

MÁRIO FERREIRA MONTE  
DIRITTO PENALE RIPARATIVO<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Il *legale* e il *giusto* nell'ambito del diritto penale. – 2. Il contributo della giustizia restaurativa. – 3. Una nuova sfida: “restaurare” il diritto penale. – 4. Riflessione conclusiva.

1. *Il legale e il giusto nell'ambito del diritto penale*

Dall'analisi dell'estensione, della funzione e delle finalità caratterizzanti il diritto penale emerge un interrogativo correlato al problema dei suoi limiti: sapere se esiste un modello in grado di presentarsi come alternativa o complemento rispetto a ciò che, in questa sede, possiamo designare come giustizia penale tradizionale. E tra le risposte possibili, una risulta esser stata sostenuta da settori diversi, incluso quello penale, e anche dal legislatore: la giustizia restaurativa. È una questione che investe soprattutto il principio della sussidiarietà in materia penale. Non andremo, peraltro, ad analizzare la giustizia restaurativa. Valuteremo criticamente, piuttosto, gli aspetti più rilevanti di tale modello, mettendoli in relazione al diritto penale tradizionale. Ne deriverà la dimostrazione di come la giustizia restaurativa non resti indenne rispetto a critiche le quali si appellino alla necessità che i principi penalistici correggano i modelli restaurativi. Ma altresì, e soprattutto, l'esigenza che il diritto penale accolga alcune delle idee restaurative, idonee a renderlo, in una parola, più riparativo.

Cominciamo col ricordare che il diritto penale della modernità ha rappresentato una conquista umanistica e umanizzatrice senza precedenti. Non preoccupandoci di elencare tutte le ragioni che ci portano a (ri)affermare questa convinzione, diremo che è un sistema di giustizia penale che si fonda sul principio di legalità – conferendo sicurezza e certezza ai cittadini, democratizzando la giustizia e applicandola in modo uguale per tutti –, che opera sotto il segno della sussidiarietà – come *ultima ratio*, limitando i costi sul piano valoriale del suo intervento [in quanto riferisce quest'ultimo] alle situazioni nelle quali il medesimo risulti senza dubbio indispen-

<sup>(\*)</sup> La dottrina portoghese utilizza frequentemente, come si vedrà nel testo, l'espressione “diritto penale *restaurativo*”: le aggettivazioni *riparativo* e *restaurativo* sono state mantenute di volta in volta, nella traduzione italiana, secondo il testo originale portoghese.

sabile<sup>1</sup> –, che trova il suo presupposto e il criterio della sua realizzazione, rispettivamente, nella colpevolezza e nel principio di proporzionalità – chiarificando che non si dà pena senza colpevolezza e che quest'ultima costituirà il limite della sua misura – e, inoltre, il suo fondamento nella prevenzione, sia generale, sia speciale, ma in ogni caso *positiva* – cercando, con la sanzione, di rispondere, da un lato, alle aspettative controfattuali riposte dalla società nella norma penale e, dall'altro, promuovendo la reintegrazione del soggetto agente –, che nella sua essenza è di natura pubblica pubblica – *scil.*, che si regge sul principio del monopolio della giurisdizione penale, evitando in tal modo la privatizzazione del conflitto e qualsiasi tipo di rapporto improntato alla subordinazione fra trasgressore e vittima – e che si realizza attraverso un procedimento il quale, sebbene di natura strumentale, possiede autonomia teleologica sia di senso che di risultato – per cui esiste una relazione di mutua complementarietà tra diritto penale e diritto processuale penale –, un sistema, pertanto, di realizzazione *integrale* della giustizia penale<sup>2</sup>, che cerca la sua *ratio essendi* nella Costituzione, fondando nel principio della dignità umana l'intero ambito di riferimento assiologico-normativo in cui trova supporto, e che, naturalmente, ha permesso la sopravvivenza a tutti i tentativi, di qualsiasi tipo, intesi al suo superamento, per non dire [a tutti i tentativi] di abolizionismo<sup>3</sup>.

Un sistema, purtuttavia, che non può fare a meno di soggiacere a un permanente giudizio critico.

Fin d'ora, crediamo di non esagerare se diciamo che, più di una soluzione legale, è il senso di giustizia, il quale trascende qualsiasi legge positiva radicandosi nella natura e nella dignità della persona umana, che è necessario perseguire in qualsiasi conflitto. Il conseguire la giustizia di un dato caso, infatti, passa per il rispetto dal principio di legalità, ma non può svincolarsi dalle necessità concrete della giustizia di quel caso. Dire questo è ammettere che una soluzione può essere legale e nondimeno ingiusta; così come il contrario, ossia che la soluzione del caso concreto dev'essere giusta, malgrado non sia prevista dalla legge, oppure, almeno, che può essere più giusta di quanto la legge stessa consenta. Non ci pare esagerato, perciò, riconoscere che il principio di legalità, in quanto conquista della modernità, deve coniugarsi con un senso concreto della giustizia (con *um concreto sentido de justiça*) di ciascun caso.

<sup>1</sup> Come afferma Figueiredo Dias, l'intervento penale dev'essere «assolutamente indispensabile alla libera realizzazione della personalità di ciascuno in una comunità»: FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 128.

<sup>2</sup> Con riguardo al diritto penale *integrale*, v. il nostro *Da realização integral do direito penal*, in FIGUEIREDO DIAS, GOMES CANOTILHO, DE FARIA COSTA (a cura di), *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, *Direito público, Direito penal e História do direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 737-771.

<sup>3</sup> Quanto al tema dell'abolizionismo, v. EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi quest. crim.*, 2011, pp. 81-99.

Notiamo anche che la sussidiarietà del diritto penale, la quale si afferma, fin dall'origine, per il fatto che non a tutti i comportamenti socialmente riprovevoli corrisponde una pena, non risolve il problema di quei casi che manifestano pregnanza penale, ma non chiaramente il bisogno di una pena. Questo secondo nodo problematico non sempre trova nel diritto penale una soluzione adeguata. La soluzione sta, nella maggior parte dei casi, in risposte di tipo para-penale o extra-penale, rimanendo necessario comprendere, tuttavia, se esse risultino anche le più adeguate. Ancor più, peraltro, non è utile lasciar credere che, pur quando si asserisca il necessario rilievo penale di un dato caso, la giustizia in concreto del medesimo trovi pur sempre rifugio, non raramente, nelle cause di esclusione della colpevolezza o dell'illiceità, o altresì, quando ciò non sia possibile, nella dispensa dalla sanzione o nella sospensione della medesima. Sappiamo infatti che queste soluzioni, sebbene ineccepibili dal punto di vista dogmatico e sistematico, possono non essere ragionevoli in termini di giustizia. E, perciò, un criterio che dia *sensu di giustizia* (*sentido de justiça*) al caso concreto può essere indispensabile. La risoluzione del problema, in proposito, passa, ad esempio, dal capire se l'introduzione dell'accordo (*acordo*), della concertazione (*concertação*), potrà conseguire un tale obiettivo.

E affermarlo significa discutere della stessa nozione di proporzionalità. Che essa valga come limite, nel senso per cui la pena non deve oltrepassare la misura della colpevolezza, sembra indiscutibile; tuttavia, è del pari pertinente sapere, per quanto ciò risulti meno condiviso, se la pena può risultare sproporzionata verso il basso rispetto alle esigenze della colpevolezza e del principio della legalità, in modo da corrispondere ad altri tipi di esigenze. Si dirà che già le cose stanno così, nella misura in cui le esigenze della prevenzione permettono un'entità della pena diversa da quella che la colpevolezza prospetta. Ma è pur vero che questa misura della pena dettata da ragioni preventive resta vincolata a un massimo e a un minimo dettati dalla colpevolezza. La questione è comprendere se, in tal modo, la pena non sarà egualmente ingiusta, per il fatto di non rispondere ad altre esigenze, che la spingano verso altri limiti o verso altre tipologie sanzionatorie. E in merito, ancora una volta, la sanzione definita per il tramite di un accordo può validamente servire come esempio. Dal che emerge l'esigenza di capire se il diritto penale della prevenzione è sufficientemente giusto.

Oltre a ciò, ci si dovrà pur sempre chiedere se i fini normalmente previsti dal sistema con riguardo alle pene sono davvero raggiunti attraverso le sanzioni effettivamente applicate. Ora, non è necessario andare molto lontano per constatare che le due pene comunemente utilizzate – il carcere e la sanzione pecuniaria – sono ben lungi dal raggiungere le finalità rispetto ad esse presupposte nel momento della loro applicazione.

Del pari, il monopolio della giurisdizione penale, associato ai principi dell'ordinamento repubblicano, realizza lo Stato di diritto, garantendo a tutti un identico accesso alla giustizia penale e le medesime condizioni di applicazione della giustizia, ma non ha valorizzato adeguatamente il ruolo che le parti del conflitto potrebbero e dovrebbero avere nel processo. È dunque importante capire se una maggiore partecipazione dei contendenti nella risoluzione del conflitto non condurrebbe a una soluzione più giusta. E, stando così le cose, è indispensabile capire se il processo penale risulta sufficientemente efficace nel garantire simile partecipazione. Si dirà che già esistono spazi per il consenso e per valutazioni di opportunità che aumentano il grado di partecipazione delle parti processuali. Ma il problema è che tali spazi possono essere soltanto di assenso (*concordância*), quando invece si tratta di capire se essi possano essere di vero accordo.

In poche parole: la sfida che si pone nei confronti del diritto penale come sin qui lo abbiamo descritto è intesa a comprendere se non possa essere *più giusto*. *Più giusto* non significa tale che ne derivi il suo superamento. Perché, se così fosse, la domanda sarebbe un'altra: se il diritto penale *non possa* essere giusto.

## 2. Il contributo della giustizia restaurativa

Volgiamoci dunque alla giustizia restaurativa.

Quando ricerchiamo un significato per tale modello, constatiamo invariabilmente l'abitudine di presentarlo come essenzialmente giusto, nel senso che troverebbe tutta la sua ragion d'essere in rapporto al principio di giustizia. Con la giustizia restaurativa si ricerca, essenzialmente, la giustizia del caso concreto. E tale giustizia – secondo i cultori di quel modello – la s'incontra quando la sanzione, definita per accordo, risulta quella che il trasgressore e la vittima vogliono. Il punto di Archimede è ciò che la vittima e il trasgressore stabiliscono.

Vi è in tal modo chi intende che la giustizia restaurativa debba funzionare come un modello alternativo a quello della giustizia tradizionale – tale da rispondere in senso adesivo alle correnti abolizioniste del diritto penale, ma attraverso una risposta concreta, postmoderna, che superi gli elementi di fragilità del sistema tradizionale moderno – o almeno come un modello complementare, ma pur sempre distinto, rispetto al sistema tradizionale – tale da correggerne le imperfezioni, senza tuttavia superarlo.

Sono due modelli sostanzialmente diversi. Per noi, tuttavia, la sfida che si pone è quella di “restaurare” il diritto penale, nel senso di penetrarlo mediante idee essenzialmente restaurative. Partendo dal meglio che la giustizia restaurativa è in grado di offrire, senza che si rinunci a riscontrare in tale modello innegabili fragili-

tà, non si vede perché il sistema penale non possa perfezionarsi alla luce del paradigma restaurativo.

Ciò detto, può comprendersi come la nostra posizione, rispetto al diritto penale, non possa che essere quella di coniugare il principio di legalità, in quanto fondamento costituzionale della tipicizzazione penalistica, con il principio di giustizia. Il che significa proporre, in radice, una fondazione del diritto penale di tipo metacostituzionale.

E se relativamente al suo fondamento il diritto penale deve configurarsi come appena s'è detto, con riguardo ai suoi fini il diritto penale dev'essere essenzialmente riparativo. La riparazione, realizzata attraverso un processo che coinvolga la vittima e il trasgressore<sup>4</sup>, deve costituire obiettivo del diritto penale.

La giustizia restaurativa rimarca una pretesa di effettiva giustizia del caso concreto, fino al punto di realizzare una vera pacificazione delle persone coinvolte e di esse con la comunità sociale. Per cui non viene in gioco soltanto l'attribuzione della responsabilità (per esempio) penale, e ancor meno della colpevolezza, ma la realizzazione della giustizia quale si concretizza attraverso un tipo di processo diverso da quello tradizionale. Nella misura in cui si attribuisce alla vittima un ruolo che normalmente non ha e in cui si mira a un accordo, cioè a una concertazione, fra il trasgressore e la vittima (con o senza l'intervento della comunità e/o di un mediatore), più che la soluzione finale, più che l'inquadramento del caso concreto in una certa fattispecie criminosa definita dalla legge (così da soddisfare le esigenze del principio di legalità e delle finalità attribuite al diritto penale), più che la sanzione inflitta, si pone al centro il processo che conduce a tale sanzione.

Il processo che mira all'accordo, ponendo faccia a faccia vittima e trasgressore, permettendo alla vittima di ottenere la riparazione dei danni patiti – patrimoniali e non patrimoniali, in una parola dei danni derivanti dal crimine – e al trasgressore di assumere in modo volontario la responsabilità per il reato, rendendo possibile la reintegrazione del trasgressore, implica sicuramente una diversa comprensione della fenomenologia criminogenetica e del modo di risolverla.

Ciò è importante? Senza alcun dubbio, sì. Ciò non lo si ottiene nel contesto della giustizia penale tradizionale? È risaputo che in quest'ultimo, riconoscendosi che il trasgressore ha realizzato l'illecito tipizzato dalla legge – in conformità al principio di legalità – e applicandosi una pena del pari tipizzata dalla legge, non sempre si raggiunge una simile percezione (*sentido*) di giustizia. Quante volte si dichiara colpevole un trasgressore, si applica una pena detentiva, ma, per diversi motivi, la pena viene sospesa, senza che la vittima o la comunità comprendano le ragioni di tale sospensione. [In tal modo] si genera un sentimento d'ingiustizia, accompagna-

<sup>4</sup> Con riguardo al ruolo ineludibile della vittima, v. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 527-531, in part. pp. 529 ss.

to da un sentimento d'impunità e d'insicurezza. Potrà dirsi che si tratta soprattutto di un problema comunicativo. Senza dubbio, ma che comunque mette a nudo una certa fragilità del sistema penale tradizionale.

Nella giustizia penale tradizionale, quando esistono spazi aperti al consenso vi è normalmente qualcuno che propone una sanzione, entro l'ambito di ciò che il diritto penale ammette, e qualcuno che accetta. Non esiste parità. L'uno ha il potere di proporre e l'altro ha la facoltà di accettare o meno. Non si tratta in tal caso di un dovere, e nemmeno di un diritto soggettivo, ma di un potere, conferito dalla legge: di un potere d'*auctoritas*, proprio dello Stato. Anche perché, normalmente, chi propone è un rappresentante dallo Stato, vale a dire il pubblico ministero.

Nella giustizia restaurativa entrambi, invece, hanno il diritto di proporre e di accettare o meno. Anche in questo caso non si tratta di un dovere di proporre, né di accettare. Il processo, essendo fondamentalmente da ricondursi alla volontà delle parti, non può comportare alcun dovere di accordo. Si tratta di esercitare un diritto all'accordo con l'altro. In un contesto, almeno formalmente, paritario. Ma, così configurandosi, il processo di accordo è già un processo di riparazione. Non sono necessarie spiegazioni per comprendere che i soggetti muoveranno dalla catarsi del reato e dei suoi effetti onde addivenire a una soluzione giuridica del medesimo. La soluzione rifletterà tale effetto restaurativo, ma è il processo in sé che si rivela, del pari, riparativo. Per cui, sia che venga posto l'accento sui meriti del processo, sia che si esaltino le virtù della sanzione, la verità è che l'uno e l'altra costituiscono le due facce di una medesima realtà: la giusta riparazione.

Per giusta riparazione deve intendersi la riparazione dei danni causati alla vittima, riparazione che, tuttavia, rispetta la dignità dell'accusato in quanto persona. E ciò è possibile solo in un processo particolare, di tipo restaurativo, che risponda alle esigenze del caso concreto.

Ciò detto, si comprende come la giustizia restaurativa introduca due elementi fra loro complementari, che la caratterizzano: la riparazione – elemento chiamato ad assumere rilievo attraverso il diritto soggettivo – e la giustizia del caso concreto – elemento chiamato ad assumere rilievo attraverso il processo.

Costituirà tutto questo un'esagerazione? Una deviazione significativa dal diritto penale tradizionale, inconciliabile con i principi che lo guidano?

Senza prescindere dal principio di legalità in materia penale, si può affermare con sicurezza che il giudice non è necessariamente la bocca della legge. Non lo è nel senso per cui non si limita ad applicare la legge secondo la logica di una sussunzione e in modo acritico; e non lo è perché al giudice, attualmente, si riconosce un ruolo di *concreatore* del diritto. Si parla a questo riguardo di "funzione 'creativa' della giurisprudenza"<sup>5</sup>. Non nel senso di una creazione *personale* del diritto da

<sup>5</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, p. 47.

parte del giudice, ma come “uno ‘svolgimento (*desenvolvimento*) normativo’ delle regole sostanziali applicabili, una vera ‘creazione’ giuridica relativa al caso *sub-iudice*, anche nelle ipotesi in cui formalmente la decisione appare come una mera conclusione sillogistica dalle premesse legali”<sup>6</sup>. È tale attitudine del giudice, in quanto *concreatore* del diritto, che si manifesta nel momento della decisione con cui definisce il caso concreto e che lo allontana da un’attività di mera applicazione acritica del diritto scritto.

E, com’è palese, ciò può ammettersi oggi solo perché si assegna al processo penale un ruolo che è non soltanto strumentale, cioè di mera applicazione delle norme sostanziali, ma che, pur riconoscendo una relazione di mutua complementarità col diritto penale, assume una certa autonomia teleologica, la quale permette di reperire soluzioni, non contrarie alle regole sostanziali, ma in grado di procurare, trascendendole nell’ottica di una maggiore giustizia, la risposta più giusta per il caso concreto.

Come si vede, non si tratta di rompere con il diritto scritto e predeterminato, e nemmeno di ridurre il valore del principio di legalità. Si tratta, invece, di elevare le potenzialità di quel diritto, dandogli, nel caso concreto, un contenuto di giustizia (*um sentido de justiça*) più perfetto (*apurado*) di quello che il legislatore non gli possa aver dato attraverso la norma scritta.

### 3. Una nuova sfida: “restaurare” il diritto penale

Al quesito in precedenza sollevato, tuttavia, non abbiamo ancora dato risposta. Può una maggiore percezione di giustizia essere conseguita attraverso il diritto penale e processuale penale tradizionali: in una parola, attraverso la giustizia penale tradizionale?

Sappiamo che il processo penale, nonostante gli spazi che già concede al consenso, presenta limiti difficilmente superabili rispetto alla suddetta necessità di trascendimento (*transcendência*) in sede giudiziaria. Per quanto si pretenda di assegnare al giudice una funzione creativa del diritto, questi non può andare al di là di ciò che il diritto penale impone e di ciò che il processo penale permette. Senza dubbio già oggi incontriamo nel diritto penale e processuale penale europeo-continentale una certa apertura nel senso della istituzionalizzazione (*consagração*) di spazi per il consenso. Ma in termini comunque molto lontani da quanto risulta tradizionale nel diritto anglosassone. Simili spazi, inoltre, sono per la maggior parte di assenso (*concordância*) e non propriamente di accordo. E, per questo, sono altresì molto lontani, riteniamo, da quando si potrebbe fare.

<sup>6</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, vol. I, cit., p. 48.

Che contributo può offrire il paradigma della giustizia restaurativa in questa materia? Si tratta di un modello il quale, nella sua essenza, favorisce gli spazi di concertazione, cioè di effettivo accordo e non soltanto di assenso (*concordância*). Valorizza la giustizia del caso concreto, fino al punto di lasciarla praticamente nelle mani dei protagonisti, senza, tuttavia, che ciò comporti una privatizzazione del conflitto: soprattutto perché quest'ultima potrebbe rappresentare una denegazione di ciò che è proprio della giustizia penale. Non è questo il luogo per svolgere, in proposito, ulteriori considerazioni, ma non è difficile riconoscere che il diritto penale quale lo si è descritto<sup>7</sup> pone limiti alla negoziazione di certi valori, ritenuti indispensabili ai fini della convivenza sociale. Per cui si comprende che non è possibile lasciare nelle mani di soggetti privati la tutela di beni giuridico-penali, fatto il quale comporterebbe la rinuncia del diritto penale a svolgere il ruolo che gli è proprio. La concertazione nell'ambito del conflitto penale può avere spazio solo allorquando, per un verso, lo Stato non rinuncia al suo compito di amministratore della giustizia penale e quando, per l'altro, non rinuncia a permettere che, nella decisione del caso concreto, la soluzione possa essere più giusta che ingiusta.

E, secondo la nostra concezione di giustizia restaurativa, non può che essere così, perché non si prescinde, o almeno non si deve prescindere, dal fatto che l'ultima parola sia data a un'autorità giudiziaria. Le parti possono compiere uno sforzo di concertazione e possono anche ritenere che la soluzione cui pervengono sia la più giusta. Ma sarà un soggetto giudiziario che dovrà valutare se essa è effettivamente giusta. E in ciò, a nostro avviso, non potrà aver spazio il rifarsi incondizionato al principio di legalità inteso nel senso del positivismo. Perché se, in proposito, esiste spazio per la riparazione, la pena dev'essere la più giusta, anche quando non sia quella imposta legalmente. Solo così si comprende il significato del modello restaurativo.

In questo senso, la legge penale continuerà a essere applicata, perché il fatto commesso dev'essere considerato criminoso ai sensi [, soltanto,] della legge positiva. Ma la soluzione del caso concreto può trascendere (*transcender*) quella che il legislatore avrebbe trovato se la giustizia riparativa non esistesse come soluzione. La può trascendere in omaggio al principio di giustizia, che tuttavia dev'essere sancito (*sancionado*) da un soggetto giudiziario, per evitare, da un lato, la privatizzazione del conflitto e, dall'altro, l'applicazione di sanzioni ingiuste.

Si tratta altresì, in proposito, di dare un contenuto diverso al principio di proporzionalità e di guardare alla colpevolezza (*princípio da culpa*) soltanto come presupposto e non come fondamento della punizione. Ciò è indubitabile. Ma, in realtà, non si vede problema alcuno a discutere del principio di proporzionalità, ove da ciò possa derivare una maggiore giustizia nella risoluzione del caso concreto.

<sup>7</sup> Anche se si muovesse dal diritto naturale, si giungerebbe alla medesima conclusione.



L'assunto è che tale discussione produca una maggior efficacia in sede applicativa della giustizia penale: non è questa la sede per approfondimenti, e tuttavia crediamo che la giustizia restaurativa possa essere d'aiuto a problematizzare simile profilo topico nell'ambito dello stesso diritto penale.

Appare evidente, inoltre, come il ruolo di un tale modello restaurativo possa risultare molto ampio (*imenso*). Si consideri che i casi assoggettabili alla giustizia restaurativa non necessitano affatto di essere i meno gravi. Possono essere, anzi, della massima gravità. In un altro scritto<sup>8</sup>, motiviamo proprio la possibilità che quel modello sia applicato a casi di terrorismo o a crimini culturalmente motivati. Casi nei quali si rende necessario discutere con onestà dei limiti del diritto penale positivo e viene in gioco il principio di sussidiarietà del diritto penale. Per esempio, quale maggior conflitto può affrontarsi di quello inteso a stabilire se debba essere punita una madre che abbia praticato la mutilazione degli organi genitali della figlia, nell'ambito di un rituale promosso dalla sua etnia?

Che cosa deve fare lo Stato? Rinunciare a punire, rispettando le convinzioni culturali o etniche dei trasgressori, oppure punire, sebbene nella consapevolezza del fatto che una simile punizione non è in grado di conseguire le finalità della pena?

Non sarà difficile comprendere che la giustizia restaurativa potrebbe rappresentare una soluzione adeguata per questo tipo di problemi. Attraverso di essa la dimensione assiologica, è chiaro, si sovrappone a quella normativa; e il conflitto può essere risolto rispondendo alle esigenze del caso concreto mediante soluzioni adeguate ed evitando proposte che, sebbene legali, risultino manifestamente ingiuste o non comprensibili. Finalmente, la giustizia restaurativa è, soprattutto, una soluzione inter-relazionale e, pertanto, interculturale.

Se così può essere, davvero non vediamo perché il diritto penale non possa comprendere una simile dimensione restaurativa. In tal modo si eviterebbe di ricorrere, in casi come quelli dei crimini culturalmente motivati, a espedienti dogmatici, legali<sup>9</sup>, che con tutto ciò, peraltro, non potrebbero mai costituire una soluzione *più*

<sup>8</sup> Nel nostro *Multiculturalismo e tutela penal: una proposta de justiça restaurativa*, comunicazione presentata nel primo incontro del Gruppo di professori di diritto penale e processuale penale "Jorge de Figueiredo Dias", tenutosi presso la Facoltà di diritto della Nuova Università di Lisbona il 26 ottobre 2012, destinato a un volume collettaneo che sarà edito dalla medesima Facoltà.

<sup>9</sup> Senza ammettere l'arretramento del diritto penale dinanzi a condotte culturalmente motivate, ma pur sempre censurabili in quanto offensive di beni giuridici, si potrebbe pur sempre ricorrere a una vasta gamma di soluzioni dogmatiche: per esempio, al concetto di *azione socialmente adeguata*, di *consenso* [del soggetto interessato], di *esercizio di diritti*, come il diritto alla cultura, o di *esclusione della colpevolezza*, o ancora all'*errore sull'antigiuridicità* presentato come fatto suscettibile di elidere la colpevolezza, o perfino a un *errore di comprensione culturalmente condizionato* o, altresì, a uno *stato di necessità scusante*. E, nel caso stesso in cui la condotta dovesse esser punita, non sarebbe esclusa la possibilità di un'*attenuazione speciale della pena*. Tutto o quasi tutto finirebbe per essere considerato adeguato, giustificato, disculpato: in una parola, dal punto di vista giuridico-penale, "compreso" ("*comprendido*"). Anche perché, in accordo su questo punto con SILVA DIAS, *Problemas*

*giusta* del caso concreto. Un diritto penale della riparazione, senza dubbio, consentirebbe un altro tipo di approccio e di risoluzione rispetto a queste categorie di casi.

#### 4. *Riflessione conclusiva*

Arrivati a questo punto, possono trarsi alcune conclusioni: da un lato, l'esigenza di temperare il principio di legalità in materia penale con il principio di giustizia; dall'altro la necessità di una visione metacostituzionale del diritto penale, che non dispensa il legislatore dal riferimento assiologico-normativo alla Costituzione, ma che non si riduce a quest'ultimo per dare fondamento alla giustizia penale; e, finalmente, tanto con riguardo alle finalità del diritto penale – che oltre alle esigenze della colpevolezza e della prevenzione, devono rispondere alle necessità della riparazione –, quanto con riguardo al processo – che, iniziando a privilegiare una funzione creativa del diritto da parte del giudice, è in grado di condurre a spazi di consenso, di accordo, e non soltanto di assenso (*concordância*) –, si può e si deve approfondire il significato (*sentido*) riparativo che lo stesso diritto penale deve ricercare (*perseguir*).

Se tutto questo rappresenta il risultato delle considerazioni svolte con riguardo al modello della giustizia restaurativa, allora possiamo dire che ciò di cui si tratta è dare avvio a questo modello di giustizia e mettere in discussione il modello stesso della giustizia penale tradizionale, nel senso di una “ristrutturazione” (“*restauração*”) del diritto penale.

*do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau*, in *Rev. port. ciência crim.*, 1996, p. 215 ss., emergono due difficoltà importanti: «la norma di legge si vede colpita nella sua dimensione fattuale da un costume a essa contrario e, normalmente, soffrirà [in tal caso] per un indice elevato di inefficacia, contribuendo all'ambito della c.d. 'legislazione simbolica'; d'altra parte, l'affermazione della prevalenza della legge (...) non significa ancora punibilità di tutti i comportamenti [in sé illeciti] posti in essere sulla base di regole derivanti dal costume, poiché a tal fine è necessario attribuire il fatto all'autore come opera sua propria, secondo i criteri dell'imputazione giuridico-penale».