

IN DIALOGO CON “LUCIANO EUSEBI, LA CHIESA E IL PROBLEMA DELLA PENA, MILANO 2014”

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Il penale fra Dio e Cesare. – 2. Il problema della pena dentro i problemi del diritto penale – 3. Sul volto costituzionale della pena. – 4. La risposta al reato come percorso. – 5. La giustizia riparativa. – 6. Oltre l’orizzonte della giustizia istituzionale. – 7. La metafora della bilancia.

1. Il penale fra Dio e Cesare.

Il denso libro di Luciano Eusebi su *La Chiesa e il problema della pena* guarda oltre il diritto. Si interessa del *problema della pena* pensando alla giustizia di Dio (“*manifestazione del suo amore salvifico*”: p. 69); prende argomentata e appassionata posizione fra interpretazioni diverse dei riferimenti al penale nelle Scritture, nella tradizione di pensiero cristiano e in norme ed atti della Chiesa. Si interessa anche della giustizia di Cesare, cui è dedicata la seconda parte del libro. Nelle pagine dedicate all’Antico testamento sono valorizzate interpretazioni che ravvisano nei tratti crudeli del Dio veterotestamentario “*proiezioni umane derivanti da stadi transitori di una società in cammino dalla violenza verso la non violenza*”¹. Lo scarto fra l’idea di giustizia e la realtà storica (anche quella del mondo cristiano) è uno dei fili conduttori del libro².

Eusebi si distacca da una “*lettura accomodante e tuttora assai diffusa del ‘rendere a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio’ (Mt 22,21): una lettura secondo la quale l’ambito socio-politico, in quanto retto da regole sue proprie, resterebbe inevitabilmente estraneo al rilievo di stimoli provenienti dal contesto religioso e, dunque, anche al novum circa il modo d’intendere i rapporti tra le persone e tra i popoli offerto dalla visione cristiana*” (p. 93).

La visione cristiana – mediata da interpretazioni anche diverse – è una *concezione comprensiva* di particolare importanza nella storia e nell’oggi della nostra civiltà. Sono fra i problemi cruciali del nostro mondo quelli del rapporto fra concezioni comprensive e principi (e problemi) di un liberalismo politico inclusivo, in società democratiche caratterizzate dal fatto del pluralismo. E’ un campo di problemi non trattato nel libro in esame, che in questo dialogo lascio da parte.

Il diritto penale ha a che fare con un compito che rientra nella *competenza specifica di Cesare*: assicurare ordine, protezione e sicurezza, condizioni per la convivenza e cooperazione. E’ il problema hobbesiano, il primo problema della

¹ Cfr. p. 29s., in particolare la nota 45 a p. 30.

² Vengono riprese riflessioni di E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra Cristianesimo e pena*, Milano 1987 (traduzione di Eusebi).

politica, perché risolverlo è condizione preliminare per poter affrontare ogni altro problema della politica³. In queste riflessioni guarderò al problema penale nell'ottica di Cesare.

2. Il problema della pena dentro i problemi del diritto penale.

Nel libro in esame Eusebi si interessa, come dice il titolo, del problema *della pena*; solo occasionalmente del *diritto penale* nella sua interezza e complessità.

Per lo più, *“i penalisti si occupano essenzialmente delle condizioni in presenza delle quali punire, e non del punire”*⁴. Di fronte al mondo delle pene ci troviamo a disagio, soprattutto di fronte al punire in forma di pena *detentiva*, l'istituto che incorpora più d'ogni altro, nell'orizzonte della nostra modernità, il profilo punitivo di un diritto che si definisce *penale*.

L'aspetto *precettivo* del diritto penale emerge nella pagine dedicate da Eusebi alla prevenzione dei reati. Ai destinatari del precetti il diritto rivolge *un appello che ne rispetti l'autonomia* (p. 161). La deterrenza non basta. *“La forza del diritto, quale sistema di regole democraticamente sancite che ambisce a ottenere (tanto più ove siano in gioco condizioni essenziali della convivenza civile) una libera adesione da parte dei cittadini, sta soprattutto nella sua autorevolezza motivazionale”* (p. 162).

D'accordo: è il precetto, non la sanzione, la regola di giustizia e di tutela che ha bisogno (come dice la bella formulazione di Eusebi) di *autorevolezza motivazionale*. La norma, fatta di precetto e sanzione, trasmette un messaggio di responsabilizzazione, che prosegue nella risposta al commesso delitto: nella disposizione sanzionatoria, scritta nella legge, il destinatario deve leggere la premonizione di un rimprovero e di conseguenze spiacevoli. Dialogare con la norma⁵ significa porsi i problemi dell'osservanza, prendere posizione sui valori in gioco, su ciò che deve essere rispettato; significa assumersi la propria responsabilità verso gli altri e verso la società in cui viviamo. Il rapporto con i precetti e i valori sottesi riguarda tutti, la responsabilità dell'osservanza è un impegno di tutti verso tutti.

Pur impegnandosi per una *giustizia diversa*, Eusebi non propone l'abolizione del penale. Nemmeno l'abolizione del carcere, da ricondurre alla *“funzione tante volte dichiarata, e mai davvero concretizzata, di extrema ratio”*⁶.

³ B. WILLIAMS, *In principio era l'azione*, Milano, 2005, p. 5.

⁴ L. EUSEBI, *Introduzione* a I. MARCHETTI e C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo'*, Milano 2006. P. XXXV.

⁵ Il modello precetto/sanzione è un modello *'responsivo'*, che *“ruota attorno alla costante promozione della conformità alla norma, grazie a un'incessante interlocuzione del precetto con i suoi destinatari, inclusi i trasgressori cui la norma non smette di rivolgersi”*: C. MAZZUCATO, *Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 471.

⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in AA.VV., *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano 2015, p. 19. Significativo è l'argomento che Eusebi adduce a giustificazione della pena di morte l'idea della legittima difesa: *“dovrebbe essere chiarissimo che i criteri di ammissibilità etico-giuridica dei mezzi che sono in grado di contrastare, rendendola inefficace, un'aggressione nel momento in cui viene posta in essere non possono coincidere con i criteri di ammissibilità etico-giuridica dei mezzi*

Per la nostra difesa, per il contenimento del rischio di aggressioni, per il *law enforcement*, ci affidiamo essenzialmente al grande Leviatano. *Covenants, without sword, are but words*: gli accordi, senza il sostegno della spada, sono solo parole⁷. In apertura del mio manuale introduco il problema penale con una voce antica⁸, laica, anticipatrice di temi della filosofia politica moderna: il diritto nasce come alternativa a una vita vissuta ‘con violenza’, in uno stato di libertà selvaggia in cui si susseguono offese e vendette fuori d’ogni regola. L’esito è irrimediabilmente ambiguo: *inde metus maculat poenarum praemia vitae*. Violenza, paura e sofferenza, che il diritto punitivo intende combattere, sono anche sue caratteristiche intrinseche. Sono queste le ragioni che ci fanno sentire a disagio di fronte alla pena, arma irriducibilmente a doppio taglio⁹.

Sviluppi di matrice illuministica e liberale hanno additato la direzione *verso un diritto penale minimo*¹⁰: l’idea della *extrema ratio* richiamata da Eusebi a proposito della pena detentiva, oggi la forma più violenta del diritto penale dei paesi che hanno maggiormente ridotto il tasso di violenza legale, abolendo la pena di morte e pene corporali.

La *giustificazione* del punire richiede di *poter far valere che, senza la comminazione ed esecuzione della pena, il mondo si troverebbe in una condizione peggiore*¹¹. L’obiettivo ultimo del diritto penale potrebbe essere definito come *riduzione della sofferenza*¹². Formule di questo tenore riassumono, con un po’ di retorica, entrambi i poli del problema penale: l’obiettivo di ridurre la sofferenza (e l’insicurezza) cagionata dai fatti (i delitti) contro i quali (e a prevenzione dei quali) il diritto intende reagire; nello stesso tempo, il contenimento della sofferenza insita (per definizione) nello stesso diritto penale. Qualsiasi pretesa di legittimazione del *malum* naturalistico insito nella pena (giusta retribuzione, prevenzione generale) deve poter evidenziare un profilo buono, moralmente positivo – anzi necessario, vorrebbe l’idea del penale come *extrema ratio* – e sostenibile a fronte del lato negativo, che negli ordinamenti moderni emerge evidente e grave nella pena carceraria.

3. Sul volto costituzionale della pena.

Eusebi sottopone a critica (p. 15) l’ambizione kantiana di costruire una giusta retribuzione penale: “non esiste la pena giusta in sé”, e “non è davvero autoevidente che un contenuto modellato sul male diventi un bene solo perché inteso come

intesi a evitare la commissione di nuovi reati, cioè utilizzati per finalità preventive” (p. 122). Detto in linguaggio più esplicito: la difesa necessitata può giustificare eccezioni persino al precetto basilare ‘non uccidere’.

⁷ HOBBS, *Leviathan*, 1668, cap. XVII, § 1.

⁸ LUCREZIO, *De rerum natura*, V, v. 1148s.

⁹ Secondo la famosa formula di uno dei padri del pensiero penale moderno: F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962, p. 46.

¹⁰ Interessante ancora oggi *Il diritto penale minimo. La questione criminale fra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. BARATTA, fascicolo n. 3 del 1985 della rivista *Dei delitti e delle pene*.

¹¹ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna 2012, p. 73.

¹² D. PULITANÒ, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 5 s.

corrispettivo". Se la pena è concepita come realtà negativa, corrispondente al negativo del reato, si risolve in intimidazione. Come alternativa Eusebi propone (p. 18) "una visione conforme all'art. 27, comma terzo, della Costituzione italiana, fondata sull'intento di ripristinare, nei tempi tendenzialmente più brevi possibile, il rapporto di fiducia tra la società e il condannato".

A proposito del volto costituzionale della pena, un costituzionalista particolarmente sensibile a questo tema ha rimproverato i cultori della sua materia di avere "colpevolmente operato una cessione di unilaterale di sovranità a vantaggio dei penalisti"¹³. Come penalisti, siamo chiamati a rendere conto di che cosa abbiamo saputo fare, e dei problemi ad oggi aperti.

Il "devono tendere alla rieducazione del condannato" è l'elemento di novità, nel dettato costituzionale, sul senso della pena. La rilevanza di questo vincolo teleologico per le scelte relative alla pena (non solo nella fase di esecuzione, ma già per il legislatore) è stata chiaramente affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990. Altre finalità della pena non autorizzano alcun "pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione": l'individuo non può essere strumentalizzato per fini di politica criminale, e per questo "in uno Stato evoluto la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alle funzioni stesse della pena".

Sulle finalità della pena, la giurisprudenza costituzionale esclude che possa "stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione". Il legislatore può far prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra delle finalità della pena coerenti col sistema costituzionale, "nei limiti della ragionevolezza" e "a patto che nessuna di esse risulti obliterata" (Corte cost. n. 306 del 1993). Vengono in rilievo le finalità tradizionali della dissuasione, prevenzione, difesa sociale (Corte cost. n. 264 del 1974).

E' possibile porre ordine in questo eclettismo, estraendo dalle diverse teorie un minimo comun denominatore sul senso della pena minacciata e inflitta, coerente con i principi fondanti delle democrazie liberali? Secondo la concezione (forse) prevalente il diritto penale può legittimarsi come guida dei comportamenti, in ottica di prevenzione generale (ne peccetur); l'idea retributiva esprime un'esigenza di proporzione, di ricerca di una giusta misura (sulla cui determinazione vi sono forti divergenze). L'idea moderna della rieducazione non esprime la ragion d'essere del diritto penale, che è la risposta al problema hobbesiano della costruzione di un ordinamento della convivenza; ma pone un vincolo nuovo, che nel nostro sistema costituzionale concorre a determinare il senso degli istituti di risposta al reato.

Per quanto concerne i tipi di pena, Eusebi dedica ampio spazio alla questione della pena di morte, in chiave critica rispetto a resistenze ad affermarne l'inaccettabilità in via di principio. Nel nostro ordinamento la pena di morte è uscita di scena da tempo; l'estromissione è divenuta incondizionata con la legge costituzionale del 2007. Riforma epocale, la ha definita Pugiotta, per la sua portata epistemologica: attraverso

¹³ A. PUGIOTTO, [Il volto costituzionale della pena \(e i suoi sfregi\)](#), in questa Rivista, 10 giugno 2014.

di essa si può vedere l'autentico volto costituzionale della pena: la lettura secolarizzata della rieducazione ex art. 27, la ripulsa di letture del penale tradizionalmente legate alla pena di morte. Ripulsa del paradigma vittimario; ripulsa di una lettura per equivalente della retribuzione e dell'afflittività (legge del taglione). Rispetto al reato, la risposta sanzionatoria può (o deve?) essere sproporzionata per difetto.

Ai margini della riflessione giuridica è rimasta a lungo la dimensione materiale delle pratiche punitive; non tematizzata dalle teorie sulla pena, che ragionano sulla legittimazione del punire in termini generali e astratti. Questo campo di problemi è stato portato in primo piano dall'emergenza del sovraffollamento carcerario e dalla sentenza pilota della Corte EDU (la sentenza Torreggiani del 2013) che ha messo in mora l'ordinamento italiano. Il divieto di trattamenti inumani e degradanti dà rilevanza normativa alle condizioni materiali dell'esecuzione della pena detentiva. Sul piano dei principi costituzionali è un aspetto essenziale, inscindibile dal paradigma rieducativo, "in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro": la lettura della Corte costituzionale (sentenza n. 279 del 2013) ricompona a unità le due indicazioni sulla pena contenute nell'art. 27 Cost. Espunte dal sistema modalità crudeli e la pena di morte, il problema riguarda quella che oggi può essere astrattamente legittimata come la forma più grave, cioè la pena privativa di libertà.

4. La risposta al reato come percorso.

Coerente sviluppo dei principi da cui parte Eusebi è l'idea di "*una risposta al reato intesa come percorso piuttosto che come corrispettivo*" (p. 154): attuazione di "*un progetto d'intervento, non esaustivo*", sul fenomeno dei comportamenti criminosi¹⁴. Questo approccio mi sembra una buona chiave di lettura e di controllo critico dei modelli di risposta al reato, e in particolare della vigente disciplina delle pene detentive, frutto di stratificazioni normative successive, che già delinea (bene o male) una sequenza¹⁵ dalla norma penale alla commisurazione giudiziale della risposta al reato, e poi alle fasi successive, di esecuzione.

Il percorso delle risposte sanzionatorie parte dalle cornici edittali di pena. Nel libro di Eusebi questo punto di partenza legislativo non è tematizzato. La dottrina prende atto che "*la spiegazione della pena è fondamentalmente politica, a differenza della teoria del reato, che presenta una razionalità costruttiva più coerente e indipendente*"¹⁶. Le scelte in materia di pena, affidate al legislatore dal principio di legalità (art. 25), trovano nei principi costituzionali indicazioni finalistiche e vincoli, ma sono aperte a valutazioni e scelte politiche, per definizione *discutibili*. Entrano in gioco, con eguale legittimità, differenti concezioni di giustizia e/o di opportunità politica, e differenti prognosi o semplicemente differenti discorsi relativi agli effetti della minaccia ed

¹⁴ L. EUSEBI, *Introduzione, cit.*, p. XXXVIII.

¹⁵ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano 1998.

¹⁶ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1166.

esecuzione di pene. L'apertura democratica del principio di legalità, il confronto spiegato fra concezioni diverse di politica del diritto, è esposta a populismi di qualsiasi colore.

La sequenza o percorso di applicazione della legge penale si impernia sulla sentenza pronunciata in esito al processo di cognizione. Commisurazione in senso stretto (misura della pena in concreto) ed eventualmente in senso più largo: la pena stabilita in sentenza, motivata come *giusta in via di principio* per l'ordinamento giuridico, è un esito che a certe condizioni può fin da subito essere sospeso, e anche successivamente modificato.

Istituti strutturati secondo il modello condizionale o di messa alla prova, allargati fino a comprendere ipotesi tutt'altro che bagatellari, nascono da una "*spasmodica ricerca di alternative alla detenzione*", una profonda sfiducia non solo circa l'efficacia, ma sulla stessa legittimazione del sistema di controllo sociale che sulla pena detentiva continua a reggersi¹⁷. La pena inflitta può essere presentata come 'giusta' (per l'ordinamento positivo) a livello simbolico, ma il valore della messa in esecuzione può essere ragionevolmente controvertibile, e subordinato all'esito di una 'prova' che assume significato in relazione alla finalità 'rieducativa'.

L'ambiguità della pena detentiva (da un lato, significati che vorrebbero essere 'di giustizia'; dall'altro, il *malum* naturalistico) è alla radice anche di istituti dell'ordinamento penitenziario: misure alternative o comunque modificative della pena da eseguire. Sono istituti che, non diversamente dalla sospensione condizionale, incorporano profili di messa alla prova, nella misura in cui possano essere revocati in dipendenza di comportamenti del condannato. La collocazione degli istituti relativi alla pena – nel diritto penale o nel diritto penitenziario – è figlia dell'evoluzione storica: indipendentemente dalla loro collocazione e disciplina concreta, tutti quanti 'fanno sistema', concorrendo a determinare la concreta risposta al reato.

La partizione fra penale e penitenziario è dunque storicamente contingente, dentro il sistema delle risposte al reato. Per entrambi gli aspetti valgono i principi costituzionali sulla pena. La coerenza del sistema (dei suoi pezzi fra loro, e rispetto ai principi) è un problema che interpella innanzi tutto il legislatore, ma anche la dottrina e le prassi applicative.

Una sequenza che modifica la pena inizialmente commisurata rispecchia l'idea che quella pena è un punto di partenza, non necessariamente l'approdo di giustizia. La rilevanza di valutazioni legate alla gravità del o dei reati si esaurisce nella commisurazione della pena; la *giustizia* della iniziale commisurazione (la sua valenza retributiva) non può essere argomento contro passaggi successivi che modifichino *in mitius* il trattamento.

La sequenza segna un distacco dall'idea di 'certezza della pena' (e segnatamente della pena detentiva) quale sinonimo di severità e/o rigidità. L'appello alla certezza della pena, luogo comune nei discorsi sul penale, esprime esigenze di legalità nelle *risposte al reato*; un valore essenziale, legato all'esigenza di tenuta e di

¹⁷ T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, 1981, p. 245.

credibilità del sistema, e al rispetto del principio d'uguaglianza nell'applicazione di una legge *uguale per tutti*. Ma rischia di evocare un'idea della pena (retributiva, o esemplare, o intimidatrice) come valore in sé. Nella prospettiva della pena come *extrema ratio* e come percorso, la certezza legale della risposta al reato si apre ad una ragionevole flessibilità, anche all'apertura a soluzioni diverse dal punire, che possano essere ugualmente idonee ad assicurare la 'tenuta' della legalità, e più funzionali rispetto agli obiettivi che oggi definiamo di *rieducazione* (un linguaggio vecchiotto e discutibile, ma cristallizzato dalla nostra Costituzione).

La sequenza non può che essere in linea con la tendenza alla rieducazione. E' questa la sua matrice storica, e questa è la direzione che la Costituzione addita come vincolante. In un'ottica che combina il limite della *extrema ratio*¹⁸ e la finalità rieducativa, possono collocarsi istituti che consentano di evitare la carcerazione, o scandiscano come normale (salvo comprovate controindicazioni) l'evoluzione verso crescenti gradi di libertà; e anche istituti marcatamente premiali, di applicazione più selettiva. Tutti gli istituti dell'ordinamento penale e penitenziario andrebbero verificati ed eventualmente rimodulati in quest'ottica.

5. La giustizia riparativa.

Un percorso di giustizia successivo al commesso reato richiederebbe una *intrinseca dimensione dialogica*: in questi termini Eusebi definisce (a p. 86) un tema centrale nel suo discorso, che guarda a una pluralità di interlocutori.

Da un lato, l'autore del reato. *"Un vero consolidamento del diritto, dopo la frattura che il reato ha prodotto e che, purtroppo, non può essere materialmente annullata, si ha nel momento in cui chi ha violato la legge torna a riconoscerne l'intangibilità, rendendo nuovamente possibile un suo rapporto proficuo con gli altri cittadini"* (p.167).

Dall'altro lato, la persona offesa. Eusebi è, nel mondo penalistico italiano, uno dei più appassionati sostenitori della giustizia riparativa (*restorative Justice*, RJ). Sulla *frattura relazionale* aperta dal reato non incide l'entità della pena, ma *"può incidere una seria rielaborazione nei fatti da parte del soggetto agente. Per cui solo un percorso che apra a tale possibilità appare in grado di costituire un elemento non fittizio di pacificazione per la vittima"* (p. 156).

¹⁸ Anche per la gestione degli istituti penitenziari è stato autorevolmente posto il problema di *"conferire effettività al principio del minimo sacrificio possibile (Corte Cost., sent. n. 231 del 2011) che deve governare ogni intervento, specie giurisdizionale, in tema di libertà personale. La regola secondo cui pena detentiva e carcere costituiscono rimedio estremo da applicare secondo il criterio del minimo sacrificio necessario va applicata con rigore, e indipendenza da condizionamenti di sorta, sia nella fase delle indagini, sia nel momento del giudizio, sia ancora nella regolazione delle modalità di esecuzione della condanna"*. Così il Primo Presidente della Corte di Cassazione, nella relazione sull'amministrazione della giustizia presentata nell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015.

La forma più avanzata della giustizia riparativa¹⁹ sarebbe la mediazione penale: un modello che “permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale”²⁰. Sarebbe questa la modalità interpretativa concreta più credibile della forma di giustizia più alta, quella che “richiede a ciascuno, proprio al fine di essere giusto (diversamente giusto) di domandare, e rendere, il perdono” (p. 160).

E’ stato osservato (da persone impegnate nella RJ) che “la fortuna della mediazione è consistita più nella forza della suggestione culturale che non nella sua pratica diffusione [...]. C’è uno scarto tra la profondità del messaggio della mediazione e la sua diffusione contenuta che sollecita una spiegazione”²¹.

La RJ dà rilievo a bisogni di riconciliazione, ricomposizione di fratture nei legami sociali. “La vittima non ha bisogno di vendetta, e nemmeno di umiliare l’autore del reato. Ha bisogno, piuttosto, di un atto di umiltà, dopo la prevaricazione patita, che segnali l’ammissione di un’ingiustizia”²². Può avere questo bisogno (non sarei sicuro che ciò accada spesso), certamente non ha diritto (nel senso di pretesa giuridica) a comportamenti moralmente significativi del reo. (Tanto meno, la vittima potrebbe essere giuridicamente obbligata, o indotta dall’autorità, a comportamenti moralmente significativi nei confronti del reo. E le sorti del reo non possono essere fatte dipendere dal fatto casuale che la vittima sia o non sia disposta a entrare con lui in contatto²³).

Il diritto della persona offesa, che consegue al reato quale fatto illecito produttivo di danno, è il diritto al risarcimento del danno: una classica pretesa civilistica, ben radicata nella nostra tradizione, che può essere introdotta nel processo penale, e può trovare soddisfazione anche prima del processo e indipendentemente dal processo. Istituti come la querela e la remissione della querela possono facilitare accordi negoziali sul danno, nell’interesse di entrambe le parti, indipendentemente da sentimenti di pacificazione o di ostilità. “Atti riparatori privi di qualsiasi respiro pacificatore”²⁴ ma rispondenti a una ben definita moralità istituzionale: la moralità dei diritti soggettivi.

La RJ dà rilievo a bisogni (riconciliazione, ricomposizione di fratture nei legami sociali) che non costituiscono oggetto di diritti, né del reo né della persona offesa. La soddisfazione dei bisogni cui guarda il paradigma della RJ, passa attraverso scelte libere, non coercibili: la RJ si incentra (così Eusebi esprime un principio indiscusso) sulla valorizzazione della capacità di scelta, e dunque dell’autonomia, di ciascun individuo, che può essere promossa, ma non coartata²⁵.

¹⁹ Così L. EUSEBI, in *Una giustizia diversa*, cit., p. 19.

²⁰ Così la definizione fatta propria dalla direttiva 212/29/UE, art. 2.

²¹ M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, Milano, 2005, p. 203 s.

²² L. Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un’evoluzione necessaria*, in AA.VV., *Giustizia riparativa*, a cura di G. MANNOZZI e A. LODIGIANI, Milano 2015, p.113.

²³ W. HASSEMER, *Perché punire*, cit., p. 232.

²⁴ M. BOUCHARD e G. MIEROLO, *op. cit.*, p. 208.

²⁵ In *Giustizia riparativa*, cit., p. 110.

Un faccia a faccia fra vittime e perpetratori è questione di libertà: libertà di entrambe le parti. Il possibile significato e *spessore etico* dell'incontro andrebbe disperso, se collocato in un orizzonte che non sia di piena libertà. Per il rispetto dovuto alla libertà delle parti (autori e vittime) il modello della mediazione non può essere inglobato nel modello istituzionale di giustizia come elemento *necessario*²⁶.

I più seri sostenitori della RJ²⁷ hanno ben chiaro che questa, *“pur avendo uno statuto giusfilosofico autonomo”*, non può *“assurgere a paradigma universale di regolazione dei conflitti: non tutto è mediabile (o riparabile), la mediazione e la riparazione non possono essere imposte e, soprattutto, si media alla luce di precetti giuridici”* che traggono forza dall'essere corredati da sanzioni.

Rispetto al paradigma hobbesiano (e illuminista) il paradigma della giustizia riparativa non può che essere complementare: *“non brandisce la pretesa di svellere il tradizionale paradigma della giustizia punitiva, ma con esso si confronta in un dialogo teso a individuare punti e momenti di complementarità”*²⁸. Non è in grado di reggere una pretesa di alternatività, che sarebbe un inseguire utopie abolizioniste. Può però inserirsi nella prospettiva di un diritto penale minimo, in ambiti e su presupposti ben determinati e da controllare accuratamente²⁹. Tenendo conto che anche la giustizia riparativa, *“nonostante rinunci alla vis coercitiva del processo e alla durezza della pena come ritorsione”*, mutua la propria capacità di tutela *“dall'esistenza del diritto penale e perciò, in definitiva, dalla violenza fondatrice di quest'ultimo”*³⁰.

Proviene dal mondo della RJ l'osservazione che *“anche la mediazione costituisce, come le altre forme rituali della penalità, un meccanismo riproduttivo della violenza”*³¹. Anche su questo *“deve far riflettere”* la reazione di alcune vittime nell'esperienza dell'incontro, guidato da mediatori, con responsabili della lotta armata dei nostri anni di piombo: *“un grido di insofferenza nei confronti del metodo di discussione proposto dai mediatori, perché teso a ingabbiare e a direzionare dall'alto – questo il senso della critica – pulsioni, pensieri, rappresentazioni di tutti i partecipanti”*. Alcuni hanno deciso di abbandonare il cammino³². Forse è per questo che quell'esperienza è stata valutata dai curatori non come un pieno successo³³?

Eravamo, scrive Ceretti, *“convinti – talvolta forse ingenuamente – che si possa contribuire alla pace sociale e superare alcune distorsioni della realtà storica confrontando*

²⁶ Di questa possibile obiezione si mostra consapevole G. Colombo, in *Giustizia riparativa, cit.*, p. 63. La sua risposta (*“la situazione si modificherebbe sostanzialmente via via che prevalesse un pensiero di tipo riparativo e includente”*) riconosce la fondatezza dell'obiezione di principio, e si affida ad uno scenario del tutto ipotetico.

²⁷ G. MANNOZZI e A. LODIGIANI, in *Giustizia riparativa, cit.*, p. 234s.

²⁸ F. PALAZZO, in *Giustizia riparativa, cit.*, p. 68.

²⁹ Come scrive F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 69, è *“assolutamente indispensabile precisare i termini del rapporto di complementarità del nuovo paradigma con quello tradizionale della giustizia punitiva”*.

³⁰ G. MANNOZZI e A. LODIGIANI, in *Giustizia riparativa, cit.*, p. 235

³¹ M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *op. cit.*, p. 200.

³² Cfr. *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di G. BERTAGNA, A. CERETTI e C. MAZZUCATO, Milano 2015. Le citazioni sono da un capitolo scritto da Ceretti, p. 243

³³ Ma neppure come un fallimento: *Il libro, cit.*, p. 18.

*narrazioni comprensibili e condividendo, prima ancora dei contenuti, le narrazioni stesse*³⁴. La riflessione che propongo è se l'ingenuità (cioè l'errore) non consista nel legare al metodo della mediazione obiettivi etico-politici ed epistemici (*contribuire alla pace sociale; superare distorsioni della realtà storica*) che non possono essere ingabbiati in moduli procedurali nati in un'ottica di giustizia riparativa, con le restrizioni che comunque comportano in relazione alle proprie finalità.

Prendere atto dei limiti del modello mediazione può aiutare a mettere meglio a fuoco e a meglio valorizzare gli aspetti che fondano la forza di suggestione culturale e morale della RJ: il fondamento in scelte libere, non coercibili, di impegno morale, che possono essere rilevanti per le risposte al commesso reato. Ma proprio questi aspetti così pregnanti ne delimitano lo spazio. Nei possibili percorsi di una risposta al reato non rigidamente retributiva, istituti vecchi e nuovi di risarcimento e/o riparazione che *non* fanno parte del quadro concettuale della RJ possono avere – e già hanno – uno spazio assai più ampio di quello della mediazione.

6. La metafora della bilancia.

Nelle pagine finali di sintesi (p. 171 s.) Eusebi parla di “due visioni alternative della giustizia, rispetto alle quali la prospettiva biblica non è neutrale”. L'una sarebbe “quella formale rappresentata dalla bilancia”, da un giudizio che cade sull'altro “prima di averlo riconosciuto nella sua dignità di persona e di aver stabilito una relazione con lui”. Vi si contrappone “un modello della giustizia che abbandona l'idea di reciprocità per orientare ad agire pur sempre, avendo il coraggio morale del primo passo, secondo la dignità di tutti i soggetti coinvolti, vale a dire secondo ciò che possa costituire, in ogni circostanza, il loro bene: in tal senso mirando a ricucire rapporti e risanare ferite”.

“La giustizia senza la spada”, è il titolo dello studio pionieristico (in Italia) di Grazia Mannozi su giustizia riparativa e mediazione penale³⁵. Oggi leggiamo nell'intervento di un filosofo che la giustizia riparativa può funzionare “a patto che rinunci non solo alla spada ma anche alla bilancia e alla benda”³⁶.

La metafora della bilancia a me piace: si presta a trasmettere l'immagine di una giustizia della misura, razionale e controllabile nei suoi argomenti. Dentro il dialogo socratico mi piace anche la messa in discussione della bilancia, come interrogativo su ciò che la giustizia, di fatto, pesa o non pesa; ed anche come interrogativo sui criteri di misura, richiesta di commiato da pesature non rispettose della dignità e dei diritti umani.

Credo preferibile salvare la metafora della bilancia, riferendola a quanto di ragionevole e razionalmente controllabile possa essere ritrovato in un diritto penale passabilmente illuminato.

³⁴ *Il libro, cit.*, p. 247. Con deformazione pubblicitaria, il risvolto di copertina presenta il libro come *destinato ad avviare un radicale cambio di paradigma storico*.

³⁵ G. MANNOZZI, “*La giustizia senza la spada*”, Milano, 2003.

³⁶ U. CURI, in *Giustizia riparativa, cit.*, p. 39.

Fra i presupposti di una corretta pesatura c'è il rispetto della dignità della persona. "Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona che in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo"³⁷. Anche come fine: nei rapporti umani c'è anche un aspetto strumentale; ma questo non deve dominare la relazione, se è una relazione moralmente significativa³⁸. Le pratiche punitive debbono tenere conto che anche gli autori di crimini hanno una dignità che va riconosciuta.

Rispetto all'attribuzione di responsabilità (quali che siano le conseguenze da trarre) c'è un'esigenza stringente di razionalità del giudizio, in fatto e in diritto. Cerchiamo strumenti razionali nella teoria del reato, che nelle strutture di fondo è una teoria normativa (morale) sulle condizioni di una possibile responsabilità di uomini per il proprio agire e per le conseguenze che ne siano derivate. Limiti invalicabili sono posti allo strumento penale dal principio di responsabilità personale e colpevole, e da libertà e diritti costituzionalmente garantiti. Ci preoccupiamo della ragionevolezza dei precetti di cui sia contestata la violazione. Per poter affermare una responsabilità penale esigiamo un accertamento del fatto illecito che regga al ragionevole dubbio. Insomma: su tutti gli aspetti del giudizio di responsabilità, facciamo riferimento a ragioni argomentabili fino in fondo.

Tutto questo può essere collocato sotto il simbolo della bilancia. La giusta pesatura deve poter fondare un giudizio razionale sulla (eventuale) responsabilità, assicurando il rispetto della dignità e dei diritti umani. La possibilità di un giudizio giusto (almeno in senso giuridico) è quanto il diritto penale ci offre. E il giudizio è di per sé importante. Nel caso di condanna è un presupposto di effetti giuridici di vario tipo (per es. eventuali responsabilità civili). In qualsiasi caso, può essere un punto di riferimento per valutazioni nella sfera pubblica, su diritto e giustizia e sulla possibile tensione fra diritto positivo e giustizia.

Non per caso, è questo il versante del problema penale che a noi penalisti piace studiare, e/o cercare di far funzionare nell'arena forense: il versante razionale della teoria del reato e di accertamenti controllabili. Anche di fronte alle irrazionalità del diritto posto e del mondo dei fatti, cerchiamo di portare ordine e misura con strumenti della ragione.

Sul versante delle conseguenze, il modello tradizionale prevede (con o senza possibili alternative) l'uso della coercizione. La simbologia tradizionale – la spada – rappresenta realisticamente una violenza materiale (buona o cattiva) che eccede il giudizio razionalmente pesato. Per questo di più, di quali criteri disponiamo? Nella scelta delle risposte legislative al reato, domina l'aspetto politico; la doxa, non la scienza³⁹. Non vi sono criteri di individuazione di una misura giusta in assoluto: i criteri cui facciamo riferimento sono il principio d'eguaglianza, e l'idea della proporzione fra i delitti e le pene, la cui fondazione viene cercata sia in chiave

³⁷ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1785; traduzione italiana Roma-Bari 1990, p. 61.

³⁸ C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna, 2009, p. 96; CH. LARMORE, *Dare ragioni*, Torino, 2008, p. 126.

³⁹ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1166.

utilitaristica (Beccaria⁴⁰), sia nel principio d'eguaglianza – ragionevolezza, fondamentale principio di struttura dell'ordinamento giuridico.

Come ideale regolativo di un diritto penale non arbitrario⁴¹, il principio d'eguaglianza pone vincoli di coerenza intrasistemica e di coerenza con i principi "materiali" del sistema dei reati e delle pene; non impone soluzioni bloccate, ma evoca esigenze di giustificazione delle differenziazioni di trattamento negli spazi aperti alla discrezionalità politica del legislatore. Criteri di proporzione hanno a che fare con la struttura stessa del sistema dei delitti e delle pene: in questi termini il principio d'eguaglianza – nel significato allargato di principio di ragionevolezza o proporzione – concorre a determinare il modello generale della legalità penalistica⁴².

L'idea di proporzione rinvia a un rapporto di gravità fra diversi reati⁴³ (a livello legislativo, tipi di reato). Lo schema della proporzione sarebbe una condizione minima di razionalità, un criterio ordinatore (e di controllo) delle valutazioni normative sulla gravità comparativa dei reati, e della traduzione in tipi e misure di pena. Pur in assenza di criteri che gettino un ponte fra la gravità del reato e l'individuazione di una pena giusta, si può cercare di costruire un sistema passabilmente coerente di risposte al reato, partendo dai delitti più gravi e scendendo verso il basso⁴⁴. Al livello più alto, dovrebbe stagliarsi la tutela della vita degli uomini; accettando comunque che una risposta punitiva eticamente sostenibile non potrà eguagliare la gravità dei massimi delitti. Si scenderebbe poi per una scala di gravità degli illeciti (sia dei tipi d'illecito che dei fatti concreti) che può essere oggetto di una razionale discussione etico-politica. Dopo di che, potrebbero aprirsi i problemi e le prospettive della risposta al reato come percorso.

Riassumendo: anche l'uso (o il non uso) della spada dovrebbe essere 'bilanciato' secondo criteri razionali.

⁴⁰ Si tratterebbe di graduare "gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti". "Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio" (*Dei delitti e delle pene*, §. 6). Anche l'argomento utilitaristico può servire alla polemica contro torsioni autoritarie, che pretendano di accrescere la tutela inaspando le pene. Il troppo penale non è maggiore tutela, ma produzione di violenza che genera violenza: "i paesi e i tempi dei più atroci supplizi furono sempre quelli delle più sanguinose e disumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore reggeva quella del parricida e del sicario" (§. 27).

⁴¹ G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, cit., p. 116.

⁴² Su questioni di legittimità costituzionale circa la misura delle pene, nella giurisprudenza della Corte costituzionale prevalgono sentenze di rigetto, ma vi sono significative sentenze di accoglimento. Di particolare rilievo per i principi affermati è la sentenza n. 26 del 1979. Sul collegamento fra principio d'eguaglianza e principio di offensività, anche nella giurisprudenza costituzionale recente, sia consentito rinviare a D. PULITANÒ, voce *Offensività (principio di)* in *Enc.dir., Annali VIII*, p. 665s.

⁴³ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 419 s. M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa*, cit., p. 138.

⁴⁴ . E' lo schema dei predecessori (Carmignani, Rossi) citati da T. PADOVANI, *op.cit.*

7. Oltre l'orizzonte della giustizia istituzionale.

Introducendo il tema della giustizia salvifica, Eusebi ci parla di orizzonti di giustizia che vanno oltre il paradigma penalistico; di più, stanno oltre il paradigma giuridico. La salvezza di ciò che è umanamente più significativo non è assicurata dalla bilancia del diritto.

Nemmeno la giustizia è assicurata dal diritto, men che meno dal penale. Diritto e giustizia sono, *per definizione*, concetti diversi; e proprio la *distinzione concettuale* fonda la *possibilità logica di instaurare una relazione fra di essi*; di sottoporre il diritto positivo a un controllo critico in nome di valori che lo trascendano⁴⁵. Per la civile convivenza il diritto può essere molto, ma non è tutto, e non è l'orizzonte ultimo dei valori.

Di un sistema giuridico di precetti e sanzioni, sorretto dalla forza del Leviatano, c'è (purtroppo) vitale bisogno. Finché avremo da fare i conti col male del delitto, faremo i conti con il problema delle risposte: con le necessità dell'uso legittimo della forza per la prevenzione e la repressione del male; con l'ambivalenza della pena fra bene e male; con esigenze di riparazione che le pratiche punitive non possono soddisfare.

Verso una *riduzione al minimo* del diritto penale spingono sia la considerazione dei costi individuali e sociali del punire, sia la razionalità (economia dei mezzi) rispetto allo scopo. La questione non è però riducibile a calcolo di costi e benefici: nella determinazione delle necessità del penale – fatto di precetti e sanzioni – entrano in gioco considerazioni 'di valore', etiche e politiche.

Con una qualche forzatura retorica, la linea di tendenza da perseguire potrebbe essere definita come un diritto penale che tenda a risolversi in un 'diritto della responsabilità'. L'accento cade sull'aspetto precettivo, la funzione di guida dei comportamenti e di salvaguardia (preventiva, per quanto possibile!) delle condizioni della convivenza civile. E' il volto razionale del sistema: l'elaborazione di fini di tutela e di 'giusti' criteri di attribuzione di responsabilità. Il problema sanzionatorio è 'secondario', nel senso che viene dopo: un problema di strumenti. Certo, un problema importante, che chiama in causa, ad un tempo, valori di giustizia e profili di idoneità rispetto allo scopo.

Del principio di responsabilità, il penale è un veicolo talora necessario. Ma ci sono altri orizzonti, sia dentro che fuori della giustizia di Cesare. Dialogando con Eusebi, porrei questo interrogativo: in una lettura aperta a riconoscere la possibile rilevanza politica (per la convivenza nella *polis*) di *stimoli provenienti dal contesto religioso* e da altre concezioni comprensive, ha senso distinguere fra ciò che compete a Cesare e a Dio (ad istanze altre da Cesare) nel rendere giustizia?

Credo assolutamente fondamentale, per il riconoscimento e la difesa di istanze morali altre da Cesare, ragionare sui *limiti* di una possibile giustizia di Cesare. Vi sono

⁴⁵ In questo senso è il filone liberale di filosofia del diritto. *Ex plurimis*, cfr. H. HART, *Il positivismo e la separazione fra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano 1964, p. 105 s.; L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, Roma-Bari 2015, p. 185 s.

cose importanti, importantissime, che la giustizia di Cesare non dà, e sarebbe sbagliato (pericoloso) chiedere che dia, perché ciò comporterebbe rischi di snaturamento, di capovolgimento della moralità di scelte di uomini liberi in moralismo gestito dall'autorità.

Sono le condizioni di base dell'autonomia morale delle persone, a segnare limiti invalicabili alla giustizia di Cesare (quella che impugna anche la spada). Il buon esito del percorso del reo dopo la sentenza – fino al pentimento – è un obiettivo possibile e positivo, cui la giustizia istituzionale può legittimamente *tendere* (la parola utilizzata nell'art. 27 Cost!). Non è un esito che possa essere *preteso*, men che meno imposto. Anche il “*no no, ch'io non mi pento*” di don Giovanni è espressione di autonomia individuale. Alle legge di Cesare è dovuta osservanza, non adesione nell'intimo della coscienza.

E il *perdono*, cui tanto rilievo è dato da Eusebi? *Non c'è giustizia senza perdono*, è intitolato un paragrafo inserito nel capitolo intitolato alla natura salvifica della giustizia. Nel senso più pregnante, il perdono di uomini verso altri uomini è questione di coscienza, che eccede la giustizia istituzionale.

La giustizia come percorso può (dovrebbe) essere un percorso che faciliti pentimento e perdono, come atti di libertà. “*Non spetta allo Stato imporre perdoni e pentimenti, ma solo eventualmente favorirli [...]. Il perdono non è un atto giuridico. Allo Stato spetta al massimo la remissione. E' solo in questa facoltà di pentirci e perdonare che ci sentiamo più liberi e alla fine anche più responsabili*”⁴⁶.

Quali che siano gli assetti della giustizia umana, ci sono valori umani (anche di giustizia) che non possono essere affidati a Cesare, ma dei quali Cesare ha bisogno. Ricordiamo il famoso *dictum* di Böckenförde: lo stato liberale (forse dovremmo generalizzare: lo Stato *tout court*, qualsiasi città degli uomini) “*vive di presupposti che esso di per sé non è in grado di garantire*” (*nicht garantieren kann*). Ma “*questo è il grande rischio che per amore della libertà (um der Freiheit Willen) lo Stato deve affrontare*”⁽⁴⁷⁾.

Nelle riflessioni di Eusebi su una possibile giustizia salvifica, al di là della coercizione giuridica, ritengo di poter leggere non solo una critica degli ordinamenti penali realmente esistenti, ma anche e soprattutto un laico richiamo della necessità (per il diritto statale) di forze di coesione⁴⁸ trascendenti il diritto. La giustizia di Cesare ha bisogno di essere sostenuta da *concezioni comprensive* della giustizia (anche di matrice religiosa, ci ricorda Eusebi). Non è (non può essere) il luogo di una giustizia compiuta: ci sono esigenze e possibilità di una giustizia più ricca di contenuti, cercata e costruita al di fuori delle istituzioni, da uomini liberi.

⁴⁶ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2011, p. 954-55.

⁴⁷ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung der Staates als Vorgang der Saekularisation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main 1976, p. 60; in traduzione italiana in *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari 2007, p. 53.

⁴⁸ *Antrieben e Bildungskraften*, dice Böckenförde: impulsi e forze di unificazione, nella citata traduzione italiana, p.54.