruolo del giurista e quindi muti anche la sua esigenza formativa alla quale ogni docente è tenuto a rispondere. Ebbene, negli ultimi decenni tutto il diritto e quindi anche, per quanto mi compete, il diritto penale, hanno subito una vera e propria rivoluzione, potendosi distinguere tra una dimensione giuridica precedente al costituzionalismo moderno e quella che invece si colloca pienamente in questa nuova epoca.

Dall'illuminismo fino alla seconda metà del secolo scorso (ma a dire il vero anche per tutto il primo ventennio repubblicano), ha dominato una concezione (un mito) secondo cui il diritto si esauriva nella legge, con molteplici conseguenze che in questa sede si possono soltanto accennare. La sovranità era concentrata nelle sole mani del legislatore con conseguente supremazia dello stesso su tutti gli altri poteri chiamati ad eseguire la sua volontà: si potrebbe parlare di una divisione dei poteri più apparente che reale, in verità strumentalizzata e asservita alla "maestà della legge". La politica, la *voluntas* e quindi la democrazia, che hanno in sé pulsioni assolutiste e autoritarie, prevalevano sulla stessa dimensione giuridica, sulla *ratio* e quindi sui diritti della persona. Da un punto di vista ermeneutico, la legalità legalistica comportava una riduzione dell'attività interpretativa a mera esegesi, determinandone nella sostanza una neutralizzazione, visto che era ancorata alla lettera o tutt'al più concepita come ricerca linguistica, tra più significati possibili, di quello maggiormente aderente alla *voluntas legis*, trascurando qualsiasi dialettica con il fatto e qualsiasi riflessione sullo scopo della norma. Inoltre, da questa visione conchiusa nella legge, derivava una sordità e cecità dell'interprete riguardo alle istanze sociali, nonché – ed è forse questo il tratto più problematico e mai a sufficienza evidenziato – una totale indifferenza riguardo alle istanze di giustizia, da intendersi come esigenze di tutela dal potere pubblico da soddisfare non solo mediante il riferimento a libertà, diritti e principi sostanziali di garanzia ulteriori rispetto al contenuto della legge, ma anche attraverso una prospettiva/mentalità critico-valutativa dei contenuti della legge. Insomma, la legalità legalistica alla fin fine si basava sul mito della legge giusta in sé, in quanto espressione della democrazia, con l'ulteriore corollario che, venendo ridotto, se non addirittura annichilito ogni ruolo di qualsiasi artefice del diritto, quest'ultimo si ritrovava del tutto deresponsabilizzato.

Com'è notissimo, oggi le cose non stanno più così. Con il costituzionalismo moderno, non soltanto la politica e la legge, ma più in generale tutto il diritto sono subordinati alla Costituzione e, in forma più o meno diretta, sottoposti a un controllo di legittimità/conformità alla stessa, con la conseguenza che la politica e la legge, nonché la democrazia, conoscono i limiti invalicabili delle libertà, dei diritti umani e dei principi soprattutto a carattere sostanziale. Stando agli sviluppi più recenti, le scelte del legislatore sono inoltre suscettibili di un sindacato di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale attraverso il quale si esprimono con forza i concetti ultimi del diritto costituiti dall'eguaglianza e dalla razionalità. Conseguenza di tutto questo è il rafforzamento non solo del potere giudiziario che, secondo una felicissima immagine, si

sposta da sotto la legge per guardare direttamente la Costituzione, ma anche di tutti gli artefici del diritto che concorrono a far penetrare la Costituzione all'interno dell'intero ordinamento. E nel compiere questa operazione tutti questi soggetti progressivamente si elevano, se non al pari della legge, comunque in un rapporto dialettico con la stessa, svolgendo una funzione determinante nel dare il proprio contributo a forgiare il sistema conforme a Costituzione. Il potere giudiziario e gli artefici del diritto acquistano quindi un ruolo fondamentale nel momento in cui interpretano e applicano il diritto, non soltanto per le scoperte ermeneutiche, ma anche per la tensione costituzionale che deve caratterizzare la loro attività interpretativa. Possiamo parlare di una responsabilizzazione verso la Costituzione. E proprio perché il potere giudiziario e gli artefici del diritto non sono più soggetti alla legge, ma soltanto alla legge conforme alla Costituzione, non solo acquistano una certa autonomia nella dialettica con il legislatore, ma lo stesso operato di questi attori diventa oggetto di vaglio sul piano della conformità a Costituzione. Insomma, nel nuovo assetto del costituzionalismo moderno l'attenzione non si concentra più sulla legge ritenuta in sé giusta quale che sia il suo contenuto e in quanto proveniente dal potere legittimato democraticamente, ma sull'effettiva giustizia del diritto complessivamente inteso in quanto conforme a Costituzione.

3. Il ruolo del giurista nel legalismo e nel costituzionalismo.

Fino a quando il diritto si è esaurito nella legalità legalistica, è stato primato del legislatore e della politica, si è basato sull'interpretazione letterale, è stato ridotto dal pluralismo ordinamentale all'unicità e all'unanimità della legge, il giurista è stato concepito con un ruolo di secondo piano, subalterno, di mero esegeta e "automatico" applicatore della legge, potremmo dire addirittura di burocrate impermeabile a qualsiasi istanza proveniente da ciò che sta al di fuori della legge. Nessun dialogo con i fatti, la loro peculiarità destinata a contestare, proprio grazie al contesto, il testo di qualsiasi norma. Nessuna tensione verso la società, le sue trasformazioni, i suoi mutamenti, sia in termini valoriali che sul piano fenomenologico. Nessuna apertura al diritto da intendersi come realtà socio-normativa molto più ampia della volontà selettiva, spesso unilaterale e assolutista del legislatore. E quindi tanta precomprensione frutto di un mero soggettivismo egoico davvero arbitrario. Ma soprattutto, nessuna sensibilità verso ciò che può contenere e franare il potere, verso ciò che si potrebbe chiamare giustizia come argine all'abuso, all'arbitrio, all'irragionevolezza, alla diseguaglianza, all'irrazionalità. Il sistema era congegnato in modo tale che non solo il mondo giuridico si esaurisse nella legge, ma anche che il giurista si collocasse subordinato e prono sotto la legge. In questa prospettiva, il giurista finiva per non interrogarsi più sul perché, direi per non porsi più domande, ma recepiva passivamente tutto ciò che la legge con la sua autorità disponeva e imponeva.

Con il costituzionalismo moderno ancora una volta le cose sono cambiate, non soltanto perché il giurista è tornato protagonista assoluto nella creazione del diritto, ma anche perché il giurista è divenuto promotore di giustizia. Non solo il diritto non si esaurisce nella legge, ma tutto ciò che è diritto, nella sua formazione istituzionale o

sociale deve essere letto alla luce della Costituzione. Ciò significa senz'altro fine del legalismo, ma a ben vedere significa qualcosa di ancora più profondo e cioè che il diritto come "essere" si deve guardare costantemente allo specchio di un "dover essere". Di più: da un lato, se non è subordinato alla legge, ma alla legge conforme a Costituzione, l'interprete ha la responsabilità di vagliare la legge e il diritto che sta maneggiando, nella consapevolezza che se applica una legge illegittima egli stesso viola la Costituzione; dall'altro lato, e conseguentemente, lo stesso interprete può porsi in contrasto con i principi costituzionali, sia perché adotta un'interpretazione che viola diritti e principi sia perché si discosta da una legge costituzionalmente conforme. Ecco che il costituzionalismo impone al giurista di non occuparsi soltanto della legge e del diritto, ma di ciò che sta oltre la legge e il diritto, della società, delle sue istanze, ma soprattutto della loro giustizia intesa come rispetto della Costituzione da parte della legge e del diritto. Ciò significa tutela delle libertà, estensione dei diritti a tutte le situazioni analoghe e quindi non soltanto principi sostanziali, ma anche ragionevolezza nelle sue articolazioni dell'eguaglianza, della razionalità e della proporzione. Il costituzionalismo responsabilizza la giurisdizione e gli artifici del diritto nell'esercizio delle loro attività. Il diritto diviene così uno straordinario e potentissimo strumento di progresso civile e sociale, di rafforzamento e ampliamento della convivenza pacifica e della realizzazione della persona. In ambito penalistico si pensi alla rivoluzione che hanno prodotto il concetto di persona e il principio di tendenza alla rieducazione.

Se quindi il legalismo significava legge a prescindere da qualsiasi giustizia, e quindi per il giurista chiusura, restrizione e formalismo (quanto autoritarismo si può già leggere in tutto ciò), costituzionalismo significa diritto in prospettiva di giustizia, e quindi per il giurista apertura, libertà e sostanza.

4. La formazione del giurista nel legalismo e nel costituzionalismo.

Prima del costituzionalismo moderno, in presenza di un giurista esegeta, la formazione si imperniava soprattutto sul tecnicismo, sulla lettera, sul ragionamento formalistico e meramente logico, sui concetti e sulla dogmatica: insomma, potremmo dire che nella formazione del diritto ci si occupava soltanto delle norme o meglio della normatività delle norme. Basta pensare a quanto sia stata contrastata – e per la verità lo sia tutt'ora – l'interpretazione teleologica, quella che fa leva sullo scopo e la funzione della norma, vale a dire sulla *ratio*!!! Buon giurista era quindi quello che non si poneva domande, ma eseguiva. E per eseguire bene, il buon giurista doveva essere indifferente alle istanze della società, alle istanze dei diritti, ai principi di garanzia, alla ragionevolezza. Se doveva essere posto un limite, quel limite non andava posto al legislatore, ma all'interprete e all'artefice del diritto, affinché l'operato di quest'ultimo risultasse fedele alla legge. E la mentalità legalistica era così diffusa che addirittura gli stessi principi costituzionali erano interpretati facendo leva sulla lettera. Guai al giurista che s'interrogava sulla ragionevolezza di una scelta in termini di eguaglianza e di razionalità. A ben vedere, con l'art. 14 delle preleggi, nel momento in cui si vietava l'estensione analogica delle leggi penali, si vietava addirittura lo stesso diritto. E

lunghissimo sarebbe il discorso se si pensa poi al legame strettissimo che intercorre tra l'attività interpretativa strutturalmente analogica e il giudizio di ragionevolezza basato sull'eguaglianza e sulla razionalità e quindi su comparazioni analogiche, vale a dire sulle due attività che non a caso costituiscono gli strumenti fondamentali per vagliare la conformità delle leggi a Costituzione. Ecco che risultava difficile parlare di formazione, perché il sistema stesso risultava deformato. Tant'è vero che per raggiungere gli obiettivi di tecnicismo non solo si finiva per perdere la sostanza, ma addirittura si finiva per smarrire la stessa funzione e funzionalità giuridica, direi addirittura la stessa normatività, visto che solo lo scopo di una norma può darle senso giuridico. Non è un caso che per molti decenni si sia posta la necessità di spiegare ai nostri allievi che il diritto è dell'uomo e per l'uomo, tant'era forte la tendenza a smarrire la sostanza e a chiudersi in un normativismo artificiale e asfittico, in un vuoto linguistico di mera retorica, in un esercizio di pura logica cerebrale. E dal momento che si assecondava la legge ritenuta oltretutto di per sé giusta, esito finale era assecondare un atteggiamento mentale di subordinazione, remissivo, passivo, forse addirittura servile.

Ebbene, nel costituzionalismo moderno la formazione non può che essere realizzata in termini completamente diversi. Anzitutto, allevare al senso dei limiti al potere, e quindi alle libertà e ai diritti: se lo Stato consente ordine e pace e di contrastare la violenza ingiusta, il crimine, lo stesso Stato non può attentare all'ordine e alla pace, non può commettere crimini, non può usare la forza pubblica in modo ingiusto collocandosi sullo stesso livello del criminale. Lo Stato combatte necessariamente il crimine con una mano legata, perché altrimenti nega gli stessi principi per i quali è fondato. Se la violenza criminale è ingiusta, la violenza statale è giusta non perché statale ma perché conforme a principi. Quindi limiti non solo al potere legislativo, ma anche a quello giudiziario e più in generale a tutto il potere pubblico che può abusarne. Inoltre, occorre insegnare l'ermeneutica da intendersi sia come attenzione alla dialettica tra fatto e diritto, ma più al fondo come vero e proprio procedimento analogico, nella consapevolezza che il cuore dell'analogia non sta nella comparazione, ma nel criterio (la *ratio*) e ancora più a fondo nella selezione del criterio alla luce del quale compiere la comparazione. Il procedimento analogico è il cuore del diritto e del costituzionalismo e pervade i momenti centrali della vita del diritto, dalla dialettica tra il fatto e il diritto, alla individuazione delle interpretazioni possibili, fino al vaglio di ragionevolezza basato sull'eguaglianza e sulla razionalità, con la conseguenza che diviene centrale insegnare proprio ciò che prima del costituzionalismo risultava vitato e bandito, ma che in realtà sta alla base giuridica del costituzionalismo. Sul piano della mentalità tutto ciò significa quanto meno diffidenza nei confronti del potere, nella consapevolezza che il potere illimitato e smisurato è abuso e sopraffazione. Ma possiamo dire di più: costituzionalismo significa critica, contestazione, costante vaglio e valutazione, significa porsi sempre anche dall'altra parte del potere. Nulla di più esaltante per un insegnamento oltretutto scientifico come quello universitario, che fa della ricerca del perché e della demitizzazione la sua ragion d'essere: ricerca scientifica e attività ermeneutico-costituzionale finiscono per coincidere in un'osmosi straordinaria, per cui la stessa ricerca scientifica è in realtà attività ermeneutico-costituzionale e l'attività ermeneutico-costituzionale equivale a ricerca scientifica.

Ecco allora che oggi formare il giurista significa più che mai insegnargli a pensare, a porsi la domanda “perché?”, a sforzarsi di capire, a mettere in discussione, a contestare, non per mera finalità polemica, ma per attuare la nostra Costituzione: insegnare il diritto oggi significa insegnare ad essere ribelli alla legge se è indispensabile per essere fedeli alla Costituzione, con la conseguenza che domandarsi il perché, attività ermeneutica basata sull’analogia e sensibilità per i diritti e la ragionevolezza sono i pilastri del nostro insegnamento.

5. Gli insegnamenti di diritto penale fiorentini costituzionalmente orientati.

Negli ultimi trent’anni il percorso formativo fiorentino offerto dalla Facoltà di Giurisprudenza prima e dalla Scuola di Scienze giuridiche adesso, si è messo con forza nella prospettiva di questo nuovo diritto, del nuovo giurista e della nuova formazione. Stando alla mia materia, agli insegnamenti fondamentali di diritto penale 1 (generale) e diritto penale 2 (speciale), diretti a fornire soprattutto i rudimenti, sono stati aggiunti i corsi di diritto penale avanzato, criminologia e diritto penale comparato.

In particolare, diritto penale avanzato può essere definito anche come diritto penale applicato. In questo corso ci si occupa soprattutto di questioni giuridico-applicative affrontate con il supporto e attraverso la giurisprudenza. Si tratta di una palestra di ermeneutica, dove si approfondiscono istituti già trattati nei due corsi fondamentali, ma dove soprattutto ci si confronta con la giurisprudenza della Corte EDU, della Corte costituzionale, delle Sezioni Unite, impostando questioni e argomentando soluzioni. Se il giurista non è più bocca della legge, se l’interpretazione non è più soltanto lettera, occorre fornire al giurista gli strumenti per interpretare, dandogli consapevolezza dello strumento ermeneutico come ragionamento teleologico e analogico. Da qui un’attenzione costante alla ragionevolezza, all’eguaglianza e alla razionalità, una tensione continua a una lettura costituzionalmente orientata del diritto nel suo farsi.

La criminologia ha la funzione di aprire al fenomeno, alla realtà empirica dei dati e dei fatti con i quali il diritto si confronta. Nella criminologia si parte dalla realtà fenomenica dalla sua complessità non soltanto per demitizzare, ma anche per abituare ad una visione più ampia capace di interrogarsi sulle cause dei fenomeni criminali compresa anche l’origine soggettiva del crimine. Tale ampliamento consente di rendersi conto che il diritto penale è soltanto uno degli strumenti che concorrono a creare le condizioni di una convivenza pacifica, nonché di imparare a interrogarsi sulle cause del crimine e a verificare i risultati che si perseguono, abbandonando la dimensione meramente valutativa/valoriale e quindi spesso meramente simbolica che contraddistingue il diritto penale. Insomma, posto che il diritto penale è sofferenza, questa sofferenza deve essere giustificata anche sul piano della sua utilità razionale, potendosi considerare la dimensione meramente simbolico-valoriale un’altra faccia dell’autoritarismo anticostituzionale.

Infine, il diritto penale comparato rafforza la relativizzazione del sistema e quindi la formazione di una visione di politica criminale orientata agli scopi, nella

consapevolezza che esistono pluralità di discipline tutte costituzionalmente legittime, ma con significati e obiettivi diversi. E questa visione, se da un lato potenzia una lettura pluralistica valoriale, dall'altro lato non relativizza ma rafforza la Costituzione che non può essere concepita come una sorta di superlegge che impone un'unica visione valoriale e penalistica, ma piuttosto come garanzia del pluralismo nella condivisione di alcuni principi fondanti.

6. Verso nuovi insegnamenti per completare la formazione del giurista al tempo del costituzionalismo.

Negli ultimi anni, a questo percorso formativo si stanno aggiungendo altri tre tasselli: un insegnamento di diritto e letteratura, il tema della mediazione e una clinica legale sulla casistica mediante il processo simulato.

Iniziando da quest'ultima, si tratta del tassello ancora totalmente mancante e che, in collaborazione con processualisti, contiamo di aggiungere il prossimo anno. Riteniamo che proprio il formato della clinica legale consenta di realizzare al meglio il processo simulato. Si tratta del vero e proprio completamento della formazione dei nostri allievi attraverso una sorta di anticipazione nel percorso universitario di ciò che li aspetta nell'esercizio delle professioni legali. Tre casi, tre tracce relative a fatti concreti e da lì sviluppare accusa, difesa e giudizio mettendo assieme diritto penale sostanziale, diritto processuale e se necessario costituzionalismo. Ma soprattutto, da un lato, apertura alle professioni legali e quindi coinvolgimento di pubblici ministeri, avvocati e giudici con un ruolo dei docenti soprattutto di coordinamento, dall'altro lato, protagonismo assoluto dei ragazzi che divisi in squadre a turno si collocheranno nelle diverse prospettive dell'accusa, della difesa e del giudizio.

Per quanto riguarda la mediazione, da alcuni anni abbiamo organizzato corsi di perfezionamento sulla giustizia riparatrice, ma adesso, anche in considerazione delle più recenti proposte di riforma, occorre compiere un passo ulteriore e l'idea di fondo potrebbe essere quella di un insegnamento anche della mediazione penale da affiancare, quanto meno sul piano sostanziale, a quello di "mediazione dei conflitti" già presente in ambito civilistico. La mediazione è uno strumento di risoluzione dei conflitti alternativo alla giurisdizione e se risulta pienamente sintonico alla prospettiva civilistica dove domina l'autonomia privata, in ambito penalistico finisce per rappresentare una vera e propria altra forma di giustizia: non un altro diritto penale, ma un qualcosa che è altro dal diritto penale, essendo orientato alla ricomposizione sostanziale tra autore e vittima, piuttosto che alla punizione del solo autore. Non solo, ma tutto questo è in piena sintonia con lo spirito della nostra Costituzione, che attraverso il principio di tendenza alla rieducazione basa la nostra giustizia, anche penale, su meccanismi che, più che separare e dividere, uniscono, al fine di garantire un'autentica convivenza pacifica.

7. Il ruolo della letteratura e dell'arte nella formazione del giurista al tempo del costituzionalismo.

E veniamo finalmente al diritto e alla letteratura, dovendosi subito precisare che, da un lato, per diritto non si deve intendere soltanto il diritto penale, ma più in generale, il diritto *tout court* e che per letteratura si deve intendere in senso molto più ampio l'arte (pittura, scultura, cinema, musica etc.). Ebbene, è nostra convinzione che la letteratura che si occupa del diritto svolga un ruolo addirittura decisivo nella formazione del giurista al tempo del costituzionalismo moderno per tre ragioni fondamentali.

Anzitutto, su un piano – per così dire – filosofico-concettuale, proprio attraverso la comparazione come strumento conoscitivo/razionalizzante, la riflessione sull'arte che si occupa di diritto consente di comprendere meglio cosa sia il diritto, non solo riflettendo su analogie e differenze tra arte e diritto (contemplazione *versus* valutazione), ma anche analizzando testi che nell'occuparsi del diritto dalla prospettiva della letteratura permettono di vedere cose che altrimenti non si sarebbe in grado di vedere. Per fare un esempio, si pensi ai rapporti tra interpretazione letteraria e interpretazione giuridica (non è un caso che l'ermeneutica sia nata proprio nell'ambito della filosofia estetica) oppure al rapporto tra metafora e analogia. Più al fondo, da un lato, comprendere cosa sia la contemplazione come adesione alla realtà e alle sue contraddizioni, consente di comprendere meglio cosa sia il criterio valutativo, la decisione, la scelta che comportano sempre una divisione e quindi una selezione della realtà; dall'altro lato, permette di rendersi conto come la decisione non possa non partire dalla contemplazione, vale a dire da una conoscenza a tutto tondo della realtà e come la decisione di equilibrio riesca anche a tenere di conto dei contro-interessi ovvero della parte della realtà che resta fuori dalla selezione.

In secondo luogo, grazie alla letteratura si sviluppa ciò che definirei l'etica del giurista soprattutto in quest'epoca in cui il giurista è tornato ad essere artefice del diritto, autentico protagonista. Al momento dell'interpretazione il giurista è condizionato dalla precomprensione frutto spesso di pregiudizi personali che allontanano non soltanto dalla legge, ma anche dalla Costituzione: attraverso la letteratura si induce a vincere la precomprensione egoica e a sforzarsi ad uscire dal sé per andare verso la realtà. Attraverso la sua essenza di *imitatio*, l'arte spinge verso la realtà. Occorre vedere, vedere le cose così come sono, sforzarsi di abbandonare la propria prospettiva per collocarsi nell'ottica di ciò che sta davanti. Inoltre, il giurista, soprattutto se giudice e più in generale se appartenente allo Stato, si troverà a gestire, in termini più o meno diretti, la forza pubblica o comunque a collocarsi in una posizione di potere. Ebbene, la letteratura contribuisce a rafforzare il senso del limite, la consapevolezza di quanto la forza sia rischiosa e pregiudizievole, anche perché tende a mostrare soprattutto quando chi dovrebbe fare giustizia in realtà fa ingiustizia e utilizza il potere non per tutelare e difendere ma per sopraffare e abusare. Ed ancora, rischio per il giurista è la certezza, il chiudersi nella propria convinzione, il non mettersi mai in discussione, sia rispetto ai fatti che alla scelta ermeneutica: la letteratura contribuisce a saper coltivare il dubbio, a interrogarsi, a chiedersi costantemente perché, a mettere in discussione le cose come appaiono e a sforzarsi di vedere come stanno effettivamente. Con la sua prospettiva

contemplativa, la letteratura allena a porsi dall'altra parte e quindi a problematizzare. Proprio perché contempla, oltre alla luce vede l'ombra, anzi vede la luce mediante l'ombra, nel senso che l'arte tende a mettere in evidenza quello che potremmo definire il lato oscuro delle cose. Infine, sempre perché contemplativa, l'arte induce a mettersi nei panni di tutti coloro che partecipano alla vicenda giustizia e quindi di mettersi nei panni anche di coloro che hanno torto, invitando a farsi carico delle loro istanze, invitando a vedere la solitudine dell'uomo e al contempo l'appartenenza di tutte le persone alle stesse identiche vicende umane. Non esito a parlare di compassione e di consapevolezza che il diritto in ultima istanza è fatto per unire.

Ed eccoci all'ultimo aspetto: la letteratura contribuisce a rafforzare il costituzionalismo, che significa oltre la legge, che significa giustizia. La letteratura, del resto in questo simile alla scienza, contribuisce ad aprire la mente, a porsi domande, a contestare. L'arte nel suo processo creativo muove dal vedere le cose ben al di là delle apparenze, mostra e disvela, quindi contesta il sé, le apparenze, i miti, le sovrastrutture. Inoltre, proprio perché problematizza, l'arte contribuisce a rafforzare l'essenza del diritto nel suo essere equilibrio, misura, ragionevolezza, eguaglianza, bilanciamento, razionalità, umanesimo e personalismo che costituiscono la cifra della nostra giustizia. La contemplazione di Omero che nella sua apparente terzietà, ma in realtà nella sua profonda partecipazione alle prospettive sia dei Troiani che dei Greci, mostra, come del resto mostrò benissimo secoli dopo il Goya, quelli che potremmo definire i "disastri della guerra". Il Sofocle dell'Antigone che mette in scena l'unilateralismo delle posizioni, rende protagonista ciò che è il più grande assente, il dialogo, la dialettica, il bilanciamento, il relazionarsi. Una tragedia come Romeo e Giulietta tutta interpretata sull'amore, ma dove in realtà l'amore non è altro che la dimensione parallela e contraddicente la problematica costituita dalla faida, mostra tutti i limiti che caratterizzano la faida, mentre il Mercante di Venezia si concentra sui paradossi di un normativismo letterale e artificiale che diviene veicolo della barbarie, talmente chiuso in se stesso da perdere di vista la carne su cui il diritto incide. E potremmo continuare per molto ancora.

8. Riflessioni sulla Orestea di Eschilo: vendetta, pena, giustizia, costituzionalismo.

Tutto questo lo abbiamo toccato con mano nella clinica legale che abbiamo organizzato nel secondo semestre dell'anno accademico 2020-2021, in prospettiva del corso di diritto e letteratura che inizierà il prossimo anno accademico. Il tema affrontato è stato se la pena sia una forma di giustizia oppure una forma di vendetta e non poteva che essere affrontato mediante l'Orestea di Eschilo.

Ovviamente non può essere questa la sede per ripercorre un'analisi critica di questa opera, ma ci siano consentite alcune considerazioni su quanto emerso da questa esperienza, anche attraverso il grandissimo contributo dei ragazzi, autentici protagonisti di questa esperienza proprio in prospettiva di formazione del giurista al tempo del costituzionalismo moderno.

È noto come l'Orestea canti una vera e propria svolta di civiltà, per cui dalla violenza "a due" si passa al tribunale, dal giuramento alla prova, dall'azione immediata e unilaterale alla parola e al confronto dialettico, dal privato al pubblico. D'altra parte, paradossalmente, per il giurista c'è molto di più di questi passaggi strettamente giuridici.

Anzitutto, fondamentale la circostanza che Eschilo in realtà non parteggi. Proprio i giuristi tendono a leggere questa tragedia come una sorta di trionfo della civiltà in contrapposizione alla barbarie, quando invece una lettura autenticamente giuridica, proprio perché guidata dalla forza contemplante dell'arte, ci mostra che Eschilo non è né favorevole né contrario alla vendetta o al tribunale. Eschilo, infatti, simile in questo allo storico (come non ricordare il compianto Sbriccoli) assume su di sé la prospettiva di entrambe, vede entrambe come sono, le canta. Quante volte, quando le tragedie sono lette per davvero, si sente affiorare quasi un certo imbarazzo nel cogliere addirittura una certa contraddizione: insomma chi, nel leggere l'Orestea, si aspetta di trovare un'invettiva contro la vendetta è destinati a restare terribilmente deluso! Certo, l'Agamennone e le Coefore sono opere cupe rispetto alla solarità delle Eumenidi, sono opere intrise di passioni e azioni rispetto alla razionalità e al logos delle Eumenidi, ma ciò non toglie che nell'Agamennone come nelle Coefore siano messe in risalto le ragioni di chi compie la vendetta. Come dimenticare che Agamennone ha ucciso Elettra, sua figlia e di Clitennestra, la quale proprio per questo si vendica, come dimenticare le sofferenze di Egisto, così come nelle Coefore non ci si può dimenticare che sono Apollo e il Coro a spingere Oreste alla vendetta.

Ecco che Eschilo vede sempre il lato oscuro delle cose, la loro ombra, si pone sempre dalla parte del problema, dalla parte della crisi, dalla parte di quel momento in cui la certezza si incrina per fare spazio all'irrompere della vita e della realtà, si colloca nella contraddizione. E quindi problematizza. Eschilo canta il passaggio da modelli giustizia e nel cantare i modelli di giustizia vede in ogni modello al contempo punti di forza e limiti: nel momento in cui vede il punto di forza vede anche quello della sua conversione in limite e viceversa.

Proprio grazie a questa visione, l'opera è fondamentale per riflettere sulla vendetta, sulla pena e sulla giustizia. Per quanto riguarda la vendetta, l'Orestea contribuisce a rendersi conto che essa è una vera e propria forma di giustizia. Possiamo parlare di un paradigma vendicativo, di una giustizia vendicativa. La lettura che fa della vendetta un sistema non solo iniquo, ma anche da delegittimare è una lettura ancora una volta frutto di quella mitologia statalista e pubblicista che ha le proprie origini nell'illuminismo, il cui contributo è da apprezzare più sul piano della dimensione sostanziale che sul piano del potere (legislatore/legalità), non potendosi dimenticare che il costituzionalismo è proprio la collocazione al di sopra della legge dei principi sostanziali dell'illuminismo. Non solo, ma la giustizia vendicativa, oltre ad essere manifestazione storica dominante in determinati periodi storici che nella sostanza coincidono con l'esistenza di un potere pubblico "statale" debole, ha costituito e costituisce tutt'ora parte del nostro ordinamento giuridico in prospettiva di un pluralismo giuridico. Potendosi giungere ad affermare che con ogni probabilità la stessa

mafia si combatte meglio e più efficacemente con questa consapevolezza, che con letture che negano la sua forza ordinamentale.

Inoltre, la logica vendicatoria porta con sé anche il suo opposto, che, sul piano valutativo, non può che essere visto in termini positivi, vale a dire la logica compositiva. Si tratta di due facce della stessa medaglia che sono emerse in modo evidente soprattutto nel periodo medievale. E nel momento in cui lo Stato ha monopolizzato la forza pubblica, se da un lato ha ridotto gli spazi per la vendetta, dall'altro lato ha ridotto anche gli spazi per la composizione. E non è un caso che proprio attraverso l'attuale crisi dello Stato si sia tornati a parlare di mediazione anche in ambito penale.

Punto nodale e problematico della vendetta non è tanto il rischio di sproporzione della reazione (quante volte lo Stato eccede) oppure il fatto che la violenza sia praticata direttamente dal soggetto o dai soggetti offesi: certo, ciò pone problemi etici, ma se guardiamo ben al di là dei miti, il quadro che si compone è per l'appunto sempre più complesso: la modernità edulcora, allevia, occulta, tecnicizza e artificializza, ma ci potremmo anche chiedere se sia etico addossare soltanto su alcuni soggetti la responsabilità di esercitare la violenza.

Ebbene, il problema della vendetta sta soprattutto nella catena di sangue che attiva e che tende a non conoscere una chiusura, con il rischio addirittura di una *escalation* che a seconda delle circostanze e dei contesti finisce per minare la stessa convivenza pacifica di una comunità. E la stessa Oresteia nelle Eumenidi lo evidenzia benissimo, quando le Erinni, sconfitte dal voto, minacciano addirittura di rivolgere la loro ira verso la città. Mancanza di chiusura che si porta dietro un altro problema, quello della responsabilità per fatto altrui, visto che, a volte, per chiudere i conti, si finisce per sacrificare qualcuno, altre volte, pur di fare giustizia, la violenza viene scagliata contro un soggetto diverso dall'autore del fatto. A ben vedere, si potrebbe distinguere tra la vendetta che è stata la vera e propria vendetta di sangue interna al clan e quella che è la faida tra clan e se la tragedia dell'Oresteia si riferisce soprattutto alla prima (come anche per certi aspetti l'Amleto), quella di Romeo e Giulietta riguarda la seconda. Ma non è questa la sede per affrontare problematiche del genere.

È proprio avendo presenti questi problemi che si capisce la dimensione non solo filosofico-giuridica, ma direi costituzionale, dell'Oresteia che si basa addirittura sulla assoluzione di Oreste. Aspetto questo sempre trascurato, quando invece Oreste è addirittura reo confesso. Ebbene: il superamento della vendetta si ha proprio perché Oreste è assolto dal "delitto di sangue" (Eumenidi, vv. 752-753). Fondamentali sul punto i versi in cui Apollo parla a difesa di Oreste (Eumenidi, vv. 614 ss.), come anche la conclusione di Atena che appena Apollo termina il proprio discorso invita a votare e prima dell'esito istituisce il tribunale. Nella propria difesa Apollo afferma nella sostanza che Oreste non ha compiuto una vendetta 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 [...] proprio qui ne è testimone la figlia di Zeus Olimpico che non fu nutrita nell'oscurità di un grembo eppure è un germoglio quale nessuna dea potrebbe dare alla luce». Impossibile pensare a un passaggio più geniale da un punto di vista rigorosamente giuridico. Con categorie moderne, potremmo dire che Oreste non va esente dalla responsabilità per il fatto, ma dalla responsabilità per il "delitto di

sangue” e alla fin fine il tribunale non è tanto tribunale sul fatto, ma a ben vedere sulla vigenza, è tribunale della legge, sì, diciamolo, è tribunale costituzionale: con il verdetto che assolve Oreste si annulla la legge del sangue che sta alla base della vendetta di sangue. Oreste è assolto dalla colpa vendicatoria imposta dalla legge di sangue, perché la legge di sangue non è legittima.

Ebbene, ciò che interessa è nella sostanza il patto fondativo potremmo dire costituzionale di questo nuovo sistema di giustizia. Con un esito ancora più profondo: ogni sistema di giustizia si fonda alla fin fine su una sorta di metafisica ovvero nella sostanza su un credo. Ma questo è ben altro discorso.

Per quanto riguarda la pena, l’Orestea fa crollare un altro mito e ci dice quanto essa, ancora oggi, sia pur sempre vendetta. Le Erinni non scompaiono, restano, si trasformano, ma permangono. Certo si rompe la catena che finalmente ha chiusura, ma non viene meno la componente violenta che caratterizza le Erinni e potremmo dire anche la loro potenzialità erinnica. L’Orestea ci dice quindi che la vendetta non è stata soppiantata, ma si è trasformata. Ci dice che le Erinni nel trasformarsi in Eumenidi continuano ad avere il loro posto nella gestione della giustizia. Ci dice che quella componente vendicatoria che spesso si ritiene debellata, a ben vedere, è ancora presente nel nostro sistema, nel tribunale.

Le analisi più lucide della moderna penalità mostrano proprio questo: la permanenza nella giustizia penale delle componenti vendicatorie. Si pensi alla logica della esclusione e della eliminazione che caratterizzava il bando e la pena di morte e che caratterizza tutt’ora l’ergastolo, nonché la stessa pena carceraria. Si pensi alla logica strumentalizzatrice che contraddistingue tutte le funzioni della pena e quindi alla logica del capro espiatorio che ancora oggi giunge a punire l’innocente. Ma si pensi anche alla logica del sangue, della macchia, della necessità di lavare e purificare o comunque concentrare tutto il male sulla parte spesso più sciagurata della nostra società affinché sia purgato, mentre l’altra parte vive rafforzata nella propria convinzione di esprimere il bene e il meglio, quando invece è soltanto la detenzione di meccanismi di potere che “salva”. Si pensi alla recente riforma in tema di corruzione e alla disciplina che, proprio in una logica vendicatoria nei confronti dei colletti bianchi, ha previsto la non operatività della sospensione dell’ordine di esecuzione al solo fine di vedere entrare in carcere chi stava scontando la pena in libertà, disciplina dichiarata poi costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale (Corte cost. n. 32/2020).

Componenti che per certi aspetti si sono addirittura trasformate anche nella loro essenza. Perché nella giustizia statale si pone il problema del colpevole solo, fuori dal clan che lo difende, solo davanti alla massa indistinta tutta unita contro di lui, con accentuazioni addirittura delle logiche nemicali: mafioso, terrorista, corrotto, pedofilo, di recente il maltrattante. Non è un caso che con l’affermarsi dello Stato si sviluppino i diritti dell’uomo e poi il concetto di persona. E non è un caso che nello Stato figura fondamentale diventi l’avvocato (Apollo) che si contrappone proprio al potere pubblico (Erinni). Di più, lo Stato, il potere pubblico, si può trasformare in Erinni. Quando lo Stato diventa autoritario, quando lo Stato diventa tirannide, lo Stato torna a trasformare le Eumenidi in Erinni. Opportuno quindi nel commentare l’Orestea e in particolare le

Eumenidi richiamare l'affresco del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti: una pittura che potremmo definire costituzionale quanto l'Oresteia.

Eschilo ci insegna quindi che il tema della vendetta non è risolto, non è accantonato una volta per tutte, il tema della vendetta appartiene al tema della giustizia e il vero obiettivo è fare in modo che questa vendetta sia tenuta a bada il più possibile. In questa prospettiva potremmo addirittura arrivare a dire che lo scopo del costituzionalismo è quello di rendere più equo ciò che nasce come ingiusto, rendere la pena meno vendetta possibile.

A ben vedere, infatti, in presenza di Cesare, nessun sistema potrà mai prevedere un precetto "chi cagiona la morte di uomo è perdonato". Tuttavia è sempre più chiaro che si possano distinguere fasi diverse. Nessun ordinamento potrà mai dismettere la comminatoria edittale, nessun ordinamento potrà mai affiancare, nella comminatoria edittale, al fatto il perdono. Ma nessun ordinamento può prescindere dalla circostanza che dopo la commissione del reato si apre una fase con il reo in carne ed ossa, con la persona.

9. La Costituzione del 1948: le Eumenidi dei nostri Padri costituenti.

Ci siano consentite due considerazioni finali, tanto ardite, quanto, a noi pare, coerenti nella logica in cui ci siamo collocati. Il giurista costituzionale è alla fin fine simile al poeta tragico, e come il poeta tragico ci ha consegnato un'opera costituzionale come l'Oresteia, così i nostri giuristi costituzionali nel 1948 ci hanno consegnato la nostra Oresteia.

Più precisamente, la nostra Costituzione e direi gran parte del costituzionalismo moderno altro non sono che le Eumenidi: dopo la violenza del fascismo, si è aperto un patto costituente che ha portato ad istituire la Corte costituzionale. La vicenda si può cogliere in termini ancora più chiari se si pensa alle Commissioni di verità e riconciliazione del Sudafrica, chiamate a gestire questioni di fatto ma in una prospettiva di transizione costituzionale mediante il riconoscimento di verità e pratiche di riconciliazione.

Il grande passaggio del costituzionalismo moderno rispetto alla penalità e alla nuova forma di vendetta che è la pena, è quello di aver contribuito a porre un grandissimo limite consistente nel divieto della pena di morte. Si tende a leggere questo passaggio in termini penalistici, come eliminazione di una tipologia di pena, ma lo dobbiamo leggere in termini profondamente costituzionali, forse addirittura di creazione di un nuovo modello di giustizia che bandisce definitivamente la forma più atroce di vendetta, quella che nella sostanza si basa sulla legge del taglione. Di più, l'abolizione della pena di morte significa che la pena deve avere una componente di afflittività necessariamente inferiore rispetto al disvalore del fatto. Si tratta di un principio rivoluzionario proprio per le conseguenze che è destinato a produrre sul piano della proporzione e del "sistema giustizia", perché, nonostante le difficoltà che si incontrano nel valutare la proporzione tra il disvalore del fatto e il *quantum* di pena, certo è che sempre di più si avverte una sproporzione tra determinati fatti, soprattutto se si

esauriscono in una dinamica offensiva “a due” e soprattutto la pena privativa della libertà personale che assuma la forma carceraria. E, a ben vedere, non è un caso che proprio nel momento in cui viviamo, momento nel quale il costituzionalismo sta producendo davvero frutti significativi, si stiano sempre di più valorizzando alternative al carcere o nella forma di pene principali diverse dal carcere già nella comminatoria edittale (es. pena pecuniaria) o nella forma di alternative al momento della cognizione (es. sospensione condizionale, sanzioni sostitutive e affidamento in prova) oppure addirittura nella forma di definizioni anticipate del processo del processo in termini di depenalizzazione in concreto (condotte riparatorie latamente intese).