



CARLO CROSATO

Diritto penale e orizzontalità del diritto
Elementi di una ricerca a partire dal paradigma riparativo

Abstract. Restorative justice represents a method of conflict management that calls for an in-depth exploration into practices, including their meanings, foundations, anthropological motivations, and ontological assumptions. This article addresses the critique that restorative justice flattens the legal framework along a horizontal axis, thereby undermining penal institutions and their mediating function. I will examine what a horizontal approach to conflict management entails and propose a conception of law that is both horizontal and institutional – one in which restorative justice embodies the human dimension of criminal law while preserving its guarantees. This article constitutes the first part of a broader study on restorative justice and explores the possibility of integrating restorative practices into contemporary criminal law, following the so-called “broad-sense restorative justice” model.

Keywords: Restorative Justice, Constitutional Order, Criminal Law, Punishment, Victim

1. Introduzione: una orizzontalità problematica

La giustizia riparativa è una modalità di gestione delle fratture interpersonali, che impone all’interprete di sondare in profondità le molteplici dimensioni della convivenza, le pratiche, il loro significato, i loro fondamenti, i moventi antropologici e i motivi ontologici. La ricchezza delle sue ambizioni impone di non limitarsi alla sola dimensione penalistica – talvolta solo adiacente, talvolta almeno sovrapposta a quella della riparazione –, ma di ripensare le relazioni e la loro giuridicità.

Limitatamente al suo rapporto con la dimensione sanzionatoria, se ne sono interrogate le potenzialità e i rischi da diverse angolature. Si sono escogitate diverse soluzioni di incastro con il penale. E si sono denunciate le conseguenze negative, quali un più invadente controllo sociale, nel senso di una giustizia informale incaricata di una criminalizzazione secondaria altrimenti sfuggente¹, o una “giuridicizzazione” dei rapporti sociali con aumento del dominio

¹ Cfr. S. Cohen, *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*, Oxford, Polity Press, 1985.



della regolamentazione di tipo giuridico², o infine la produzione di una giustizia dimidiata perseguendo un intento deflattivo³. In generale, riducendo il paradigma riparativo alla logica repressiva attribuita alla giustizia penale, la critica è quella di *net widening effect*, comune a tutte quelle pratiche alternative che, pur inseguendo uno scopo contrario, finiscono per sottoporre al controllo dello Stato un maggior numero di soggetti⁴.

Più corposa dal punto di vista filosofico-giuridico è una critica, una componente della quale sarà l'innescò della presente analisi. Alla giustizia riparativa è stata imputata una certa complicità con il protagonismo contemporaneo della figura della vittima, responsabile della neutralizzazione del conflitto sociale entro la cornice del microconflitto privato. La lotta che, a partire da un'ingiustizia, il soggetto politico avvia aggregando una collettività, con la vittima – figura che si intende privata – è risucchiata entro una contingenza sottratta allo strutturale, alla complessità⁵. Funzionale a questa riduzione a scala personale del conflitto, e quindi alla sua estinzione, sarebbero la traduzione della giustizia in una questione di relazione prossima, di legame sociale, una negoziazione entro un piano giuridico orizzontale, incapace di staccarsi dalla più concreta contingenza per assumere un'astrattezza concettuale capace di fecondare una prospettiva di scala sistemica⁶.

Per delineare lo scenario che la critica al paradigma riparativo teme, sarebbe opportuna un'indagine genealogica in grado di spingersi indietro, fino a un'epoca precedente l'intervento pubblico nella gestione dei conflitti. Si risalirebbe fino a un'epoca arcaica, non a caso definita “età dell'oro” della vittima⁷, in cui le contese prevedevano un gioco di vendette e di prove dove a misurarsi senza mediazione erano le parti direttamente coinvolte e le loro

² Cfr. R.L. Abel, “Introduction”, in Id. (a cura di), *The Politics of Informal Justice*, vol. 1, New York, Academic Press, 1982, pp. 1-13.

³ Cfr. T.E. Marshall, “Out of Court: More or Less Justice?”, in R. Matthews (a cura di), *Informal Justice?*, London, Sage, 1988, pp. 25-50.

⁴ Si veda R. Drislane, G. Parkinson, *Social Science Dictionary*, <https://bitbucket.icaap.org/dict.pl?alpha=N>.

⁵ Così T. Pitch, *Il malinteso della vittima*, Torino, Gruppo Abele, 2022. In precedenza, T. Pitch, A. Pugiotto, “L'odierno protagonismo della vittima”, *Studi sulla questione criminale*, 14 (2019), 3, pp. 111-122. In risposta, M. Bouchard, “Sul protagonismo delle vittime”, *Diritto penale e uomo*, https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/sul-protagonismo-delle-vittime/. Lo stesso Bouchard ha poi pubblicato *Vittime al bivio. Tra risentimenti e bisogno di riparazione*, Genova, Il nuovo Melangolo, 2021.

⁶ In particolare O. de Leonardis, “Verso un diritto dei legami sociali? Sguardi obliqui sulle metamorfosi della penalità”, *Studi sulla questione criminale*, 4 (2009), 1, pp. 15-40.

⁷ J.M. Silva Sánchez, “La victimología desde la política criminal y el Derecho penal”, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 4 (1994), p. 595 ss.



cerchie sociali. Uno scenario ben antecedente al diritto illuminista, ma in realtà perfino al cosiddetto “Rinascimento giuridico”⁸ entro cui l’autorità riesce a sottrarre terreno alle precedenti formule tradizionali di giustizia, instaurando una prima realtà autoritativa di diritto criminale. Il pericolo paventato sembra essere quello di una rinuncia non solo alle garanzie del diritto penale moderno, ma anche al più elementare arbitrato finalizzato a escludere modalità spontanee e incontrollabili di risoluzione dei conflitti. Ogni frattura interpersonale è ridotta alla dimensione privata, da pacificare su un piano paritario. Acquista così primaria importanza la vittima, la cui richiesta di soddisfazione catalizza il procedimento. E, se una terza parte è presente, il suo ruolo è solo quello di agevolare la soddisfazione delle parti in causa, in una temibile commistione fra pena e riparazione. Se ben comprendiamo, la definizione di “giustizia penale negoziata” attribuita a un’epoca così remota tornerebbe adeguata qualora si proponesse di calare la gestione delle ingiustizie nell’orizzonte sociale, finalizzandola alla soddisfazione delle parti⁹. Il diritto penale sarebbe allora ridotto all’“idea che il delitto è in primo luogo un’offesa, che importa ripararlo più che punirlo, che la riparazione consiste nella soddisfazione e che la soddisfazione deve passare per una trattativa”¹⁰.

Il presente articolo mira a indagare, nell’ergersi storico della gestione pubblica della giustizia penale, un persistente asse orizzontale, rappresentato dalla cornice etico-politica che attribuisce significato alle relazioni sociali e circoscrive l’azione strumentale delle istituzioni. Tale cornice, si comprenderà, è oggi quella dell’ordinamento giuridico costituzionale, il quale non contribuisce al diritto penale fornendogli immediatamente contenuti legali, bensì inquadrandolo in uno scenario di senso; la sanzione, si dirà, può rendersi coerente con tale scenario, conformandosi costruttivamente ai suoi principi sostanziali.

Questo articolo costituisce la prima di due indagini sulla giustizia riparativa, e si limiterà a interrogare la cosiddetta “giustizia riparativa in senso lato”¹¹, che integra pratiche di riparazione alle procedure del diritto penale moderno. In altra sede ci si impegnerà in un approfondimento della giustizia riparativa (*restorative justice*) propriamente detta, ancora con

⁸ Cfr. E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 1992.

⁹ M. Sbriccoli, “Giustizia criminale”, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205.

¹⁰ Ivi, pp. 164-167.

¹¹ Cfr. L. Eusebi, “Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?”, *disCrimen*, 3 ottobre 2023, pp. 1-19; pp. 5-9.



l'intento di indagare una concezione orizzontale di diritto ma in un abbozzo di filosofia del diritto nuova.

2. Ragione *nel* diritto, ragione *del* diritto

2.1. Verticalità del diritto penale, tra volontà legislativa e cognizione giurisdizionale

I concetti geometrici di verticalità e orizzontalità sono, con riguardo al diritto penale, drammaticamente inadeguati.

Se si consultano le fonti, si scopre che l'intervento dall'alto in quella che noi oggi chiamiamo materia "penale" si registra solo con la riapparizione, alla fine del secolo XI, del ricco bagaglio della giurisprudenza giustiniana, in una vicenda che culminerà con la formulazione del processo romano-canonico¹². Nelle consuetudini delle popolazioni germaniche e franche, la giustizia era giocata mediante confronti diretti entro la dimensione clanica, con rituali anche cruenti di reciprocità fra gruppi o l'abbandono dell'individuo dal gruppo di appartenenza¹³. Con il consolidamento dell'occupazione, la dispersione e l'allentamento dei legami parentali, e la trasformazione delle strutture militari in strutture di governo¹⁴, il potere regio inizia certo a infiltrarsi nei conflitti, conducendo le parti al giudizio e fissando la gravità dell'offesa e la misura delle riparazioni in termini sempre meno vendicatori e sempre più di natura pecuniaria, così da imporre il proprio controllo. Ma quando l'autorità è chiamata in causa da una delle parti, la norma da essa configurata è sempre subordinata all'accordo tra le parti, e non entra nel merito delle questioni, limitandosi ad assicurare che le parti aderiscano all'esito del giudizio: «*placitum vero dictum est eo quod ambabus partibus placet*»¹⁵.

¹² Cfr. G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 38.

¹³ Secondo la tesi di Verdier – contro la più datata tesi di Mauss –, l'abbandono è per ciò l'antecedente genealogico della pena: cfr. R. Verdier, "Le système vindicatoire", in Id. (a cura di), *La vengeance. Étude d'ethnologie, d'histoire et de philosophie I*, Paris, Cujas, 1984, pp. 13-42.

¹⁴ Cfr. G. Diurni, "Il Medioevo", in M.R. Di Simone (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale. Dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 1-30; p. 2.

¹⁵ G. Alessi, *Il processo penale*, cit., p. 16. Cfr. W. Schild, *Alte Gerichtbarkeit. Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung*, München, Callwey, 1980, p. 228.



Solo con il “rinascimento giuridico”, l’autorità riesce a sottrarre terreno alle precedenti formule tradizionali di giustizia. Un processo che, fra IX e XII secolo, accanto alla pervicace ma residuale resistenza delle consuetudini comunitarie¹⁶, vede la sperimentazione di forme di accertamento la cui *ratio* non è più quella di un confronto paritario fra offensore e vittima, bensì vieppiù quella della repressione del male che perturba in primo luogo la vita collettiva¹⁷. È significativo come uno studioso del diritto medievale come Paolo Grossi abbia premesso all’orizzontalità giuridica premoderna la condizione della “sostanziale indifferenza” dall’alto, salvo per quelle zone del sociale che “interferiscono direttamente con il governo della cosa pubblica”; ovvero, proprio l’ambito penale¹⁸.

Ma l’interpretazione di questo intervento dall’alto mediante metafore geometriche è tutt’altro che agevole. Lo “splendore dei supplizi”, fra medioevo e XVIII secolo¹⁹, è ancora la manifestazione di un corpo a corpo fra parti – la volontà offesa del re e la volontà dell’individuo trasgressore. Esse non si fronteggiano lungo un asse orizzontale, simmetrico, solo per la debordante potenza di una delle due. C’è da chiedersi se la loro natura di parti in causa, una autrice di offesa e l’altra vittima, sia invece messa in questione dalla teoria politica moderna, la quale, mediante la costellazione concettuale della sovranità e della rappresentanza, ritrarrà il sovrano come soggettività giuridica, incaricandolo di un’ontologia che estende la lesione alla collettività che rappresenta. I critici della modernità²⁰ sarebbero disposti a denunciare che non si sia trattato d’altro che dell’attribuzione di un valore universale a una volontà ancora particolare, ampliando mediante il dispositivo dell’autorizzazione all’intero diritto quel tenore potestativo che prima era limitato al solo diritto penale.

¹⁶ Cfr. W. Davies, P. Fouracre, “Conclusion”, in Id. (a cura di), *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 207-240; p. 238.

¹⁷ Cfr. M. Sbriccoli, ““Vidi communiter observari”. L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII”, *Quaderni fiorentini*, 27 (1998), pp. 231-268.

¹⁸ P. Grossi, “Giustizia come legge o legge come giustizia?” (1998), in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 13-39; p. 20 e p. 22. In generale, P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2017³.

¹⁹ M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 2014, pp. 35-75.

²⁰ Ancora Grossi, su cui cfr. C. Crosato, “Togliere il diritto dalle mani del potere. La critica di Paolo Grossi ai concetti politico-giuridici moderni”, *Politica.eu*, di prossima pubblicazione. Si veda anche l’opera di G. Duso, a partire dalla curatela *Il potere*, Roma, Carocci, 2001.



Proprio tale potestatività innalza un asse verticale, che solo la concettualità teorica moderna riesce ad ammantare di valore pubblico. Il tenore potestativo è conservato dal diritto penale illuminista per non ripiombare nel gioco incontrollato delle vendette claniche, ma è reinterpretato in termini scientifici per scongiurare che gli elementi della volontà, del potere, dell'arbitrio trattengano il diritto penale nella dimensione del confronto fra parti, verticale solo perché sproporzionato. Anzi, è mediante questo movimento di conservazione e reinterpretazione del carattere potestativo nella legislazione moderna, a spese del premoderno carattere cognitivo, che il diritto penale garantista riuscirà a offrire ai soggetti di diritto tutele prima impossibili, assicurando “il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio, e quindi di limitazione della potestà punitiva e di tutela della persona contro l'arbitrio”²¹. La verticalità della legislazione penale moderna, in altri termini, custodisce preziose garanzie, perché assottiglia lo spazio di arbitrio nella fase giurisdizionale.

Se si interroga l'epistemologia del modello penale garantista nella sua irrealizzata (e irrealizzabile²²) purezza, si viene a conoscenza di una sorta di proporzionalità inversa tra approccio cognitivo e approccio potestativo, tra osservazione e prescrizione. Una proporzionalità inversa che, immessa in un sistema binario come quello del diritto penale²³, può dar forma, da un lato, a un modello tradizionale, in cui a una fase legislativa permeata da verità da registrare e rispecchiare deve fare necessariamente seguito una fase giurisdizionale in cui l'elemento potestativo è potenzialmente massimo; oppure, dall'altro lato, a un modello garantista il quale, proprio per minimizzare quanto più possibile l'esercizio del potere nella fase giurisdizionale, assegna alla fase legislativa un tenore potestativo, formalizzato in un'epistemologia convenzionalista.

Al fine di razionalizzare la fase dell'accertamento giurisdizionale, per assottigliare lo spazio di arbitrarietà – avvicinando l'illusione del giudice mera “bocca della legge”²⁴ –, alla fase della definizione legislativa viene attribuito un tenore convenzionalista sancito da quel principio di stretta legalità che regola la determinazione in astratto di ciò che è punibile. Un principio, sia

²¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2000⁶, p. 6.

²² Ivi, p. 10.

²³ Ci si muove qui in un ambiente di *civil law*. La separazione giurisdizione-legislazione è più sfumata nel *common law*, il quale elabora diritto di natura e diritto positivo, ragione e legislazione, storia e consuetudini (cfr. K. Kluxen, *Geschichte und Problematik des Parlamentarismus*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983, p. 50 ss.).

²⁴ Cfr. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6.



detto almeno di passaggio, che non si limita a mettere al riparo da accuse o pene non formalmente indicate dalla legge (*nulla poena et nullum crimen sine lege*), ma si spinge ad assolutizzare la riserva di legge, escludendo che la definizione legale della devianza avvenga con riferimento a figure soggettive di *status* o d'autore (*nulla poena sine crimine et sine culpa*).

Il carattere nominalistico, che comprende non solo la definizione delle fattispecie ma anche le cornici edittali entro cui è espressa una penalità perlopiù retributiva, fa della fase di definizione legislativa penale un momento convenzionalistico restituito dal *dictum* positivista: “Auctoritas, non veritas facit legem”²⁵. Il carattere potestativo delle premesse legali è funzionale ad assicurare, sotto l'insegna della certezza del diritto, un cognitivismo processuale in grado di occupare gran parte dello spazio necessario alla determinazione in concreto della punibilità. Questa è declinata nel senso della verificabilità o della falsificabilità delle ipotesi accusatorie, espresse in termini assertivi (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*), e nel senso del controllo empirico delle procedure (*nullum iudicium sine probatione*). Si intuisce dunque la tendenziale coincidenza del processo penale con un processo di cognizione, che riduce le valutazioni e ammette almeno in prevalenza asserzioni o negazioni di fatto e di diritto, di cui siano predicabili verità o falsità processuali. Il tenore cognitivo che così è assicurato alla fase giurisdizionale – ricognizione della legge e cognizione dei fatti – è volto al disvelamento di una verità, tanto che Ferrajoli lo compendia rovesciando la massima hobbesiana: “Veritas, non auctoritas facit iudicium”²⁶.

Di tale configurazione della fase giurisdizionale, conviene trattenere due elementi, poiché dovranno essere ridiscussi a contatto con il paradigma riparativo. Il primo è l'assottigliamento dell'elemento potestativo, non solo nel senso dell'esclusione dell'arbitrio nella parte giudicante, ma a ben vedere anche nel senso dell'esclusione di ogni forma di potere personale: quello di un sovrano la cui volontà è stata lesa mediante la trasgressione della legge, in uno squilibrio esorbitante di forze, o quello di due parti, trasgressore e vittima, su un campo di forze a confronto. In secondo luogo, e conseguentemente, si ha l'esclusione di ogni elemento soggettivistico, nel senso della irrilevanza dell'ontologia, personale o sociale, del soggetto coinvolto, al fine di garantire un giudizio quanto più imparziale sui fatti. Si tratta di due

²⁵ Th. Hobbes, *Leviathan*, XXVI.

²⁶ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 9.



garanzie che il paradigma riparativo discuterà, nel contesto di un recupero di una maggiore aderenza al reale e alla dimensione umana. A tal proposito vedremo come muti il significato della “*veritas*”, smarcandosi dalla sola verità processuale, per aderire a una verità storica inevitabilmente relazionale.

Per la propria tensione scientifica, la verità processuale del diritto penale di matrice illuministica implica la denuncia di ogni forma di discrezionalità, limitando a un’ermeneutica dell’oggettività le forme di cognizione. Non senza inconvenienti: al fine di ridurre al minimo il tenore potestativo della fase di determinazione concreta, è necessario che esso sia assorbito dalla fase di determinazione astratta, con il rischio di assegnare assolutezza al potere legislativo. Di questo si darà conto oltre.

Per ora, possiamo riconoscere che proprio la purezza “scientifica” del sistema, tale da escludere ogni potere giudiziario, è in realtà un’illusione metafisica²⁷. Non mancano le forme di potere giudiziario che, nella prassi, smentiscono irrimediabilmente la versione classica del modello penale garantista. Vi sono limiti intrinseci alla stessa epistemologia garantista, che come tali sono insopprimibili: l’interpretazione delle leggi è talvolta opinabile, l’argomentazione delle prove e la valutazione della specificità dei fatti sono umanamente imperfette. Sono forme di potere di cognizione²⁸ che rivelano l’insopprimibile umanità del diritto, la fragilità e la finitezza che accompagnano questa dimensione intimamente umana. Si tratta di margini mai completamente ricucibili, che impediscono al giudizio di aderire all’ideale assoluto del sillogismo²⁹, e lo costringono sempre entro l’alveo dell’approssimazione³⁰.

²⁷ Secondo Lo Giudice (*Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, Mimesis, 2023) il giudizio stesso rimane fortemente teso fra una volontà infinita e i limiti intrinseci della conoscenza umana, senza che siano nettamente distinguibili gli aspetti insopprimibili e quelli che devono essere ridotti – trasferendo la facoltà potestativa alla fase definitoria astratta – perché pura espressione, più che del limite umano, del potere discrezionale. Così, all’impossibilità strutturale del sillogismo giudiziario, e dunque dell’irriducibilità del giudizio a procedura puramente logica, fa seguire l’ambivalenza dello spazio formale del rituale giudiziario, in grado al contempo di porre un argine nei confronti delle passioni quanto di produrre ingiustizie eclatanti. Di qui la necessaria consapevolezza della pretesa di giustizia rivolta nei confronti del giudizio, che non fa che accrescere la drammaticità del giudizio.

²⁸ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 94-147.

²⁹ In termini critici, cfr. M. Manzin, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, Giappichelli, 2014; M. Barberis, “Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 45 (2015), 1, pp. 163-178.

³⁰ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 18-23 e pp. 111-120. Franco Cordero, confessando la necessità puramente pratica della ragionevole convinzione di non poter proseguire oltre un certo limite di conoscenza,



È massimo, invece, lo sforzo profuso nella soppressione del potere di disposizione con cui l'arbitro esercita la propria discrezionalità³¹. Si tratta della forma di potere che emerge con tutta evidenza quando lo sfumare del convenzionalismo lascia spazio a una concezione ontologica o sostanzialistica di ciò che è punibile: il principio di stretta legalità è così soppiantato da ogni forma di valutazione sulla conformità o meno del fenomeno da giudicare o, ciò che è peggio, del soggetto a un modello veritativo di matrice morale, naturale, materiale o sociale. Il garantismo illuminista impedisce proprio che la prestazione cognitiva della giurisdizione sia sostituita da un decisionismo processuale dal significato fortemente soggettivo, sia quanto al tema processuale, sia quanto all'idiosincrasia del giudizio stesso. In assenza di criteri intersoggettivamente riconoscibili su cui fondare il diritto, è concesso il più incontrollato soggettivismo della determinazione in concreto. Il formalismo del diritto penale, invece, assume espressamente il *“carattere volontaristico e intersoggettivamente convenzionale”* della definizione in un contesto di stretta legalità: una definizione riflessa e concertata mediante l'esercizio della facoltà potestativa *“è il solo che possa servire da base al carattere empirico e cognitivo anziché potestativo del suo accertamento giudiziario”*. È interessante notare l'insistenza di Ferrajoli sull'elemento volontaristico, potestativo: *“Il cognitivismo giurisdizionale suppone insomma necessariamente il volontarismo legislativo”*; solo con tale proporzione si può evitare, o almeno limitare, il deflusso del volontarismo nella fase giurisdizionale³².

Tra forza potestativa e approccio cognitivo, dunque, esiste una proporzionalità inversa; ma questa non implica una pari proporzionalità inversa tra l'asse verticale e l'asse orizzontale che stiamo esplorando. Fosse così, ammettendo la coincidenza fra asse potestativo e asse verticale, la proporzionalità inversa implicherebbe una configurazione orizzontale della fase giurisdizionale. Quest'ultima, tuttavia, pare rimanere tesa lungo la verticalità dell'intervento pubblico che abbiamo visto accompagnare la storia del diritto penale già dal primo medioevo.

afferma l'urgenza di rinunciare alla verità con la V maiuscola; di qui, tuttavia, si spinge fino a fare della procedura penale un procedimento puramente formale il cui *“unico valore sta nell'osservanza delle regole”*, un modello per cui *“un esito vale l'altro, purché correttamente ottenuto”* (F. Cordero, *Procedura penale. Nona edizione*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 97 e p. 101). A ben vedere, le regole sono conformate a un orizzonte etico-politico, di cui esse informano lo stesso procedimento, senza che questo offra garanzie sul valore etico-politico del risultato concreto della sentenza, il quale dipende per lo più dalla premessa maggiore del presunto sillogismo.

³¹ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 147-160.

³² Ivi, p. 17 (corsivi nostri).



La novità del diritto penale moderno consiste nel fare di tale verticalità una effettiva garanzia, rivestendola di impersonalità, di logica: la verticalità dell'intervento pubblico è garanzia contro gli squilibri di forza che una resa dei conti orizzontale conserverebbe e accentuerebbe; la riduzione a cognizione della fase giurisdizionale è garanzia contro l'arbitrarietà del potere pubblico che delibera sulla minaccia al bene giuridico. Di qui due osservazioni.

Il meccanismo logico, pur spogliato dalla passionalità umana, non scampa dal rischio di iniquità³³; anzi, talvolta è tanto più iniquo quanto più mira all'impersonalità³⁴. Inoltrarci su questo sentiero significherebbe interrogare la distinzione, inaugurata da Aristotele³⁵, fra legalità ed equità, fra ciò che si ritiene giusto secondo l'universale e ciò che è giusto nel caso concreto e si ritiene possa colmare le lacune della legalità. Ci si troverebbe dunque di fronte a una contrapposizione o, quanto meno, a una complementarità del concreto rispetto all'astratto, secondo la quale il concreto sopraggiunge “ove le antinomie della giustizia si manifestano e ove l'applicazione della giustizia ci costringe a trasgredire la giustizia formale”³⁶. Questo scenario suscita l'interrogativo se vi sia davvero una alternativa fra legalità ed equità – con il rischio di scivolare o in orientamenti sostanzialistici e di conseguenza decisionistici, o in un ottuso formalismo legalista –, o se invece il giudizio di equità non sia già contemplato in quell'insopprimibile potere di connotazione che impone di valutare la specifica gravità del fatto relativamente al contesto, le cause oggettive e i motivi soggettivi, l'intensità della colpevolezza, e altre circostanze. Per ora ci si limiterà a osservare che il paradigma riparativo può inserirsi in questo dilemma offrendo la possibilità di fare un passo ulteriore nel cammino della comprensione interpersonale, ma minando il rigore logico della cognizione con i problemi che proprio l'interpersonalità implica.

La seconda osservazione richiama quanto sopra anticipato: come non è attuabile un

³³ Cfr. A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, trad. it. *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, Raffaello Cortina, 2007.

³⁴ Di fronte al simbolo della bilancia, Simone Weil proponeva di trovare il coraggio di “aggiungere peso sul piatto troppo leggero” (*Quaderni*, III, Milano, Adelphi, 2009⁴, p. 158). Di più, proponeva di sostituire la bilancia con una “a braccia disuguali”, così che “il grammo preval[ga] sul chilo” (*Quaderni*, I, Milano, Adelphi, 2010⁹, p. 338; *Quaderni*, IV, Milano, Adelphi, 2005², p. 366). Cfr. T. Greco, *Curare il mondo con Simone Weil*, Roma-Bari, Laterza, 2023.

³⁵ Aristotele, *Etica nicomachea*, 1137b

³⁶ Ch. Perelman, *De la Justice*, Paris, Offices de publicité, 1945, trad. it. *La giustizia*, Torino, Giappichelli, 1959, p. 61.



perfetto sillogismo giurisdizionale, così non è auspicabile un potere legislativo illimitato. D'altra parte si deve tenere a mente non solo che la convenzionalità delle definizioni ivi formulate è sempre un'ipotesi, se non proprio una finzione; ma anche che in essa si esercita un potere, con i propri equilibri e gli inevitabili squilibri di forze. La via per contenere, non solo formalmente ma anche nei contenuti, tale assolutezza³⁷ di un momento che deve pur essere potestativo è stato, storicamente, quello verificatosi nel passaggio dallo Stato di diritto legislativo allo Stato di diritto costituzionale³⁸. Un passaggio che, per la natura anche etico-politica intrinseca delle costituzioni rigide del Novecento, contempla la reintroduzione di una speciale istanza di orizzontalità del diritto al fondo dei contenuti validi garantiti dal principio di stretta legalità. Una questione che ha molto influenzato anche il modo di concepire il diritto penale e i suoi scopi.

2.2. L'orizzonte etico-politico come ragione del diritto, nel diritto

È qui appena il caso di ricordare come quella potestatività, che il diritto penale ha reinterpretato come base per le garanzie offerte al soggetto di diritto, via via che sfumava l'orizzonte concettuale offerto dal giusnaturalismo, minacciava di trasformarsi in arbitrio, cui solo l'autolimitazione dello Stato poteva mettere freno³⁹. Quanto allo Stato di diritto legislativo, si è perciò potuto parlare di una forma che ha rotto con la sostanza: il disincanto moderno emancipa la sfera politico-giuridica dalla "sostanza" trascendente, divina o naturale, limitando la legge naturale alla sola funzione di fulcro su cui far ruotare il binomio sovranità-

³⁷ Per una lettura degli usi strumentalmente politici del diritto penale, cfr. G. Fiandaca, "Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia", *Il foro italiano*, 136 (2011), 1, pp. 1-12.

³⁸ Cfr. L. Ferrajoli, "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2003², pp. 349-386.

³⁹ È nota la critica portata al modello del *Reflexrechte* da Jellinek nel suo *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1914. In generale, si veda M. Fioravanti, "Lo 'Stato moderno' nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)", in *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 181-217. Curioso l'ossimoro utilizzato per descrivere il carattere liberale del *Rechtsstaat*, come "liberalismo di Stato" (G. Amato, "Forme di Stato e forme di governo", in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. 1, Bologna, il Mulino, 1997⁵, p. 43). Quanto al caso francese, invece, si è parlato di "légicentrisme" (L. Jaume, "Préface aux droits de l'homme", in *Les déclarations des droits de l'homme*, Paris, Flammarion, 1989, p. 60) e di "legolatria" (P. Grossi, "Il punto e la linea" (1995), in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-12; p. 11). Si veda P. Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, Dedalo, 2003.



ubbidienza; e proprio tale formalismo finisce per inaridire la più generale realtà di un “diritto come sostanza [che] si regge su forze sociali diffuse”⁴⁰. D’altra parte, si è potuto interpretare la svolta costituzionalistica del secolo scorso come un recupero di tale sostanzialità, in primo luogo mediante superamento della rigida dicotomia forma-sostanza insita nel cosiddetto “Stato di diritto legislativo”. La natura del diritto dalla seconda metà del secolo scorso è duplice e fra i due capi scorre una insopprimibile tensione benefica⁴¹. Ma ciò che è più interessante è il carattere storico e immanente di questo recupero, tale da incorporare nel diritto una concezione storica e concreta della giustizia, che rispecchia le più grandi aspirazioni umane cogliendole dal vivo pullulare dell’esperienza sociale, dalle più radicate categorie che informano di significato e valore la varietà culturale di una data società⁴². Il “metalegale”, che il formalismo aveva cacciato dal dominio della giuridicità, esonda dall’irrelevanza ripresentandosi non come “un coacervo di oggetti passivi di volontà potestative, ma [come] un complesso vivente di bisogni, idealità, interessi”, di cui il diritto non può rifiutare di occuparsi se vuol corrispondere alla sua vocazione ordinativa⁴³.

La costituzione è il perno su cui l’asse verticale si flette: essa non è il vertice della piramide gerarchica delle fonti, ciò che configurerebbe lo Stato costituzionale come mero perfezionamento dello Stato di diritto legislativo mediante l’aggiunta di un piano superiore all’edificio istituzionale⁴⁴; non è il kelseniano “grado più alto del diritto statale”⁴⁵, essendo piuttosto funzione della società e “*prius* rispetto allo Stato”⁴⁶. Si passa da *Staatsverfassung* a *Verfassungsstaat*: la sua origine è una “rilevazione diagnostica che una assemblea costituente compie nel profondo di una civiltà storica”, una lettura obiettiva e dal basso dei valori che

⁴⁰ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 15.

⁴¹ Ivi, p. 21.

⁴² P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 42. Gli fa eco Fioravanti: “I nuovi orizzonti della stessa dottrina della costituzione incontravano sempre meno la traiettoria dello Stato. Un’epoca, entro cui nessuna dottrina della costituzione sarebbe stata possibile senza una dottrina dello Stato [...] si stava ormai chiudendo” (*Lo “Stato moderno” nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, cit., p. 217).

⁴³ P. Grossi, “Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti” (2006), in Id., *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 143-162; p. 152.

⁴⁴ Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia* (1992), Torino, Einaudi, 2024, pp. 34-35.

⁴⁵ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 2009⁶, p. 126.

⁴⁶ P. Grossi, “Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto” (2009), in G. Alpa (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 29.



circolano in una società e che essa assume come fondamento per una convivenza pacifica⁴⁷. Da “quel modello astratto di uomo che è il soggetto unitario dello stato di natura”, espediente strategico di una classe dominante, si passa a confrontarsi con l’irriducibile pluralismo di formazioni sociali nel cui stratificarsi e sovrapporsi l’individuo coltiva la propria personalità “nella concretezza della sua esistenza quotidiana”⁴⁸.

Abbiamo dunque l’inclusione di una dimensione sostanziale, che perimetra orizzontalmente e mantiene in costante tensione l’asse verticale, formale. Lo Stato di diritto del primo costituzionalismo offre prevedibilità e certezza, ma rimane “indifferente ai caratteri materiali”⁴⁹; accettando invece il carattere insopprimibile della dialettica fra forma e sostanza, la formula dello Stato di diritto si carica di significati. A questo punto, l’attenzione alla relazionalità ha il significato di una ripresa della natura ordinamentale del diritto: esso rispecchia la pluralità sociale nel suo darsi storico. Di qui l’orizzontalità di una configurazione ontica da cui distillare le categorie e i valori più profondi. Essendo fuori questione una riedizione di diritto naturale, si è trattato del “massimo atto d’orgoglio del diritto positivo” consistente nella positivizzazione di quanto per secoli era considerato appannaggio del diritto naturale⁵⁰; per converso, le forme si fanno mutevoli, perché sottoposte a fattori non logico-concettuali, bensì storico-politici e culturali.⁵¹ Qui riconosciamo la dualità in tensione del diritto, fra sostanza e forma.

La costituzione rispecchia il pluralismo socio-politico; ma tale rispecchiamento non va confuso con una mera adesione al dato di fatto. I valori si trasformano in principi, collocando la costituzione, che pur non si riduce a una legge rafforzata, in una dimensione che non è indipendente dalla volontà creatrice umana. Quasi in una “rinascita di aspetti del diritto premoderno”⁵², si ha la riabilitazione della sequenza vero-giusto-doveroso (per il positivismo: fallacia naturalistica). La giustizia che media questa sequenza non è né un dato eterno e immutabile, né una sostanza spontanea e irriflessa. Si tratta piuttosto di un atto profondamente politico: non in senso hobbesiano e schmittiano, definito dal rapporto amico-nemico, bensì

⁴⁷ Ivi, p. 28.

⁴⁸ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., p. 14.

⁴⁹ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 99-100.

⁵⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 134.

⁵¹ Cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 107.

⁵² Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 146.



inclusivo e volto all'integrazione.

Inevitabilmente tale assetto storico-politico ha finito per interagire con il diritto penale, nello sforzo che si è profuso storicamente per circoscrivere, o almeno orientare, il rischio di un'assoluta potestà legislativa nella definizione del penalmente rilevante. Uno sforzo in qualche misura superfluo "fin quando la legge è intesa in primo luogo come *ratio*, e solo successivamente come *voluntas*"⁵³, ovvero fin quando la potestà del legislatore risponde al materiale politico-razionale confluente dalla filosofia giusnaturalistica moderna che legittima quel potere. Mentre l'illuminismo penale poteva beneficiare di una lunga tradizione filosofica capace di forgiare criteri selettivi inamovibili, fra Otto e Novecento ci si scontra con la difficoltà di prospettare criteri precisi e legittimi per la selezione di dati pregiuridici in grado di dare sostanza all'oggetto di tutela penale e di affermare la natura strumentale del diritto penale rispetto all'interazione sociale. Tali difficoltà sono rinvenibili per esempio nella vicenda storica del "bene giuridico"⁵⁴, fino alla sperimentazione italiana di ricercare "rivelazione immediata di connotati essenziali del reato nella sua unità principalmente attraverso le norme costituzionali"⁵⁵, ovvero vedendo nella Costituzione non solo una tavola dei valori positivizzati in principi, bensì una vera e propria gerarchia di beni, cui basterebbe – o si dovrebbe – attingere in fase legislativa per definire inequivocabilmente gli interessi tutelabili penalmente. È noto come Franco Bricola abbia inaugurato un dibattito prolungatosi nei decenni, fra prescrittivistici disposti a coltivare la ricerca di istanze garantiste e legate ai diritti fondamentali nel dettato costituzionale e, oggi, anche in altri principi sovraordinati inter- e sovranazionali, e descrittivistici più aperti alla gestione politica della materia penale⁵⁶.

Come si è detto, la Costituzione rappresenta una prospettiva integrativa e di compromesso. Ma essa circoscrive un ambito tutt'altro che irenico: all'interno del perimetro così designato, le forze sociali si confrontano e si lasciano interpretare da una politica competitiva. L'ordine costituzionale è obiettivo, non ideale: è perciò animato dalla insopprimibile conflittualità; i

⁵³ M. Fioravanti, "Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale" (2012), in Id., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 241-254; p. 246.

⁵⁴ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Zanichelli, 2024⁹, p. 5. Per la storia del bene giuridico, si veda G. Fiandaca, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁵⁵ F. Bricola, "Teoria generale del reato" (1973), estratto dal *Novissimo Digesto Italiano*, XIX.7, Torino, Utet, 1974, p. 24 a-b.

⁵⁶ M. Donini, "L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali", *Diritto penale contemporaneo*, 2 (2012), pp. 51-74; p. 62.



valori sono plurali e i principi che li traducono in pilastri per la convivenza civile sono eterogenei per rendersi accoglienti di tale pluralità oggettiva. La dimensione ordinamentale può perciò fornire criteri di limite e controllo del potere statale, ma va oltre la sua natura l'onere della determinazione concreta delle fattispecie punibili. Si tratterebbe di una ingenua postura giuslegalistica⁵⁷ che assottiglia la tensione intrinseca al diritto lungo l'asse verticale delle regole: una postura inadeguata, che trasforma la Costituzione in un prodotto legislativo anziché in diagnosi del tessuto storico-politico e apertura in esso di un campo di possibilità. Essa, è vero, rappresenta il “massimo atto d'orgoglio del diritto positivo”, ma tale orgoglio deriva dall'aver saputo diagnosticare in maniera riflessa un ordine sociale oggettivo e averne perimetrato le possibili manifestazioni. Se tra Costituzione e legge ordinaria vi è una relazione strutturalmente analoga a quella tra diritto naturale e diritto positivo, fare della Costituzione un “diritto naturale positivizzato”, un sistema chiuso e autosufficiente di valori da trapiantare, in modo vincolante, nei contenuti della tutela penale significherebbe, ci pare, disconoscerne la natura stessa, scevra di disposizioni tassative implicanti soluzioni legislative univoche⁵⁸ (norme-regole), perché informata all'esplicitazione dei valori e delle ragioni d'azione nella forma di principi⁵⁹.

Ciò che maggiormente conviene tenere a mente per quanto sarà sostenuto nelle ultime battute, è che l'atteggiamento adeguato alla dimensione ordinamentale non è tanto l'ubbidienza, bensì l'adesione, la quale, anziché prescrivere e sanzionare, ci getta nella logica del possibile, aprendo un'istanza critica forgiata dal vivo e plurale pullulare sociale – nella kantiana “feconda bassura dell'esperienza”⁶⁰. Secondo la nostra metafora geometrica, l'ordine costituzionale delimita e definisce lo spazio dell'orizzontalità: il principio nasce da un'osservazione del distendersi sociale e offre significato pubblico alle relazioni. La natura

⁵⁷ M. Donini, *Diritto penale*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2024, p. 464.

⁵⁸ Cfr. M. Donini in un intervento tenuto all'Università di Salamanca nel 2001 (https://www.researchgate.net/publication/259923888_Ragioni_e_limiti_della_fondazione_del_diritto_penale_sulla_Carta_costituzionale_L'insegnamento_dell'esperienza_italiana). Altrove: “Non pare possibile, se non a una mente autoritaria, “dedurre” da [norme-principio] un articolato, un codice, richiedendosi invece molte mediazioni (rispetto ad altri principi contrapposti e da bilanciare fra loro) dentro alle quali opera il pluralismo politico-istituzionale” (M. Donini, *Diritto penale*, cit., p. 478).

⁵⁹ Sulla ulteriore differenza valore/principio, cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, pp. 92-95.

⁶⁰ I. Kant, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik die als Wissenschaft wird auftreten können* (1783), trad. it. *Prolegomeni ad ogni metafisica futura*, Roma, Castelvocchi, 2014, nota a p. 161.



del diritto penale è regolativa, prevalentemente verticale. Perché non si produca una naturalizzazione dell'asse orizzontale, né una assolutizzazione dell'asse verticale, e perché non si finisca in una altrettanto esiziale confusione delle due dimensioni, con una lettura giuslegalista della Costituzione o con una illusione sostanzialista della legislazione penale, la tensione tra i due non può mai essere ridotta.

Lasciato il campo della ragione *nel* diritto, ci si addentra nell'ambito della ragione *del* diritto, ossia nell'ambito in cui si producono risposte “alle questioni del perché, del quando e del come dell'intervento penale”, e si elaborano “giustificazioni metagiuridiche, o filosofiche o etico-politiche”⁶¹. Questi compiti teorici si riflettono sulla formalizzazione di una costruzione che intenda non essere meramente valida o effettiva, ma anche giusta “secondo criteri morali, o politici, o razionali, o naturali, o soprannaturali o simili”⁶². Il diritto moderno si fonda sulla separazione tra il diritto positivo e l'orizzonte valoriale: in termini metateorici, è fallace il passaggio dal diritto valido al diritto giusto, e viceversa; ed è fallace anche l'idea che la giustizia sia condizione necessaria o sufficiente della validità delle norme giuridiche. Il formalismo convenzionalista è perciò metodo della garanzia offerta dal “principio di legalità”, che depura da ogni connotazione ontologica la definizione del reato, garantendo certezza del diritto, uguaglianza e libertà. D'altra parte, proprio la separazione della dimensione positiva da quella valoriale comporta che, in senso assiologico, la struttura così razionalmente edificata richieda una giustificazione. Il diritto moderno e l'istituzione non rappresentano un valore perché tali, e nemmeno perseguono valori prescissi dall'interesse delle persone. Essi hanno così l'onere di giustificare la propria presenza, e il diritto penale deve fondare gli scopi di tutela e trovare in tale fondazione i limiti nei quali si giustificano i propri interventi.

Non solo dunque una tensione tra regole e principi. Legittimazione interna – che riguarda i principi normativi interni all'ordinamento positivo, i criteri di valutazione intragiuridici – e legittimazione esterna – con inerenza a criteri di valutazione extra- o meta-giuridica – rimangono in un rapporto dialettico, di articolazione fra distinti. Questa “esclude sia l'auto-legittimazione etico-politica che l'etero-legittimazione giuridica del diritto”, dato che la legittimità politica provverrà da valori e interessi individuali o collettivi la cui tutela è affidata

⁶¹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 196.

⁶² Ivi, p. 198.



al diritto penale, e la legittimità giuridica si fonderà sulla legge in modo esclusivo quanto alle fonti e in modo esaustivo quanto ai contenuti⁶³.

In maniera estremamente schematica, possiamo dunque osservare nel diritto (1) una dimensione formale, costruita nell'ambito legislativo secondo la logica oppositiva delle regole, in costante tensione con (2a) principi di legittimazione interna, i quali rendono razionale l'ordinamento positivo senza riferimenti ontologici o valoriali, e (2b) criteri di legittimazione esterna, che descrivono l'ambiente filosofico su cui l'ordinamento positivo deve fondarsi per giustificare la propria azione. Il pensiero moderno non intende il diritto e le istituzioni come fini in sé, ma li immette nell'orizzonte fondamentale del diritto naturale⁶⁴. È interessante notare come, mediante il processo di positivizzazione dell'orizzonte valoriale che ha prodotto le costituzioni novecentesche, si sia assistito a una incorporazione di gran parte delle fonti di giustificazione esterna, trasformate in criteri di legittimazione interna al diritto. Le coordinate filosofiche che il pensiero moderno teneva come cielo di stelle fisse, sono state reperite come valori culturalmente radicati e trasformati in principi fondanti la pacifica convivenza. Così che principi di validità e principi di giustizia si ritrovano, se non impastati, almeno adiacenti su un medesimo piano dove giacciono gli stessi fondamenti del vivere civile. Se lo Stato di diritto legislativo era criticabile per un certo formalismo, che teneva fuori di sé le ragioni sostanziali come mera circoscrizione filosofica legittimante, nello Stato di diritto costituzionale la presenza di principi costituzionali disciplina non solo le forme, ma detta anche vincoli di contenuto, di significato degli enunciati normativi prodotti, così che il divario tra essere e dover essere *del* diritto si è trasferito *nel* diritto, nelle fattezze di potenziale “incoerenza o antinomia tra i [...] diversi livelli normativi”⁶⁵ (di ciò si occupa il controllo di costituzionalità).

Ora, la pregnanza di questa influenza – in termini di vincoli negativi o in termini orientativi positivi – è motivo di discussione⁶⁶. Ciò che preme rilevare è che non si tratta semplicemente

⁶³ Ivi, p. 200.

⁶⁴ È il paradosso hobbesiano di cui scrive Norberto Bobbio, soprattutto in “Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes”, in Id., *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 2004, pp. 111-145: “Giusnaturalista ‘di fatto’ ma giuspositivista ‘di diritto’”. In merito cfr. C. Crosato, “What About Natural Law in Hobbes? Dialogue Between the Natural Law and the Legal Positivist Hypothesis”, *Jus Cogens*, 5 (2023), 2-3, pp. 195-227.

⁶⁵ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 351.

⁶⁶ In generale, cfr. R. Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2022; V. Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2023.



della positivizzazione del diritto naturale all'interno di una norma di rango superiore, quanto invece del rinvenimento in termini ordinamentali di tali valori nella cultura e nella sfera valoriale di una società. Essi, tramutati in principi di convivenza, rappresentano la dimensione fisiologica del diritto: il suo esser distillato dalla viva esperienza sociale; la postura di fiduciosa adesione più che di obbedienza che è richiesta ai membri di quella società. Ciò restituisce una fisiologica orizzontalità del diritto contemporaneo inscindibile e, anzi, fondante ogni forma di diritto regolativo. Le procedure del diritto penale comunicano fittamente con l'orizzonte etico-politico che le giustifica e le vincola. Interrogando il concetto di riparazione "in senso lato", rifletteremo non solo sui modi in cui questo può rendersi compatibile con il dettato costituzionale, ma soprattutto se esso possa rappresentare un'esaltazione della fisiologia del diritto, della sua natura relazionale e, perciò, fiduciaria. In primo luogo allora comprenderemo i limiti entro cui essa deve inserirsi; ma nell'orizzonte ordinamentale cercheremo anche buoni motivi per imboccare la sua strada e, infine, modalità concrete mediante cui far penetrare i principi di tale ordinamento nelle risoluzioni da essa prefigurate.

3. Orizzontalità nella giustizia riparativa "in senso lato"

Nel tentativo di annichilire gli squilibri di potere in gioco nelle fasi di risoluzione dei conflitti, il diritto penale moderno è stato organizzato secondo un sistema binario, che attribuisce forza potestativa alla fase di definizione legislativa delle fattispecie che costituiscono reato, al fine di ridurre la fase giurisdizionale al solo esercizio cognitivo. Il sillogismo, irrealizzabile nella sua geometrica perfezione, prevede certe forme epistemologicamente ineliminabili di potere giudiziario, ma idealmente è studiato per assottigliare il potere discrezionale; e, a ben vedere, per escludere uno spettro amplissimo di poteri dalle procedure penali, *in primis* la forza delle stesse parti attraverso un confronto mediato.

Il formalismo giuridico così delineato fa riferimento allo sfondo teorico offerto dalla filosofia giusnaturalistica, che ne fonda l'intervento e ne impone dei limiti. Man mano che tale scenario filosofico sfuma, il potere statale prende sempre più spazio e, sciogliendosi da ogni vincolo, palesa la disponibilità del positivismo giuridico a farsi latore dei contenuti più svariati, talvolta minacciosi. Si è perciò fatto riferimento all'esperienza del nuovo



costituzionalismo, il quale rifonda il diritto ponendolo in irriducibile tensione con una dimensione materiale, ricostruita mediante un'attenta diagnosi della pluralità viva che anima la società. I valori conservati come caposaldi nella forma di principi costituzionali non solo limitano il potere statale, ma ne influenzano le forme, rendendole coerenti con l'ambito sociale cui si applicano. Ovviamente ciò significa che anche i contenuti delle norme, e non solo le forme, costituiscono materia di legittimità giuridica, manifestando l'adeguatezza della sfera normativa al tessuto sociale ed etico-politico che vi aderirà. Abbiamo seguito l'itinerario di allontanamento da una forma orizzontale di gestione delle offese, ma abbiamo riscoperto una nuova forma di diritto orizzontale. L'argine posto all'altrimenti illimitata verticalità del diritto, infatti, non ha significato un regresso a forme di gestione della giustizia sottratte all'autorità, bensì il progressivo riferimento a un orizzonte giuridico condiviso di garanzia non solo scientifico-formale ma sostanziale.

Tale riferimento rimane quello di una irriducibile tensione fra il diritto formale e quello sostanziale, fra le regole e i principi. Quanto al diritto penale, la Carta non presenta una gerarchia di beni precisamente classificati, bensì un polo di riferimento perché il bene giuridico non sia l'espressione pura del potere, sia esso quello legislativo o quello del contingente rapporto di forze che farebbe coincidere l'oggetto della tutela con l'offesa soggettivamente denunciata dalla vittima.

Il quadro costituzionale è stato descritto come un orizzonte ordinamentale che, pur continuando ad affidare all'autorità pubblica la gestione dell'illecito, ne limita l'azione attraverso le garanzie e ne giustifica l'operato nel contesto di una pacifica convivenza. La giustizia riparativa si riferisce ancora a tale orizzonte o rappresenta proprio un passo indietro rispetto alla gestione pubblica del conflitto? L'ipotesi è che il paradigma riparativo rappresenti una sfida quanto alle garanzie che il diritto penale offre nell'amministrazione pubblica e costituzionalmente orientata degli eventi trasgressivi, mentre rappresenta la possibilità di aderire più saldamente alla dimensione contenutistica, etico-politica, importata dal costituzionalismo novecentesco.

La sfida più fondamentale deriva da una interpretazione degli eventi, che mette in questione la giustizia punitiva o se ne allontana proprio, adottando "lenti"⁶⁷ nuove nella lettura

⁶⁷ Il riferimento è ovviamente a H.J. Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale,



della realtà, non concependo più reati come violazioni di norme legali, cioè come casi da trattare con concetti e procedure astratte di natura logico-giuridica, bensì eventi che segnano la viva carne degli individui, producendo emozioni traumatiche e, soprattutto, compromettendo legami fra persone. Muta la grammatica fondamentale, ora più simile a quella psicosociologica; muta lo scenario, che richiama in causa la vittima portatrice di un'offesa, l'individuo individuato come offensore, la relazione fra essi e con la comunità intesa come trama di relazioni interpersonali; muta la risposta, che non è più avviata (solo) da un'autorità che si incarica di indagare su fatti minacciosi per la stabilità sociale, e di giudicare e punire i responsabili, essendo bensì quella di una mediazione (dialogica) fra parti coinvolte, dell'ascolto reciproco della sofferenza causata o alla base di determinate azioni, delle possibilità di riconciliazione a partire dalla responsabilizzazione⁶⁸. Si comprende bene il significato dell'orizzontalità qui animata, non in senso ordinamentale, come quella alla base dell'ordinamento giuridico contemporaneo, bensì quella della relazione concreta, ferita e da riallacciare, quella delle persone in carne e ossa, con il loro portato biografico da porre a contatto con quello altrui.

Le prime questioni da porre sono volte a chiarire le potenziali criticità là dove tale mutamento rappresentasse lo scivolamento da una orizzontalità ordinamentale, come quella costituzionale, ad altro tipo di orizzontalità, sottratta ai principi di tale ordinamento. Dando ascolto alle critiche diffuse da cui siamo partiti, la prima domanda che ci si pone è dunque se l'avanzamento della giustizia riparativa non comporti l'allentamento del ruolo di cui si incarica l'istituzione, non solo come repressione o prevenzione, ma anche come garanzia del soggetto debole, “del debole offeso o minacciato dal reato, come del debole offeso o minacciato dalle vendette”⁶⁹. Il sistema penal-punitivo diverrebbe progressivamente assimilabile a un meccanismo di soluzione delle controversie di tipo negoziale⁷⁰, sguarnito delle garanzie offerte non solo rispetto all'arbitrio del potere punitivo, ma – aggiungiamo ora

Herald Press, 1990. Cfr. G. Mannozi, R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano, Franco Angeli, 2022, p. 20: “Occorre un mutamento dello sguardo per ripensare e trasformare la giustizia penale, chiedendo a essa qualcosa di più o forse di meglio della mera applicazione di norme corredate da sanzioni”.

⁶⁸ In generale, cfr. M. Bouchard, F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, Milano, Giuffrè, 2024.

⁶⁹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 329.

⁷⁰ Una voce rassicurante in merito è G. Quintero Olivares, “La cosiddetta privatizzazione del diritto penale”, *Critica del diritto*, 2001, 1-2, pp. 124-137.



– anche nei termini della terzietà e dell’equità mediante cui proprio la gestione pubblica di tale potere mette a riparo da un faccia a faccia diretto fra le parti.

Certo, si dirà⁷¹, non si tratterebbe di un faccia a faccia, di una resa dei conti in cui a spuntarla sarebbe il più forte. A impedire la chiusura privatistica del rapporto fra reo e vittima sarebbe la presenza di mediatori terzi reclutati all’interno della collettività. È altrettanto vero, tuttavia, che i centri per la mediazione e la giustizia riparativa, operando nell’ambito del privato sociale, non sempre assicurano piena imparzialità e terzietà, non essendo scontata nemmeno l’imposizione di un elementare codice deontologico⁷²; e senza le garanzie considerate costituzionalmente fondamentali, ci si deve interrogare se, quanto a simili pratiche e istituti, si possa parlare di giustizia. “Posto che lo Stato punisce per un’azione commessa in quanto lesiva del tessuto dei consociati e delle regole democraticamente fissate, la tendenziale sostituzione dell’apparato giurisdizionale pubblico che garantisce terzietà e imparzialità, con l’opera di strutture e centri privati, non può che richiedere una verifica delle garanzie offerte ai protagonisti della vicenda e in generale alle regole che presidiano l’amministrazione della giustizia”⁷³.

Non sbaglia di molto chi rileva una qualche violenza sottesa al diritto penale anche nella versione più garantista: essa si manifesta non solo nel sostrato culturale vendicativo, seppure razionalmente legittimato, che accompagna la dimensione penal-punitiva⁷⁴, ma anche nel rifiuto, pure garantistico, di creare uno spazio di dialogo e confronto diretto fra autore e vittima⁷⁵. Non si esclude, per altro, che a una umanizzazione del diritto penale possa seguire anche una maggiore efficienza del sistema nel produrre una condizione di pace sociale. È però indubbio che il diritto penale sia già configurato al fine di garantire a indagato, imputato, reo

⁷¹ Cfr. R. Bartoli, “Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell’ambito della giustizia punitiva”, *Sistema penale*, 29 novembre 2022, pp. 1-15; p. 2.

⁷² Cfr. E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 487.

⁷³ A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 181.

⁷⁴ Cfr. X. Chiamonte, D. Fiorentino, “Il sistema penale è intrinsecamente populista?”, *Azimuth*, 9 (2021), 17, pp. 195-213. Che la giustizia riparativa possa rappresentare un’occasione di superare “la logica vendicativa e dello ‘scontro’ che permea la giustizia penale” è sostenuto in G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2024¹³, p. 969.

⁷⁵ Cfr. R. Bartoli, “Il diritto penale tra vendetta e riparazione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 13 (2016), 1, pp. 96-108.



una tutela da forme incontrollabili di risoluzione del conflitto; da ciò segue il sospetto che l'umanizzazione, e il connesso efficientamento, del sistema penale siano spesso volte immaginati attraverso una maggiore considerazione del ruolo della vittima, nella presunzione di ottenere così un bilanciamento delle ragioni in campo più favorevole a una rappacificazione sociale. È molta, in questo ambito, la confusione tra due ambiti che, pur connessi, sono distinti, come vedremo nel prossimo paragrafo: la riparazione del danno cagionato dal reato e una ristorazione della vittima che richieda il coinvolgimento di quest'ultima, trasformando il contraddittorio in un confronto triangolare, in cui non solo hanno un peso le ragioni della persona ferita, ma le stesse fattispecie incriminatrici dovrebbero essere ripensate in chiave social-difensiva sulla base delle caratteristiche delle vittime⁷⁶. Ciò che comprometterebbe il delicato equilibrio che trattiene l'ambito penale dalla tentazione di sottrarre garanzie a chi è coinvolto nella vicenda giudiziaria e dalla tentazione di determinare i propri oggetti di tutela sulla scorta di pretese social-difensive: un prezzo che non può essere pagato nemmeno per un presunto snellimento delle pratiche. Senza considerare che l'ingresso della vittima fra i protagonisti del processo penale, oltre a una valorizzazione delle persone in una procedura altrimenti spersonalizzante, rischia di portare al perversimento in senso negoziale e privatistico del meccanismo. Si tratterebbe di una orizzontalità estranea al diritto penale moderno, perché reintrodurrebbe nella fase giurisdizionale nuovi rapporti di potere, superflui per la definizione del contraddittorio. La presenza dell'autorità non è atta a esaurire l'urgenza di una mediazione fra parti, risolvibile anche in una dimensione privata: l'autorità pubblica, nel diritto penale moderno, si incarica di riconoscere il conflitto, definirlo, regolarlo, individuando nell'evento in discussione, oltre che un danno personale, una ferita al tessuto sociale, nonché controllando la forma entro cui la risoluzione è raggiunta. Una forma pubblica che rispecchia principi costituzionali: allo sfumare della prima, perde autorevolezza il set di regole che la struttura, deponendo come accessori i principi che la giustificano.

Si è detto che le garanzie offerte dal diritto penale non sono rispetto al solo potere punitivo, principale obiettivo di critica dell'illuminismo penale, ma a ogni forma di potere incontrollabilmente circolante nel confronto con un evento trasgressivo; ciò che la giustizia

⁷⁶ Cfr. A. Pugiotto, ““Preferirei di no’. Il piano pericolosamente inclinato della giustizia riparativa”, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Volti e maschere della pena*, Roma, Ediesse, 2013, pp. 153-274; p. 274.



riparativa rimette in questione. Non è da escludere, dunque, che il defilamento dell'autorità pubblica non rappresenti solo una compromissione delle garanzie dell'imputato, ma anche dei diritti della vittima: "Un faccia a faccia fra vittime e perpetratori è questione di libertà di entrambe le parti"⁷⁷. Il rapporto fra autorità e libertà⁷⁸, in un contesto di giustizia riparativa, sarebbe problematico per quelle che diverrebbero due parti in gioco: la vittima stessa sarebbe gravata dalla pressione delle richieste di ingresso in programmi di mediazione in cui ricoprire un ruolo pubblico; la parte accusata, oltre a correre il rischio di venir confusa con il reo prima del termine del rito processuale⁷⁹ e oltre la tentazione di superare indenne la giurisdizione promossa dalla speranza deflattiva riposta nella giustizia riparativa⁸⁰, porta il peso delle richieste di revisione critica dei propri comportamenti, con un grave impatto sulle modalità di espiazione o sulla commisurazione della pena.

In termini filosofico-politici, quello appena riferito si traduce nel problema, tipico della giustizia informale⁸¹, dei rapporti di potere che configurano le energie in un gruppo sociale. A uno sguardo preliminare, trasferire la giurisdizione in un ambiente mediazionale può avere il significato di ricercare una giustizia sottratta all'astrattezza del soggetto di diritto. Ciò che, tuttavia, tipicamente si riscontra è un confronto che si auspica alla pari perché effettuale, orizzontale, ma in realtà miope rispetto al complesso retroterra culturale: non essendoci la possibilità di apprezzare ed equilibrare le molteplici differenze che affettano i soggetti nella loro concretezza, li si presuppone come individui autonomi e atomici; in un contesto in cui le tutele della giurisdizione garantista sfumano, questo corrisponde a lasciar scorrere inosservati e incontrollati gli squilibri sistemici, e, anzi, amplificarli permettendo loro di decretare l'esito di un confronto troppo compromesso per dirsi equo. Se il diritto penale garantista è impegnato

⁷⁷ D. Pulitanò, "Sulla pena. Fra teoria, principi e politica", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 59 (2016), 2, pp. 641-669; p. 664.

⁷⁸ Cfr. A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., pp. 187-188.

⁷⁹ Si riporta l'esempio di un commento alla cd. Riforma Cartabia in cui il soggetto, pur non essendo stata emessa sentenza, viene ripetutamente ridotto a "reo", contrariamente al più elementare principio della presunzione di innocenza: E. Venafro, "Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia", *La legislazione penale*, 21.12.2023.

⁸⁰ Cfr. G. Mannozi, "Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale", in G. De Francesco, E. Venafro (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 117-140.

⁸¹ Per riferimenti bibliografici, cfr. A. Lorenzetti, "Il tessuto costituzionale della mediazione", *Costituzionalismo.it*, 3 (2015), pp. 229-247; pp. 239-241 e A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., pp. 188-196.



nell'assorbimento dell'elemento potestativo che potrebbe inquinare la decisione, con la giustizia informale si è di fronte a un rischio ancora più grave: quello di liberare coaguli di potere, specialmente di tipo sistemico e simbolico, normalizzati e tali da trasformare il confronto in un'occasione di consolidamento della posizione di dominio o di subordinazione di talune figure sociali⁸².

La giustizia riparativa è, nei termini che guidano questo articolo, l'ingresso di una specie di orizzontalità intesa come incontro e confronto, cooperazione e cura. Per quanto sopra riportato, si intuisce il grado di problematicità che tale novità rappresenta se introdotta in una fase, come quella di indagine o quella di dibattito, in cui, per così dire, le posizioni di partenza non sono ancora definite: l'epistemologia e la procedura del diritto penale, così come si è cercato di tratteggiarle fin qui, depurano la vicenda giurisdizionale al fine di avvicinarla asintoticamente a una procedura scientifica, seppure umana nella sua equità. Una giustizia che sarebbe compromessa dall'introduzione nella procedura cognitiva di elementi personali, emotivi, irrazionali, e di fattori riconducibili a poteri ben più radicati di quello giudiziario che il processo garantista vorrebbe – ma è possibile? – assorbire. In altri termini, l'orizzontalità implicata nella giustizia riparativa potrebbe tramutarsi, da occasione di confronto, cooperazione e cura, in una negoziazione fra parti spogliate di molte garanzie, prima fra tutte quella della gestione pubblica, alla ricerca di una definizione dei danni e della loro risoluzione, condivisa, compromissoria, ma proprio per questo giocata entro rapporti di forza rischiosi. Sono questioni che saranno indagate in un altro articolo, dedicato alla *restorative justice* in senso stretto. In questa occasione, proviamo ad avvicinare l'idea semplice della riparazione: questa, per ora,

⁸² Merita almeno un rapido cenno un problema più generale, come l'accesso smodato all'ambito penale, radicato sul terreno di una prospettiva culturale punitivista (cfr. S. Anastasia, *Le pene e il carcere*, Milano, Mondadori, 2022). Una razionalità profonda che, come tale, deve essere considerata nella sua profondità, nella consapevolezza che l'applicazione in superficie di una strumentazione di giustizia riparativa entro uno scenario così fortemente orientato, lungi dal promettere un miglioramento, può anzi cagionarne un'esacerbazione in senso vendicativo. Ciò cui si deve allora far segno è un lavoro di più lunga lena, entro cui, solo, la giustizia riparativa potrebbe trovare un proprio significato pregnante. Per esempio, la massiccia inflazione penalistica coinvolge eventi conflittuali privati, privi cioè di una dimensione pubblicistica, rispetto a cui si è volentieri aperto alla soluzione riparativa, quasi a confermarne l'assimilabilità a una giustizia civile, laddove meglio sarebbe procedere alla depenalizzazione di tutte le fattispecie il cui danno non travalica la dimensione privata. Questo implicherebbe anche un ripensamento critico non solo delle finalità social-difensive del diritto penale, ma anche delle soluzioni punitive, nell'ambito delle quali la giustizia riparativa rappresenterebbe una delle valide alternative a un carcere ritenuto strumento privilegiato di repressione e di difesa sociale, e tutt'altro che mera *extrema ratio*.



rappresenta una facile via di fuga da problemi da cui, però, non si vuol sfuggire, rappresentando anzi una ulteriore e più profonda occasione di ripensamento del diritto.

Meno problematica⁸³ è la giustizia riparativa attivata dopo che il rito processuale avrà definito in termini legali gli eventi occorsi. Secondo una concezione ampia di “riparazione”, la vittima è indubbiamente coinvolta per il danno prodotto dal reato, mentre non è necessariamente parte in causa nella definizione dei termini legali dell’evento, e può tornare parte attiva nel lavoro di riparazione che realizzi in modo sicuro e produttivo una orizzontalità non rinserrata nella dimensione privata, quale sarebbe se fosse diretta alla soddisfazione della vittima, ma dall’apprezzabile valore pubblico della riparazione del danno. Un valore pubblico che enfatizzi quell’orizzonte etico-politico principale che stilla dal piano relazionale, non però nel senso della singola relazione astratta, bensì nel senso della relazione come parte di una matassa inestricabile di relazioni, di cui i soggetti coinvolti sono nodi impossibili da astrarre⁸⁴. E questo, in due sensi integrati: il valore pubblico consolidato dal principio costituzionale della promozione della dignità personale, non solo della vittima ma anche del condannato; il valore pubblico sancito dal principio della finalità risocializzante della pena⁸⁵. Integrando questi due significati, collocandosi a valle di una sentenza di condanna emessa secondo la ragione nel diritto, la giustizia riparativa può arricchire la fase esecutiva della sanzione intesa come trattamento individualizzato volto a riguadagnare la socialità dell’individuo. Si tratta, come è stato scritto, di avvicinare la giustizia riparativa come una “giustizia alternativa” la cui legittimità deriva pur sempre da una reciprocità di diritti positivamente formalizzata dalla legge e negativamente rafforzata dalla coercizione pubblica, pur non rifiutando la sfida teorica che essa ci lancia come possibile, per quanto problematica,

⁸³ La collocazione degli strumenti di giustizia riparativa nella fase esecutiva è meno problematica quanto alle garanzie costituzionali; il rischio più generale è, piuttosto, quello di vedere snaturato il paradigma riparativo nel tentativo di integrarne gli strumenti nella giustizia penale. Solo la concreta prassi applicativa può risolvere il pericolo di affidare a tale paradigma tratti para- o criptopunitivi. Cfr. G. Fiandaca, “Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione”, in F. Palazzo, R. Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 97-118.

⁸⁴ Sembra poco ambizioso il “personalismo” se ridotto a soggetti concreti rispetto alla singola relazione, di cui si scrive in R. Bartoli, “Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell’ambito della giustizia punitiva”, cit., p. 6.

⁸⁵ I tre elementi ora richiamati – la possibilità di avere una definizione delle responsabilità personale solo al termine di un giusto processo, l’umanità della pena, la risocializzazione come finalità di quest’ultima – compongono com’è noto l’art. 27 della nostra Costituzione.



“alternativa alla giustizia”⁸⁶. Due sono i problemi cruciali che si presentano, però: il primo riguarda l’effettiva capacità della verità processuale di restituire la verità storica nel suo approccio scientifico a soggetti astratti; il secondo riguarda il rischio di ridurre l’esecuzione riparativa a mera omologazione del soggetto a un dettato normativo, sottraendogli autonomia.

4. Giustizia riparativa in senso lato

4.1. Il delitto riparato: da sanzione subìta a sanzione agìta

La possibilità di pensare il legame tra pena e riparazione è stata sistematizzata, per esempio, da Massimo Donini. Il nucleo essenziale della pena, in senso tradizionale, è di segno negativo⁸⁷, e si concreta per lo più nella sottrazione di diritti. Il beneficio che la pena può portare alla società o al condannato non è elemento necessario della definizione della pena: rieducazione, risocializzazione, espiatione sono mere eventualità della pena. In più, la retribuzione che reagisce alla colpevolezza non ha un vero metro di misura uniforme e scientifico per proporzionare la sofferenza impartita; e oltre il danno, materialmente commisurabile, la proporzione dell’impalpabile colpevolezza è riempita con giustificazioni di prevenzione, civicamente più accettabili, ma invero molto cangianti in termini di politica giudiziaria⁸⁸. Eppure, aggiunge Donini, nulla impedisce che si fuoriesca dalla passività, verso quella che egli chiama una “pena agìta”, in cui cioè chi perpetra un danno sia parte attiva nello svolgimento della sanzione. E proprio come rieducazione e risocializzazione non sono elementi specificanti della pena, ma vi si aggiungono non essendo a essa contraddittori, anche l’azione riparativa può piegare la pena, allontanandola dall’usuale determinazione di raddoppio del male commesso illecitamente e ridefinendola in modo attivo⁸⁹.

⁸⁶ A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, cit., pp. 205-208. Cfr. G. Mannozi, “La ‘visione’ di Raffaello”, in G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 225-240; pp. 234-235. Si veda anche R. Bartoli, “Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell’ambito della giustizia punitiva”, cit.

⁸⁷ Cfr. M. Donini, “Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 56 (2013), 3, pp. 1162-1218; p. 1169.

⁸⁸ Cfr. M. Donini, “Pena agìta e pena subìta. Il modello del delitto riparato”, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, Urbino University Press, 2020, pp. 265-287; pp. 276-279.

⁸⁹ Cfr. M. Donini, “Per una concezione post-riparatoria della pena”, cit., p. 1169.



“Per concepire la riparazione come una modalità o una forma di pena, occorrerebbe pensare che la pena [si configuri come] una pena agita, cioè una sanzione che rimane sì negativa, privativa o limitativa di diritti, ma che al contempo implica un comportamento attivo del soggetto”⁹⁰. Donini auspica, ma in parte descrive come già in corso, un cambiamento di prospettiva: l’abbandono dell’idea di una pena in primo luogo subita come un male impartito o come una serie di dettami da interiorizzare, rispetto a cui la riparazione si appiccichi come una semplice attenuante eventuale mediante l’innesto di criteri di calcolo di pena diminuiti successivi a quelli edittali originari. La mossa che quindi si sta descrivendo è quella di una riparazione che non rientri, come mero accidente, nella logica retributivo-preventiva, diminuendone la virulenza, imponendosi piuttosto come elemento originario della determinazione della pena e, anzi, come elemento prioritario nella fase esecutiva.

La negatività della pena viene declinata tradizionalmente come accrescimento del dolore, intendendo i benefici sulla società e sui singoli come successive eventualità rispetto alla costruzione di una presunta aritmetica del dolore. Fra queste eventualità, la riparazione, che così intesa è davvero un “vicenda privata”: “Lo Stato punisce, mentre la riparazione è lasciata ai privati”⁹¹. Il cambio di paradigma impone una risposta in primo luogo attivamente riparativa e solo in modo residuale subita e afflittiva: la pena in senso tradizionale rimane, fin dall’inizio, solo “una quota di sanzione”, da parametrare *ab origine* in rapporto al fatto che siano o meno avvenuti riparazione e risarcimento; alla logica commutativa che parametrava il male da infliggere sul bene leso, si sostituisce una valutazione sensibile al grado di conflitto apertosi con i diretti coinvolti e con la collettività, e alla effettiva possibilità di estinguerlo⁹². La sanzione è fin da subito attività di riparazione, con il solo elemento residuale di una pena che, così, muta radicalmente il proprio significato. Lo scenario in cui immette la novità del “delitto riparato” muta il senso stesso della pena, non solo riducendo il “bisogno di pena”, ma soprattutto trasformando lo stesso “fatto”: il *post-factum* ha valenza mutante, incidendo sulla soluzione del conflitto che la pena classica non risolve, al punto che si impone un

⁹⁰ M. Donini, a “Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE”, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, Giappichelli, 2022; si legga la versione ripubblicata in *Sistema penale*, p. 14.

⁹¹ M. Donini, “Pena agita e pena subita”, cit., p. 268.

⁹² Cfr. M. Donini, “Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio”, in G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., pp. 135-151; p. 143.



ripensamento della costruzione delle cornici edittali⁹³. È in questo onere istituzionale che la riparazione si trasforma, da questione banalmente privata che promette al responsabile attenuanti e relega l'offeso a un'inevadibile e solitaria condizione vittimaria, in cura del bene generale e anche delle relazioni da parte dell'autorità. Laddove la pena retributiva-preventiva "lascia irrisolto il conflitto", la promozione, coerente con il principio costituzionale di sussidiarietà⁹⁴, di un'attiva e volontaria – per quanto indotta – riparazione "s'inserisce nel quadro di una declinazione molto precisa e orientata di *obblighi costituzionali, internazionali ed europei di intervento*"⁹⁵. La qual cosa non deve essere intesa in senso vittimocentrico: certo lo Stato offre alla vittima il suo impegno per la soluzione del conflitto, ma non si tratta della mera sua soddisfazione⁹⁶; lo Stato offre al responsabile un progetto, un programma specifico fin dall'origine, coinvolgenti la possibilità di una sua attività volontaria. "È compito solidaristico dello Stato (art. 2 Cost.), infatti, riparare le offese attraverso la collaborazione delle persone coinvolte nel fatto-reato, inserendo autore e vittima in una dialettica triadica di garantismo penale"⁹⁷.

Quella avanzata da Donini è una suggestione fondamentale, sebbene non così pacificamente accolta. C'è chi ha rilevato la possibilità che la priorità assegnata alla riparazione come risposta al reato rischi di "dar luogo a odiose discriminazioni tra categorie di autori, o comunque di aggravare la tradizionale connotazione classista della giustizia penale", favorendo individui materialmente più capaci di sostenere prestazioni economiche impegnative⁹⁸. La qual critica è, tuttavia, ricondotta da Donini a una indebita "riduzione dell'idea riparativa al risarcimento del danno"⁹⁹.

Una critica più insidiosa è quella che individua nell'idea del delitto riparato un indebolimento del precetto penale, con l'incapacità di garantire seriamente il messaggio e il valore generalpreventivo delle incriminazioni¹⁰⁰. Donini risponde che il comportamento

⁹³ Ivi, p. 142.

⁹⁴ M. Donini, "Per una concezione post-riparatoria della pena", cit., p. 1211.

⁹⁵ M. Donini, "Il delitto riparato", cit., pp. 138-139.

⁹⁶ Cfr. M. Donini, "Pena agita e pena subita", cit., p. 274.

⁹⁷ M. Donini, "Riparazione e pena", cit., p. 19. Di compito solidaristico, ma con particolare *focus* sul sostegno alla vittima ha scritto M. Bouchard, in *Vittime al bivio*, cit.

⁹⁸ Cfr. G. Fiandaca, *Punizione*, Bologna, il Mulino, 2024, p. 136.

⁹⁹ M. Donini, "Riparazione e pena", cit., p. 20.

¹⁰⁰ Cfr. D. Pulitanò, "Sulla pena. Fra teoria, principi e politica", cit., p. 654 ss.; Id., "Minacciare e punire", in *La*



volontario di riparazione elimina una componente dell'offesa, la sua base oggettiva, ma non elimina la sanzione¹⁰¹. Più in generale, poi, egli sostiene che “quella del delitto riparato come attenuante elevata a titolo autonomo non è una prospettiva solo individualistica, ma essa stessa generalpreventiva”: la riparazione volontaria restaura e rafforza il precetto, laddove “nella mera pena subita la dimensione culturale resta estrinseca alla coscienza del condannato”¹⁰². Tutto ciò, scrive Donini, in vista di “un nuovo umanesimo penale”, capace di riconoscere l'umanità della persona “sia dell'autore e sia della vittima, in una prospettiva di dialogo con la comunità di riferimento e di prestazioni utili, e non solo simboliche, ma sempre al fine di riconoscere il precetto, l'altro e la necessità di riparare le conseguenze degli illeciti”¹⁰³.

Ma quale tipo di dialogo è così promosso? La terza obiezione è relativa al rischio della violazione dei diritti processuali dell'imputato presunto innocente. Donini afferma essere questo un rischio possibile quanto alla mediazione penale, ma non in relazione alle “ipotesi tradizionali di delitto riparato”, poiché si tratterebbe di un onere e non di un obbligo, talché “la cultura della difesa non deve essere sminuita da questa nuova opportunità”. E aggiunge: “Quando ci si difende per non aver commesso il fatto o sostenendo la sua insussistenza, la strategia processuale non può prevedere cedimenti difensivi”¹⁰⁴. Questo ci permette di riconoscere la specificità del discorso di Donini rispetto alla *restorative justice*.

Quella di Donini è una proposta di ripensamento generale del significato della sanzione: in primo luogo, in modi che coinvolgano il responsabile attivamente, di fronte all'evidente inutilità, se non al nocimento, della passività subita; in secondo luogo, in direzione della comprensione del danno al di là sia della logica magica del bene come prodotto della somma di due mali, sia della logica della soddisfazione della vittima. In ciò consiste il significato di riproporla, ancora oggi che una riforma orientata alla giustizia riparativa è già realtà. Sanzione agita e *restorative justice* sono due insiemi non perfettamente sovrapponibili, che tuttavia si intersecano. Da un lato, il senso più ampio e “tradizionalissimo”: la riparazione dell'offesa in

pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 3-28; pp. 20-24; Id., “Il penale tra teoria e politica”, *Diritto penale contemporaneo*, 4 (2020), pp. 1-19; p. 6 ss.

¹⁰¹ M. Donini, “Riparazione e pena”, cit., p. 21.

¹⁰² Ivi, pp. 275-276.

¹⁰³ M. Donini, *Diritto penale*, cit., p. 244.

¹⁰⁴ M. Donini, “Riparazione e pena”, cit., p. 21.



senso tecnico, di rilevanza processuale o in vista di conseguenze accertate nel processo, che è stata anche inquadrata entro un paradigma punitivo di carattere reattivo-premiale¹⁰⁵. È il delitto riparato, consistente in azioni che eliminano gli effetti del reato mediante vere e proprie prestazioni, senza con questo termine escludere la riconciliazione interpersonale, ma senza altresì ridurre la prestazione a essa. Dall'altro lato, la *restorative justice* in senso stretto, che si apre con la mediazione penale e tende a vedere nella riconciliazione con la vittima la risoluzione completa del conflitto¹⁰⁶. La rappacificazione interpersonale fra responsabile e vittima (anche aspecifica), che nel caso del delitto riparato è un'eventualità in una pratica però volta alla risoluzione prestazionale dell'offesa e del danno, è il fulcro del lavoro di dialogo e mediazione della *restorative justice*. Se si intende bene, quella del delitto riparato è una prestazione che lavora per annullare o ridurre gli effetti dell'illecito, ciò che può anche condurre a una nuova relazionalità interpersonale, laddove la *restorative justice* mira precipuamente proprio a quest'ultima, elaborando strumenti di autorevisione critica e incontro.

In questo senso, è interessante quanto lo stesso Donini annota in merito alla laicità della pratica riparativa, la quale “non comporta un necessario pentimento o perdono, perché nessun giudice è ammesso ad accertare un pentimento”, potendosi registrare un superamento degli effetti dell'illecito al limite anche persistente la convinzione della propria innocenza da parte del responsabile. “Il perdono non è un atto giuridico. Solo un privato può ‘perdonare’”; e solo in ambito interpersonale può avvenire una riconciliazione, “diventando atto dialogico, intersoggettivo”, mediazionale e per questo extragiuridico¹⁰⁷.

Ridurre l'idea di *restorative justice* all'idea di delitto riparato significherebbe non riconoscerne l'essenza più intima. Il “delitto riparato” non ha tale intenzione, limitandosi alla dimensione prestazionale circoscritta al danno contingente o, al più, alla relazione compromessa da esso. Ci si dovrà allora chiedere se non ci sia un modo per ricomprendere l'orizzontalità interpersonale nel quadro di una visione ordinamentale del diritto, che consideri la concretezza relazionale al contempo sottraendola all'astrattezza giuridica di “una

¹⁰⁵ Cfr. R. Bartoli, “Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma reattivo-premiale”, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. 1, Roma, RomaTre-Press, 2021, pp. 467-482.

¹⁰⁶ Cfr. M. Donini, “Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs riparazione interpersonale”, *Cassazione penale*, 62 (2022), 6, pp. 2027-2042.

¹⁰⁷ M. Donini, “Il delitto riparato”, cit., p. 149.



società di soggetti anonimi”¹⁰⁸ e all’angustia della privatezza. Tale relazionalità, lungi dal rappresentare la porta d’accesso a forme di privatizzazione, può invece essere l’itinerario di una nuova, più efficace forma di prevenzione mediante una riparazione declinata nel senso della “restaurazione”¹⁰⁹.

4.2. Il valore progettuale della riparazione

Luciano Eusebi parte da una manifesta insoddisfazione rispetto a quella che egli definisce “sostanza monosanzionatoria” a carattere ritorsivo: una pena il cui unico significato è retributivo, la cui commisurazione può dunque essere meramente aritmetica. Una retributività persistente nella forma di “un corrispettivo analogo alla negatività ravvisata nel reato”, nonostante le finalità rieducative, al più espresse accidentalmente mediante benefici penitenziari o una diversificazione *ex post* dei contenuti della pena giustificabile per l’intento deflattivo¹¹⁰. Il potere preventivo della pena definita nella sentenza di condanna si attiverebbe solo grazie all’esemplarità con riguardo a propositi criminosi che dovessero sorgere in altri, e grazie all’esperienza diretta del condannato che si convincerà a non delinquere più. Il superamento che Eusebi auspica, anch’egli come ripensamento generale del concetto di sanzione, è rispetto a tale reazione concepita, attraverso la condanna, nei termini di corrispettività retributiva, per accedere a quella che egli chiama “dimensione *progettuale*”: un programma di intervento che lavori sulla frattura prodotta dal fatto criminoso, aderendo così alle finalità politico-criminali della risocializzazione. “A seguito del reato, non c’è un contrappasso da infliggere (consistente in una mera dosimetria [...]), ma *qualcosa da fare* [...]”. E, con parole che sembrano rievocare quelle ben più antiche di Giorgio Del Vecchio, continua: “Qualcosa da non ricondurre allo schema del *negativo per il negativo*, ma a quello di un *progetto* avente segno opposto rispetto alla negatività del fatto illecito”. Eusebi, dunque, indica l’alternativa in una sanzione prescrittiva agita, secondo modalità che permettano al

¹⁰⁸ C.M. Martini, “Cultura della pena e coscienza ecclesiale”, in A. Acerbi, L. Eusebi (a cura di), *Colpa e pena? La teologia di fronte alla questione criminale*, Milano, Vita e Pensiero, 1998, p. 254.

¹⁰⁹ Cfr. L. Eusebi, “Giustizia riparativa”, in G. Formigoni, L. Caimi (a cura di), *Dizionario di politica. Le nuove parole*, Brescia, Morcelliana, 2022, pp. 200-208.

¹¹⁰ L. Eusebi, “La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 64 (2021), 3, pp. 823-854; p. 825.



condannato di essere parte attiva nella predisposizione di prescrizioni in un percorso lungo il quale egli giungerà a “riaffermare la validità della norma trasgredita”¹¹¹. Un carattere prescrittivo da intendersi non solo come appendice successiva alla condanna – magari con forme alternative, allora sofferte dall’opinione pubblica come manifestazioni di una rinuncia alla giustizia vera –, e nemmeno solo come possibilità prima del processo nella forma della sospensione con messa alla prova: piuttosto una progettualità come parte costitutiva del momento stesso della condanna, come suo elemento portante¹¹².

Il modello retributivo non può andare oltre la ritorsione. Non può offrire una vera azione deterrente¹¹³: esso è tutto chiuso sulla responsabilità individuale e trascura l’interpretazione dei fattori economici, sociali, culturali, rispetto a cui è innegabile una corresponsabilità strutturale meno attraente per l’opinione pubblica, specie nel mercato elettorale. Esso, nella sua negatività opposta alla negatività, non solo riafferma precetti infranti in modalità incoerenti rispetto a quegli stessi precetti, ma è pure insignificante quanto a motivazioni orientative dei comportamenti dei liberi cittadini, e capace di impedire la recidiva dei detenuti solo nella misura in cui sono fisicamente incapacitati. Sulla base della sola intimidazione, nessun ostacolo viene frapposto ove sussistessero le possibilità di delinquere impunemente. Al fondo della proposta di Eusebi non ci sono, quindi, motivi esclusivamente umanitari, quanto invece la rilevazione della disfunzionalità del modello punitivo classico a operare in senso davvero preventivo. Egli caldeggia pertanto il passaggio “da una modalità ritorsiva a una modalità progettuale”¹¹⁴ che, oltre a introdurre una dimensione agita, trasformi la

¹¹¹ Ivi, p. 829. Cfr. G. Del Vecchio, “Sul fondamento della giustizia penale”, in Id., *La giustizia*, Roma, Studium, 1959, pp. 191-232; p. 196: “Al *malum actionis*, costituito dal delitto, deve opporre come esigenza della giustizia, non tanto un *malum passionis* [...], quanto un *bonum actionis*, ossia un’attività in senso contrario dell’autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile”. Altrove Eusebi ne scrive come “fedeltà al bene” (“Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?”, in Id. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2016, pp. 3-20). È per altro innegabile l’eco radbruchiana, rispetto all’urgenza di “un diritto di miglioramento e di tutela” (G. Radbruch, “Der Erziehungsgedanke in Strafwesen”, in F. von Hippel (a cura di), *Der Mensch im Recht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, p. 57).

¹¹² Anche Eusebi, come Donini, si rifà all’articolo costituzionale 2, reperendovi un orientamento personalistico, e all’art. 3, reperendovi le basi per la progettualità che egli propone per la sanzione penale. L’art. 4 Cost., poi, impegna tutti, non escluso l’autore di reato, a svolgere attività concorrendo al progresso materiale o spirituale della società, da cui la natura attiva e non meramente passiva della sanzione (cfr. L. Eusebi, “Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?”, cit.).

¹¹³ Cfr. L. Eusebi, “La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato”, cit., pp. 830-835.

¹¹⁴ Ivi, p. 830.



negatività della pena in positività, perseguendo, “sia attraverso il contenuto delle pene previste per i singoli reati, sia attraverso la loro applicazione in concreto, intenti di carattere *motivazionale*”¹¹⁵. In una prospettiva progettuale, ci si sottrae alla tentazione di “far giustizia” in senso vendicativo, dedicandosi alla tessitura della giustizia all’altezza dell’ordinamento sociale e giuridico, illuminando in primo luogo le cause materiali e sistemiche del crimine. La giustizia dunque non sarà esito teorico e impersonale di una procedura compensativa, ma ricomposizione attiva di un equilibrio relazionale infranto¹¹⁶. In secondo luogo, mediante sanzioni esse stesse significative in senso orientativo, si produce un effetto dissuasivo non mediante l’intimidazione, effetto estrinseco di una pena insignificante, ma mediante la motivazione, producendo adesione consensuale alle norme da parte di cittadini considerati come interlocutori dotati di autonomia: l’azione specialpreventiva positiva ha un effetto potenziato in senso generalpreventivo positivo ove a sostenere la validità della norma sia proprio chi ha attraversato la fase della trasgressione¹¹⁷.

Ci sia permesso, su questo ultimo punto, un rilievo rispetto al rischio di una conservazione del diritto positivo, nel caso della ricerca di una “sponsorizzazione” acritica di una norma penale trasgredita e poi da sostenere. Ci pare, infatti, che non si possa escludere che, in un percorso costruttivo di risocializzazione, si finisca per comprendere, certo, l’ingiustizia di condizioni materiali di vita ma, perfino, l’inadeguatezza di una norma: in fase di ricognizione finale, parleremo perciò di una riaffermazione di principi ordinamentali anche in funzione di critica sociale e politica, come parte della autonomizzazione dei soggetti in causa. Una questione che, come si è anticipato e come si tornerà subito a dire, non è invero del tutto estranea alla proposta di Eusebi, ma che egli declina solo nel senso di una comprensione delle condizioni concrete d’azione dei soggetti, non in senso critico rispetto alle regole, a partire da principi ordinamentali.

La discussione sulla funzione della pena e i contenuti effettivi della stessa non possono

¹¹⁵ Ivi, p. 835. Hegel spiega come l’idea della corrispettività abbia permesso di considerare accettabile qualsiasi contenuto della pena, purché di valore compensatorio (cfr. L. Eusebi (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989).

¹¹⁶ Cfr. F. Botturi, “Rendere giustizia”, in L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa*, cit., pp. 29-36

¹¹⁷ Queste rilevazioni critiche e costruttive sono riportate altrove da Eusebi non nella considerazione della pena prescrittiva, ma nella considerazione della giustizia riparativa: L. Eusebi, “La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un’evoluzione necessaria”, in G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., pp. 97-118; pp. 97-98.



essere separati, ma devono anzi essere resi coerenti, nella convinzione che la garanzia da un esercizio incontrollato del potere punitivo sia reperibile proprio nel tipo di strategia politico-criminale che si cerca di attuare¹¹⁸. L'ambito sanzionatorio, secondo il paradigma prescrittivo, non è contrappasso, bensì progetto volto alla gestione degli effetti dello stesso reato. La pena prescrittiva¹¹⁹ ha dunque un carattere progettuale; la progettazione d'altra parte, non può essere escogitata in astratto. Si intuisce da ciò l'importanza dello strumento della mediazione, in fase di progettazione, poste le pratiche riparative come attivazione del progetto ideato. Proprio l'urgenza di ridisegnare la pena "secondo contenuti definiti in modo da assumere significato rispetto alla condizione personale del destinatario e rispetto alla ricomposizione della frattura aperta dal fatto illecito nei suoi rapporti con la comunità sociale"¹²⁰, cioè di arricchire notevolmente in senso progettuale la dimensione esecutiva, produce una pari urgenza di arricchire la fase di cognizione. La proposta di Eusebi, con la sua carica progettuale, insiste sulla promozione dell'autonomia soggettiva: essa "riguarda la libertà *al futuro*". Ogni essere umano mette continuamente in gioco la propria autonomia. Questo spiega la capacità preventiva di cui essa si incarica, offrendo buone ragioni per scegliere la strada della legalità; e se il passato è stato segnato dal "negativo", ciò è stato sempre, in qualche modo, "un passato di non libertà"¹²¹. La riconquista della libertà passa anche per la forgiatura di nuove risorse per attivare la propria autonomia. Potremmo semplificare chiarendo che la "non libertà" non può ridursi a una questione di mera buona volontà o di calcolo strategico di ciò che conviene fare, estendendosi anche a condizioni materiali d'azione che rappresentano reali condizioni d'esercizio della libertà, sulle quali, come si è scritto sopra, il richiamo alla corresponsabilità e all'azione comunitaria devono essere centrali, per non richiudersi nell'angustia della iper-responsabilizzazione individuale, e per non degradare nella mera conservazione acritica del diritto positivo.

Fin qui, anche Eusebi propone un ripensamento della sanzione in generale; una progettualità che è certo comune all'idea di *restorative justice* ma alla quale quest'ultima non

¹¹⁸ Cfr. C.E. Paliero, *Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino, Giappichelli, 2021.

¹¹⁹ Per gli aspetti giuridicamente più tecnici, cfr. L. Eusebi, "Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale", *disCrimen*, 31 marzo 2021, pp. 1-27.

¹²⁰ L. Eusebi, "La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio", cit., p. 97.

¹²¹ Ivi, pp. 111-112.



è riducibile senza perdere la propria essenza. Eusebi, però, ha promosso un ulteriore passo in avanti, che si ispira agli strumenti della *restorative justice* propriamente detta, pur declinandone l'uso in funzione della progettualità esecutiva fin qui tratteggiata. Se la sanzione si riqualifica in senso progettuale introiettando molte delle opportunità positive offerte dalla giustizia riparativa, non si discuterà della sola esecuzione in termini quantitativi monotoni. E la calibrazione qualitativa di tale progetto produce una certa insoddisfazione in merito alla natura binaria del diritto penale, la quale prevede un'interlocuzione fra sistema giuridico e destinatario della condanna solo in fase esecutiva, mentre il processo e la determinazione della pena restano privi di profilo dialogico, specie con inerenza alla concretezza personale dell'imputato al fine di garantire l'esclusione di un giudizio sulla soggettività; un'insoddisfazione cui la mediazione vuol offrire sollievo. È su tale punto che la proposta di Eusebi pone in questione tutto il castello costruito nelle pagine che precedono. A partire dal delicato equilibrio fra fase legislativa e fase cognitiva giurisdizionale.

Se c'è da produrre una risposta adeguata agli effetti di un'azione, non ci si potrà più riferire alle due scale della gravità del reato e della gravità della pena, imponendosi invece al giudice di strutturare una strategia d'intervento rispetto al fatto e ai rapporti intersoggettivi coinvolti. Se rimane fondamentale la riserva assoluta di legge, essa non è più premessa di una cognizione sillogisticamente pura da interferenze discrezionali, secondo un'ideale irrealizzato e irrealizzabile. Tale configurazione non è più nemmeno ideale, non potendo più il giudice limitarsi alla verifica della tenuta di prove inerenti a fatti e a responsabilità, e alla somministrazione di condanne secondo una dosimetria aritmetica della durata della detenzione: al giudice dovrà essere chiesta capacità di progettazione, certo sempre nell'ambito del disposto legislativo, ma tesa alla messa in opera di una soggettività concreta in favore della riparazione di un danno altrettanto concreto. La fase del giudizio sarà perciò organizzata secondo una scansione bifasica, con un rinvio dell'udienza, dopo la decisione processuale di condanna, tale da consentire "la discussione sulla pena e, in particolare, l'eventuale acquisizione di elementi, ove l'agente di reato lo consenta, circa la sua personalità e la sua condizione di vita"¹²².

Si comprende bene come, in funzione di una sanzione progettuale ben congegnata, il ruolo

¹²² L. Eusebi, "La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato", cit., p. 838.



del giudice muti; e specialmente quanto l'elemento discrezionale, non più inteso come potere arbitrario bensì come capacità di aderire al reale, rientri in gioco in maniera notevole nella determinazione delle attività successive al reato. Muta così il rapporto fra legislatore e compiti del giudice, che l'ideale illuministico descriveva inverosimilmente come quelli della "bocca della legge" secondo un sillogismo puramente scientifico, ma che, pur nella sua imperfezione, era importante strumento di garanzia. In merito a questo, Eusebi esclude che la discrezionalità sia davvero un elemento disfunzionale capace di inficiare la purezza del sistema¹²³, e chiede di valorizzarla "quale elemento necessario e proficuo circa la determinazione delle sanzioni". Certo, si deve confidare in una figura giudicante immune dalle pressioni che giungono non solo dalle vittime, ma anche da una cultura spesso declinante in senso rancoroso: solo così ci si può affidare a intenzioni progettuali costruttive, entro cui la discrezionalità sia ripensata come "applicazione al caso concreto di criteri d'intervento nitidamente definiti dal legislatore"¹²⁴.

Non si tratta di *naïveté*, come potrebbe imputare un osservatore troppo ancorato a paradigmi retribuzionistici, rassicura Eusebi. Come si è visto in precedenza, l'assottigliamento del potere discrezionale giudiziario è assicurato dalla chiara definizione legislativa dei beni da tutelare e delle fattispecie da perseguire; e anche la potenza punitiva espressa dalla pena è contenuta entro limiti definiti dalle cornici edittali, così da impedire questa ulteriore espressione di arbitrio. Ma una simile ripartizione dei ruoli sconta una certa povertà qualitativa, limitandosi alla quantificazione della pena rispetto a una presunta misura di colpevolezza. Criticare questo assetto tuttavia non implica l'intenzione di esorbitare rispetto alle trame intessute dal legislatore: anche in un'ottica progettuale le sanzioni sarebbero definite mediante linee generali dal legislatore, così da attribuire al giudicante l'onere di "concretizzare rispetto alle caratteristiche del caso concreto il disegno preventivo che, per l'appunto, il legislatore abbia definito attraverso le previsioni edittali". Rimane da comprendere quanto sia realizzabile un simile compito davvero immane per il legislatore, il quale dovrebbe giocare il proprio ruolo in un difficile equilibrio fra astrattezza e prevista concretezza, tra quantità e variegata qualità; e ci si deve chiedere se non si assottiglino troppo

¹²³ In completo disaccordo, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018.

¹²⁴ L. Eusebi, "La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio", cit., p. 107.



le garanzie, confidando che il solo tenore progettuale dell'impresa metta in salvo il giudicante da “sentimenti emotivi di reazione al reato”¹²⁵. Resta d'altra parte vero che nemmeno la logica retributiva, con la sua *schuldangemessene Strafe*, garantisce tale riparo, in più mascherando di razionalità la proporzionalità ontologica della pena alla colpevolezza.

È in tale contesto che si rende cogente l'incorporazione di una dimensione dialogica nella fase di cognizione. Essa è un passaggio importante per raggiungere non solo una verità processuale, bensì una verità effettiva, la cui emersione non è questione di disponibilità a rivelarla, quanto sempre esito di un percorso relazionale¹²⁶. E questo sia nel senso che, come premesso, le azioni, anche quelle criminose, non solo scintille isolate generate da soggetti trascendentali puri, ma il portato di condizioni complesse nel cui contesto si trova l'individuo concreto come intreccio relazionale; sia nel senso che solo nella relazione tale intrico può essere sciolto e nella relazione può essere riparato. Una verità cui viene attribuito un “ruolo relazionale”, dopo aver richiamato in causa l'imputato, non più oggetto di osservazione bensì soggetto parlante, e la vittima, parte coinvolta nella matassa relazionale compromessa dal fatto. In questo senso, allora, entriamo in contatto con una realtà non più popolata da soggetti astratti, la cui responsabilità è direttamente nei confronti dell'autorità pubblica e solo indirettamente nei confronti dell'altro: si ha un'inversione che rimette in ordine l'eterogenesi dei fini moderna, ponendo in primo piano le relazioni vive, dalla cui pluralità si struttura un ordinamento giuridico, sistematizzato in istituzioni strumentali al mantenimento dell'equilibrio nelle relazioni stesse. È evidente come il concetto di verità non possa più essere quello di un'approssimazione scientifica, presupposto per una condanna, bensì quella relazionale interpersonale.

Eusebi non intende affatto squalificare il procedimento penale, rilevandone piuttosto gli intrinseci limiti nel ritrovamento di una verità storica, la sua insufficienza perciò nel tentativo di reperire strumenti davvero effettivi per rimarginare un tessuto altrimenti che con la proporzionalità di una sofferenza ritorsiva. Per questo egli caldeggia il completamento dell'*iter* cognitivo, con l'escogitazione di una risoluzione sanzionatoria di tipo dialogico, “in modo che

¹²⁵ L. Eusebi, “La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato”, cit., pp. 839-840.

¹²⁶ Cfr. L. Eusebi, “Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico”, *Criminalia*, 2010, pp. 637-655.



la pena stessa possa assumere i contorni di un percorso piuttosto che quelli di una ritorsione”¹²⁷. Ciò che potrebbe far temere una deriva privatistica del processo penale. Quanto al progetto complessivo, tale deriva è, per Eusebi, almeno in parte scongiurata, da un lato, dalla portata pubblica in termini di prevenzione generale, e, dall’altro lato, dalla completa esclusione che la decisione sull’accettabilità di un percorso riparativo potrà essere affidata, anche solo indirettamente, alla vittima.

Con un dialogo finalizzato alla calibrazione qualitativa della progettualità, siamo ancora entro l’alveo di una riparazione “in senso lato”. La mediazione in senso stretto, invece, è massimamente esposta ai rischi di cui si è detto in precedenza, essendo affidata alla buona volontà maieutica dei dialoganti, e necessita una trattazione a parte. Quanto al processo bifasico proposto da Eusebi, esso permette certo che la presa in esame di elementi relativi alle condizioni esistenziali e alla personalità dell’agente di reato, ma estranei alla colpevolezza del fatto, avvenga dopo l’accertamento di quest’ultimo, evitando di condizionarlo. Lo scopo è esso stesso garantista, tutelando il condannato da derive punitiviste insignificanti, ma, proprio perché coinvolgente la concreta personalità dei coinvolti, non è mai davvero al riparo da squilibri di forza o da manifestazioni emotive violente.

5. Conclusioni: trasformabilità relazionale

Prendendo le distanze dai pericoli provenienti dall’immissione di rapporti di potere all’interno della gestione delle controversie, il diritto penale garantista conserva la verticalità che il rapporto fra istituzione statale e individuo ha assunto con la teoria politica moderna, ma la reinterpreta nel senso di prosciugare ogni interferenza potestativa da una fase giurisdizionale scientifica, tendenzialmente sillogistica. Si tratta di una costruzione binaria solo tendente asintoticamente alla purezza, essendo impossibile da espungere dal campo della cognizione l’imperfezione umana colmata inevitabilmente con atti di volontà. L’elemento potestativo assorbito nella sola fase legislativa, fonte di certezza proprio in quanto nominalistica, appassitosi l’orizzonte filosofico giusnaturalistico è rimasto arginato dal rischio di esondare nell’arbitrio positivista solo dall’autoregolazione dell’istituzione stessa, almeno

¹²⁷ Ivi, p. 651.



fino a quando la storia novecentesca non ha palesato l'urgenza di radicare la vita collettiva su un terreno più sostanzioso. Il presente articolo ha voluto rappresentare come un ripensamento in senso latamente riparativo della sanzione non implichi necessariamente un ritorno all'orizzontalità della resa dei conti fra la parte lesa e la parte autrice dell'offesa, potendo anzi conservare in tutta la sua carica garantista la verticalità e la giustezza del diritto penale moderno. Certo, limitare l'impegno riparativo alla fase esecutiva significa snaturare un paradigma assai più ricco e complesso di così. Ma già a questo livello, è istruttivo confrontarsi con il significato progressivo che acquista il diritto penale se rivolge i propri itinerari all'esaltazione dell'ambiente costituzionale entro cui oggi esso acquista significato. Si è voluto allora delineare un quadro entro cui fosse chiaro il ripensamento della sanzione proposto dalla giustizia riparativa in senso lato: se, come si è detto, lo Stato legislativo costituzionale si sostanzia in senso etico-politico, la giustizia riparativa in senso lato si innesta all'interno dei limiti formali, incaricandosi dall'altro lato di promuovere, all'occorrere dell'evento perturbatore, una ricostruzione del tessuto valoriale e normativo che garantisce la pacifica convivenza.

All'avvertenza di una rottura dell'ordine, l'idea ampia di riparazione esclude che la fisiologica vita sociale possa essere ristabilita mimando la movenza patologica: sottraendosi alla logica retributiva del male subito sommato al male provocato, la riparazione apre a una sperimentazione attiva dell'ordine sociale la cui pace è stata compromessa, rendendo i mezzi compatibili ai fini perseguiti. Si tratta di tornare ad aderire alla forma di vita collettiva e ai suoi principi fondamentali.

La presa in carico della relazione che il ripensamento della sanzione in senso riparativo può proporre non è quello in senso negoziale e perfino vendicativo, bensì l'installazione del nostro punto di vista nella benefica tensione tra forma e sostanza che vitalizza il diritto contemporaneo. Si tratta allora di allargare la prospettiva dalla lesione della legge al perturbamento di un assetto relazionale che si vuole pacifico, il cui perimetro coincide con la sostanza etico-politica. La riforma della sanzione in senso riparativo propone la sperimentazione pratica e irriducibilmente critica della tensione che articola il diritto dei principi e il diritto delle regole, in quello spazio d'azione entro cui solo si esercita davvero l'autonomia personale.



È evidente il rischio che questo si trasformi in un ulteriore potenziamento della tendenza social-difensiva imboccata dal diritto penale, tale per cui la comunità abbandona l'individuo che ne ha minacciato la stabilità. Per questo è necessario un mutamento di prospettiva sull'azione del soggetto, non più individuo in una associazione di atomi, la cui volontà ha deragliato minacciando il benessere collettivo, bensì nodo di una trama complessa di corresponsabilità, entro cui le azioni individuali hanno un retroterra relazionale così come, di conseguenza, relazionale dovrà essere l'azione cooperativa per rimarginare gli strappi.

Entro tale tessuto sociale, che è già intrinsecamente giuridico, l'illecito penale può essere inteso come turbamento della fiducia che i consociati ripongono gli uni negli altri, e che, più che la minaccia della sanzione, è il cardine attorno a cui ruota il rispetto delle norme¹²⁸. Di qui, l'opportunità offerta da una giustizia senza spada, che non veda il momento sanzionatorio come una punizione in grado di ristabilire la forza della norma, ma apra un percorso di riconquista della fiducia¹²⁹: non solo la riconquista da parte dell'offensore della fiducia di una persona e di un ordine sociale ferito, ma, in un itinerario espressivo entro cui il retroterra della propria azione sia compreso, pure la ricostituzione della fiducia dell'offensore stesso nei confronti di una collettività disponibile ad agire sulle cause profonde anche della sua sofferenza; dall'altra parte, la sofferenza della vittima non rimane circoscritta all'eventuale azione civile, ma diviene manifestazione di una fiducia delusa e da ritemprare al fine di uscire dalla condizione vittimaria.

È possibile intendere la trasgressione come un'offesa nei confronti della fondamentale fiducia reciproca e, più in generale, dequalificare la sanzione dal ruolo che le è stato attribuito di garanzia di una norma che saremmo tutti pronti a trasgredire, e promuoverla a percorso di "restaurazione" del collante insieme relazionale e giuridico della fiducia.

Il concetto di riparazione dunque offre l'occasione per un ripensamento della concezione del diritto, nel senso di una giuridicità ampiamente intesa come sedimentazione dei principi profondi di una concreta forma di vita e integrazione della dialettica che frastaglia la società. Alla pretesa di obbedienza si sostituisce la richiesta di adesione. E, se non si vuole che il

¹²⁸ Cfr. T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

¹²⁹ Cfr. G. Mannozi, "Quadri giuridico-linguistici della fiducia: il logos, le norme, il sistema penale", *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 5 (2023), pp. 75-101.



ripensamento della sanzione in senso riparativo si traduca nella paternalistica omologazione del soggetto alla norma trasgredita, la pratica agita dovrà essere interpretata in senso autonomizzante, in un senso, cioè, che non si riduca all'assimilazione stringente delle norme-regole – non solo espressione di volontà politiche ma perfino degli equilibri microfisici di potere eventualmente all'origine di violenza sistemica e, da questa, della violenza episodica –, ma che apra alla considerazione cooperativa proprio delle tensioni tra i principi integrati e le condizioni concrete di vita, entro cui si annidano le condizioni materiali per l'illecito.

Siamo perciò ben lontani dalle istanze di rassicurazione e dall'atteggiamento quasi fideistico verso il sistema penale inteso come strumento di conservazione dell'ordine sociale. Nel confronto dialogico, attivando la configurazione valoriale che costituisce un ordinamento giuridico, si può certamente prendere coscienza delle proprie responsabilità, incaricarsene e produrre una riparazione degli effetti delle proprie azioni. Non si può tuttavia escludere che, nella dimensione dialogica, ben più ricca della monotonia sedicente rieducativa della detenzione, la lettura cooperativa – non però solo tra vittima e reo – degli effetti del danno si estenda a una comprensione, mai giustificante, profonda degli eventi, risalendo perfino alla percezione di fenomeni sociali critici alla base della responsabilità personale. Sarebbe insano piegare la giustizia riparativa fino al proprio contrario, ovvero fino alla deresponsabilizzazione del reo; eppure la riparazione del danno può trasformarsi in una interpretazione cooperativa non solo di cosa non abbia funzionato nel reo, ma anche di cosa non abbia funzionato o non funzioni nella tensione tra un ordinamento che garantisce specifiche condizioni di vita e una realtà fattuale che spesso viene meno a tale promessa. Si tratta di una declinazione della rieducazione che emancipa tale modello da ogni paternalismo¹³⁰ e, combinandolo con la riparazione¹³¹, ne esalta una postura critica e

¹³⁰ Sulla riparazione come abbandono della postura paternalistica, cfr. U. Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019.

¹³¹ Ha studiato i rapporti tra rieducazione e riparazione Giovanni Fiandaca, in "Considerazioni su rieducazione e riparazione", *Sistema Penale*, 10 (2023), pp. 135-147, e prima in "Sulla rieducazione in fase esecutiva. Aspetti problematici vecchi e nuovi", in A. Meneghini, E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2022, pp. 213-228. Criticamente Palazzo: "La giustizia riparativa non può [...] essere considerata uno degli strumenti della rieducazione, magari tentando di conseguenza di confinarla esclusivamente nella fase esecutiva, essendo essa qualcosa di profondamente diverso dalla rieducazione non foss'altro per il ruolo che vi gioca"; e tuttavia egli trova tra le due un "punto di contatto" nello stesso "ordine di valori condivisi" (F. Palazzo, "Plaidoyer per la giustizia riparativa", in *Riflessioni sulla giustizia penale*, cit., pp. 433-448). Più favorevole De Francesco: "In



autonomizzante. È evidente, nella richiesta di cooperazione, come si esorbiti dalla minaccia di una giustizia privata, innescata dalla richiesta di soddisfazione della vittima, per innescare piuttosto un intervento corale, pena il ricadere nella logica retributiva declinata su scala interpersonale.

La comprensione parte sempre dal presupposto dell'umana vulnerabilità, da non intendere tuttavia come motivo di reciproco sospetto per la pericolosità di ogni consociato, al contempo potenziale vittima e potenziale minaccia, quanto come dato ineliminabile in ogni piano di vita, elemento inaggrabile se non mediante una coesione corresponsabile degli individui nella collettività. L'istanza critica che emerge dal confronto con il piano ordinamentale e dai principi che lo compongono può comunicare l'urgenza di corresponsabilità nella prevenzione di processi di vittimizzazione e nel processo di superamento del conflitto, da non intendersi mai solo come un conflitto fra due, ma in un'azione solidale che, così, può estendersi alla lettura e attivazione di conflitti più collettivi, sulla scorta di garanzie sociali disattese.

Carlo Crosato

Università di Bergamo

car.crosato@gmail.com

realtà – e malgrado che, presso gli stessi fautori della *restorative justice*, si sia arrivati talora ad affermarlo – non sembra ammissibile identificarne le peculiarità (che pure sono molte ed innegabili) facendo leva, tra l'altro, sulla sua autonomia, più o meno accentuata, rispetto al paradigma rieducativo. A parte, invero, la considerazione secondo la quale, com'è ben noto, tale paradigma ha da sempre mostrato al suo interno un'ampia gamma di prospettive teleologiche, ci preme invero osservare come l'esigenza della rieducazione debba restare pur sempre un fondamentale criterio di orientamento nella ricerca delle soluzioni più adeguate rispetto agli autori di reato; essa, in altri termini, configura, per dir così, la 'casa comune' – o, se si vuole, il necessario momento unificante – di ogni possibile intervento volto a favorire (né potrebbe essere altrimenti) il reinserimento del soggetto all'interno della comunità sociale". Aggiungendo poi: "Il percorso riparativo, lungi dall'ostacolarla, si presta a conferire all'esperienza rieducativa quella più autentica vocazione 'emancipatrice' della condizione del colpevole, quale si coglie nel renderlo artefice del medesimo programma in chiave 'solidaristica' che rappresenta il 'cuore' del messaggio racchiuso nello spirito di fondo della nostra Carta costituzionale" (G. De Francesco, "Rieducazione, giustizia riparativa, logiche premiali. Appunti minimi per un confronto", in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 361-368; p. 366 e p. 368). Enfatizza, all'interno della cornice dell'art. 27, comma 3, Cost., il ruolo promettente della vittima nel processo rieducativo E. Mattevi, "La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima", in A. Meneghini, E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi*, cit., pp. 65-77.

C. Crosato, *Diritto penale e orizzontalità del diritto. Elementi di una ricerca a partire dal paradigma riparativo* *Jura Gentium*, ISSN 1826-8269, XXII, 2025, 1, pp. 99-140.