



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2023

MARIA LUDOVICA LAGALLA

La giustizia riparativa tra lo stato di diritto ottocentesco e lo stato costituzionale di diritto

ABSTRACT - This essay intends to describe how restorative justice constitutes a modality of response to criminal offenses that implies a juridical culture, a conception of law and a characterisation of power that are opposite of or, more prudently, very distant from, those of the nineteenth-century rule of law. Also, I explain the reasons why the legal-cultural environment of the constitutional rule of law represents the elective ground for the proliferation of the elements characterising restorative justice. Finally, I explore the possibility of considering restorative justice as a necessary outcome of contemporary constitutionalism. The above-mentioned aspects will be treated by comparing the main features and explanatory theories of law of the nineteenth-century rule of law and those of the constitutional rule of law (with exclusive reference to continental European states) and examining, each time, their distance and/or proximity with respect to the core elements of restorative justice, as previously identified.

KEYWORDS - Restorative Justice - Nineteenth-century Rule of Law - Constitutional Rule of Law - Contemporary Constitutionalism

MARIA LUDOVICA LAGALLA*

La giustizia riparativa tra lo stato di diritto ottocentesco e lo stato costituzionale di diritto**

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive* – 2. *Stato costituzionale di diritto, costituzionalismo contemporaneo e neocostituzionalismo: a cosa ci stiamo riferendo?* – 3. *Giustizia riparativa* – 4. *Il concetto di sovranità* – 5. *Il rapporto tra diritto e forza* – 6. *La concezione dell'interpretazione del diritto e i valori della certezza e flessibilità del diritto* – 7. *Il ruolo della morale* – 8. *Considerazioni finali.*

1. Considerazioni introduttive

In questo saggio intendo mostrare come la giustizia riparativa sia una modalità reattiva al fatto penalmente illecito che presuppone una cultura giuridica, una concezione del diritto e una caratterizzazione del potere antitetice o, più prudentemente, molto lontane rispetto a quelle dello stato di diritto ottocentesco.

In positivo, spiego perché l'atmosfera giuridico-culturale propria dello stato costituzionale di diritto rappresenti il terreno elettivo per il proliferare degli elementi caratterizzanti la giustizia riparativa.

Infine, discuto la possibilità di considerare la *restorative justice* un esito necessario del costituzionalismo contemporaneo.

Tali obiettivi vengono perseguiti a partire da un confronto tra le caratteristiche salienti e le teorie del diritto esplicative dello stato di diritto ottocentesco e quelle dello stato costituzionale di diritto (con esclusivo riferimento agli stati europei continentali) e vagliandone, volta per volta, la lontananza e/o prossimità rispetto agli elementi identificativi della giustizia riparativa.

In particolare, sono cinque gli aspetti che si assumono rilevanti al fine di approfondire questo confronto: 1) il concetto di sovranità; 2) il rapporto sussistente tra diritto e forza; 3) la concezione dell'interpretazione del diritto; 4) il valore della certezza, poi flessibilità, del diritto; 5) il ruolo occupato dalla morale nelle concezioni del diritto riconducibili a tali esperienze giuridiche.

La scelta di prendere in considerazione gli stessi aspetti, nelle loro declinazioni difformi, per descrivere sia lo stato di diritto ottocentesco sia

* Dottoranda di ricerca in Filosofia del Diritto, Dipartimento di "Scienze giuridiche" Cesare Beccaria.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

lo stato costituzionale di diritto è dettata dalla convinzione che solo valutando il medesimo oggetto si possa evidentemente percepire la profonda inversione di tendenza compiutasi.

A parere di chi scrive, infatti, è proprio tale inversione di tendenza ad aver reso possibile lo svilupparsi dei discorsi circa la giustizia riparativa.

Preliminarmente alle operazioni ricostruttive e comparative or ora accennate, si reputano opportune talune precisazioni. La prima riguarda la consapevolezza che formule quali “stato liberale di diritto”, “stato di diritto ottocentesco”, “stato legalista”, “stato costituzionale”, “stato costituzionale di diritto” e simili sono tipi ideali e che le specificità tradizionalmente ascritte a ciascuno di questi tipi sono semplificazioni e approssimazioni, a volte anche eccessive. Un discorso analogo, anche se con riguardo a un oggetto diverso, si ripropone rispetto alle teorie del diritto che verranno prese in considerazione con riferimento a tali fenomeni storici. Tuttavia, si ritiene che simili modellizzazioni siano comunque utili, se non addirittura necessarie, per affrontare proficuamente il tema di queste pagine.

La seconda precisazione è volta sottolineare come la preferenza, che emergerà più chiaramente in seguito, per una comparazione in chiave differenziale tra stato di diritto ottocentesco e stato costituzionale di diritto non celi dietro di sé l'intenzione di considerare astoricamente i principi propri del costituzionalismo contemporaneo, intendendoli come frutto esclusivo dell'età contemporanea e non riconoscendo, invece, la cospicua eredità settecentesca in materia di diritti individuali e con riferimento alla centralità della costituzione. Non è possibile, tuttavia, negare che questa stessa eredità sia stata accettata in modo profondamente diverso e, conseguentemente, abbia avuto risvolti parecchio differenti nel corso dell'Ottocento. Ai nostri fini, sono proprio tali diversità a risultare rilevanti; da qui, la preferenza per una comparazione condotta più nel segno della discontinuità, nonostante l'innegabile esistenza anche di profili di continuità.

La terza precisazione attiene al modello di risposta al reato preso in considerazione in questa sede. Anche in questo caso, si tratta di esplicitare una consapevolezza e, segnatamente, quella relativa al carattere controverso di talune questioni connesse alla giustizia riparativa. Le questioni a cui si fa riferimento sono, tra le altre, quella relativa al rapporto tra pena e riparazione e quella relativa all'ambito di applicabilità del paradigma riparativo. Inevitabilmente, le controversie in ordine alle possibili modalità operative della giustizia riparativa si riflettono, generando una certa confusione, sul suo stesso concetto, sulla sua stessa

definizione. È indubbio, infatti, per fare un esempio, che considerare l'avvenuta riparazione quale elemento alternativo o meno all'esecuzione della pena influenza fortemente la nozione stessa di "giustizia riparativa", incidendo sulla sua qualificazione come sistema autonomo, sussidiario o complementare rispetto a quello punitivo tradizionale. In considerazione di ciò, in questa sede, si utilizzerà una definizione minimale di "giustizia riparativa", che valga a tenere conto di quei caratteri (grossomodo) pacifici.

2. Stato costituzionale di diritto, costituzionalismo contemporaneo e neocostituzionalismo: a che cosa ci stiamo riferendo?

In considerazione dell'obiettivo perseguito in questa sede, vale a dire stabilire se la cultura giuridica tipica dello stato costituzionale di diritto svolga un ruolo nel diffondersi di pratiche di giustizia riparativa, si ritiene opportuna una chiarificazione terminologica.

Le locuzioni "stato costituzionale di diritto" e "costituzionalismo contemporaneo", infatti, sono state dapprima utilizzate indistintamente. Tale uso dipende sia dal fatto che «tutti i termini in "-ismo" oscillano fra due significati: possono indicare fenomeni o processi sociali e/o le teorie conoscitive o le dottrine normative che ne parlano»

¹ sia, più specificamente, dal fatto che il termine "costituzionalismo", a cui certamente "neocostituzionalismo" rinvia, soffre di «polisemia endemica»². A complicare ulteriormente il quadro concorre l'ambiguità connessa al termine "neocostituzionalismo".

Alla luce di ciò, è opportuno procedere a una ricognizione dei diversi significati attribuiti alle locuzioni prese in considerazione e una precisazione rispetto a come verranno utilizzati in questa sede.

Con riferimento alla nozione generale di "costituzionalismo" viene ora riproposta la ridefinizione esplicativa di Mauro Barberis secondo cui con tale espressione si intende un «mix inestricabile di istituzioni e dottrine costituzionali, miranti in ultima istanza alla limitazione del potere»³.

¹ M. BARBERIS, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2012, p. 154.

² S. POZZOLO, *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*, in *Dir. quest. pubbl.*, 3/2003, p. 58.

³ M. BARBERIS, *Il neocostituzionalismo*, cit., p. 155.

Sono cinque, invece, i significati che, seguendo una classificazione di Giorgio Pino⁴, sono veicolati dal termine “neocostituzionalismo”.

Il primo è *stato costituzionale di diritto*, vale a dire quella forma di stato, quel modello di ordinamento giuridico, che si caratterizza per l’esistenza di una costituzione lunga, rigida e garantita.

Il termine *de quo* denota, poi, quella *cultura giuridica* che adotta il «modello *precettivo* della costituzione come *norma*»⁵ e nella quale esplica la sua efficacia il fenomeno della c.d. “costituzionalizzazione”, ossia quell’atteggiamento interpretativo contraddistinto dalla inclinazione alla sovra-interpretazione della costituzione, all’interpretazione adeguatrice della legge, all’applicazione diretta delle norme costituzionali⁶.

In una terza accezione “neocostituzionalismo” indica quella *teoria del diritto* che fornisce una descrizione e una spiegazione della forma di stato e della cultura giuridica or ora menzionate. Nell’ambito di tale teoria del diritto ad assumere rilevanza sono, tra le altre cose, la distinzione tra regole e principi e tra validità formale e materiale delle norme giuridiche, la specificità dell’interpretazione e dell’applicazione delle norme costituzionali rispetto alle altre norme. Il riferimento è a quello che Paolo Comanducci⁷, sulla scia della nota tripartizione bobbiana del positivismo giuridico, denomina “neocostituzionalismo teorico”, che, evidentemente, si pone come alternativa e in contraddizione al giuspositivismo teorico. «In particolare, la teoria del diritto neocostituzionalista rifiuta i dogmi dello statalismo, del legicentrismo e del formalismo interpretativo»⁸.

Il quarto significato veicolato dal termine “neocostituzionalismo” fa riferimento a una «*terza filosofia del diritto*»⁹ (cors. agg.). Più precisamente, con “neocostituzionalismo”, in questo senso, si intende quella concezione del diritto che aspira a porsi quale alternativa a giusnaturalismo e giuspositivismo. A prescindere dalla questione relativa alla sussistenza o meno di una possibilità di tal tipo, quello che, in questa sede, conta mettere

⁴ G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 56/2011, pp. 2 ss.

⁵ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 2 ss.

⁶ Seguo qui Riccardo Guastini in *La costituzionalizzazione dell’ordinamento italiano*, in *Rag. prat.*, 1998, pp. 185 ss.

⁷ P.COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricostruzione metateorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 78 ss.

⁸ A. SCHIAVELLO, *Il c.d neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto*, in *Dir. quest. pubbl.*, 16/2016, p. 84.

⁹ M. BARBERIS, *Il neocostituzionalismo*, cit., pp. 153 ss.

in rilievo sono i tratti salienti di tale concezione filosofico-giuridica. Questi sarebbero: «a) la riproposizione della tesi (giusnaturalista) della connessione necessaria tra diritto e morale; b) l'accoglimento della tesi (giuspositivista) secondo cui il termine "diritto" e l'espressione "diritto positivo" sono sinonimi; c) l'idea che il diritto è una pratica sociale argomentativa; d) la critica al giuspositivismo metodologico»¹⁰. Si può parlare in questo caso, riprendendo ancora una volta Comanducci, di "neocostituzionalismo metodologico".

Infine, con "neocostituzionalismo" ci si riferisce a quell'*atteggiamento ideologico e assiologico* di approvazione e adesione allo stato costituzionale di diritto e al processo di costituzionalizzazione. A tal proposito, Comanducci parla di "neocostituzionalismo ideologico".

Ai nostri fini, sarà soprattutto al neocostituzionalismo come cultura giuridica e al neocostituzionalismo teorico che si farà riferimento.

Il primo, infatti, esprime eloquentemente quel passaggio che, riprendendo una modellizzazione bobbiana¹¹, si sintetizza nella sostituzione dell'archetipo del "giurista custode" con l'archetipo del "giurista creatore"; passaggio che, rispetto alle modalità di funzionamento della giustizia riparativa, assume, come si vedrà, una significativa rilevanza.

Il secondo, vale a dire il neocostituzionalismo teorico, in quanto tale, presenta una pregnante valenza esplicativa, che torna certamente utile per l'attività ricognitiva delle caratteristiche salienti dello stato costituzionale di diritto che ci si appresta a fare.

Infine, l'espressione "costituzionalismo contemporaneo" è, in questo contesto, intesa come «*milieu* culturale dell'età dei diritti. Quest'ultima è l'esito di quella che Norberto Bobbio, seguendo la lezione di Immanuel Kant, definisce una rivoluzione copernicana che consiste nel considerare il rapporto tra governanti e governati non più dalla prospettiva dei primi ma da quella dei secondi, a partire dalla consapevolezza della priorità dell'individuo rispetto al potere»¹².

¹⁰ A. SCHIAVELLO, *Il c.d. neocostituzionalismo*, cit., p. 84.

¹¹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 34 ss.

¹² A. SCHIAVELLO, *Il costituzionalismo contemporaneo ai tempi del Covid-19*, in *P. A. Pers. amm.*, 2/2020, p. 20.

3. Giustizia Riparativa

Fornire una definizione di “giustizia riparativa” non è semplice. La difficoltà deriva da ragioni diverse. Tra queste, indubbiamente, la pluralità dei modelli di intervento della giustizia riparativa (mediazione autore-vittima, mediazione allargata ai gruppi parentali, i resoconti di vittimizzazione, i gruppi di ascolto che promuovono empatia), la non unanimità di vedute in relazione al suo ambito di applicazione, la discordanza circa la sua qualificazione quale modello complementare o alternativo rispetto a quello punitivo tradizionale, il ricorso (improprio) a tale locuzione per indicare qualsiasi misura sanzionatoria imposta dal giudice che preveda la prestazione di attività di pubblica.

Tuttavia, un *actio finium regundorum* appare indispensabile. È significativo, a tal proposito, come da più parti tra i fattori condizionanti l’atteggiamento ostile tenuto da alcuni studiosi, operatori giuridici e cittadini nei confronti della giustizia riparativa sia stata annoverata proprio la poca conoscenza di tale modello di gestione delle controversie.

Al fine di affrontare la “questione definitoria”, pare utile richiamare la nozione offerta dalla direttiva del Parlamento europeo e Consiglio n. 2012/29/UE. Più precisamente, l’art. 2, lett. *d*, definisce la giustizia riparativa come «qualsiasi procedimento 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».

Tale definizione ricalca quella contenuta nei *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, adottati con la risoluzione del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite n. 2002/2012.

Rimanendo nell’ambito delle fonti sovranazionali, è anche la Raccomandazione R (2010)¹ del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle regole del Consiglio d’Europa in materia di *probation* a individuare i postulati propri della giustizia riparativa: *a*) la risposta al reato deve permettere di riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima; *b*) gli autori di reato devono essere portati a comprendere che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per le vittime e per la società, gli autori di reato possono e devono assumersi la responsabilità delle loro azioni; *c*) le vittime devono avere la possibilità di esprimere i loro bisogni e di essere associate alle riflessioni che mirano a determinare come l’autore di reato deve riparare, al meglio, il danno che ha causato; *d*) la comunità è tenuta a contribuire a tale processo.

Howard Zehr, considerato uno dei fondatori della giustizia riparativa, la definisce come quel modello che «coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo»¹³.

La scelta per le definizioni finora proposte è dettata dalla convinzione che esse siano in grado di render conto di quei tratti *pacificamente* identificativi il concetto di giustizia riparativa. In altri termini, le nozioni citate riescono a inquadrare “grosso modo” quel nucleo fondamentale del concetto di giustizia riparativa rispetto al quale vi è una tendenziale concordanza di vedute, senza addentrarsi in quelle questioni di merito all’inizio citate.

Dunque, nel lessico giuridico quando si parla di “giustizia riparativa” si fa riferimento a un modello di risposta al reato che, prevedendo l’incontro tra reo e vittima dinnanzi a un terzo imparziale, li immetta in un rapporto dialogico, volto alla *riparazione* delle conseguenze generate dal fatto penalmente illecito, attraverso l’assunzione delle proprie responsabilità da parte dell’autore del reato e avuto particolare riguardo ai bisogni della vittima, alla ineliminabile condizione che tale cammino si realizzi con il coinvolgimento volontario e libero dei suoi partecipanti e che la loro sia una partecipazione attiva.

Rispetto a tale ultimo aspetto, pare utile rimarcare come la libertà, la spontaneità, la volontarietà della partecipazione a un simile programma siano elementi irrinunciabili perché ci si possa riferire alla giustizia riparativa: coinvolgere coattivamente i protagonisti di una fattispecie che abbia rilevanza penale in un progetto riparativo equivarrebbe a snaturarlo e minarlo nella sua essenza. In altri termini, nell’ambito della giustizia riparativa il punto cardine è il consenso e non vi è nessuno spazio, nemmeno marginale, per la coercizione.

È evidente che un approccio di tal tipo presupponga una configurazione del reato parecchio diversa rispetto a quella penalistica tradizionale. Il reato non è la violazione di una norma generale e astratta, ma è la violazione delle persone, dei loro diritti e delle relazioni tra queste. Il reato, nell’ambito della giustizia riparativa, non è una trasgressione rivolta allo stato e alle sue leggi, ma causa di lesione dei rapporti interpersonali.

¹³ H. ZEHR, *Changing Lenses. A new focus on Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, 1990, p. 181. La mia attenzione su questo passaggio è stata richiamata da G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir. estratti*, Annali X/2017, p. 475.

In altri termini, riprendendo Howard Zehr¹⁴, è possibile affermare che la giustizia riparativa non dà semplicemente risposte diverse rispetto alla giustizia punitiva tradizionale, ma pone altre domande. Mentre la giustizia punitiva esige che ci si chieda “Quale norma è stata violata?, Chi l’ha violata?, Qual è la punizione che merita il reo?”, la giustizia riparativa fa sì che ci si interroghi su cosa sia successo alle persone coinvolte dal reato, su quali siano le loro necessità, su cosa possa essere fatto per ricostruire il legame reciso dal crimine.

Data la centralità che nella *restorative justice* assume il concetto di riparazione pare necessaria una precisazione rispetto al suo significato. Sarebbe estremamente riduttivo, oltre che erroneo, intendere la riparazione in senso meramente materiale ed economico. La riparazione non si identifica con un risarcimento del danno, che, tra l’altro, “desingolarizzerebbe” l’esperienza, rendendola comune¹⁵. Il risarcimento del danno ben potrebbe esserci, ma, affinché si permanga nell’ambito della giustizia riparativa, è necessaria una riparazione simbolica, i cui contenuti non sono mai prevedibili, nel senso di preesistenti rispetto al percorso riparativo. Tale riparazione simbolica «spesso si sostanzia nel cosiddetto “*making amend*”: il porgere scuse formali, un modo per dimostrare che, a partire dall’offesa perpetrata, si è capaci di un gesto di rispetto, tale da conferire *empowerment* alla vittima. Essa può comprendere altresì la progettazione di momenti o tempi condivisi, la co-definizione di regole da rispettare per la successiva convivenza o, ancora, l’impegno a svolgere attività socialmente utili presso servizi sociali o culturali»¹⁶. Più sinteticamente, la riparazione materiale attribuisce valore all’offesa, quella simbolica alle persone¹⁷.

Muoversi lungo i binari della giustizia riparativa significa lavorare a un progetto comune, attraverso il dialogo e l’ascolto, per ricostruire il futuro dell’autore del reato e della vittima.

Una volta individuati, seppur più per sintesi che per analisi, gli elementi essenziali, identificativi, irrinunciabili della giustizia riparativa, pare necessario evidenziare come suo presupposto sia la pari dignità

¹⁴ H. ZEHR, *El pequeño libro de justicia restaurativa. Principios de una justicia transformadora presentados por uno de sus más renombrados exponentes*, Good Books, Estados Unidos de America, 2010, p. 11.

¹⁵ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir. estratti*, Annali X/2017, p. 475.

¹⁶ *Ivi*, pp. 475 ss.

¹⁷ A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, 3/2000, p. 723.

umana di ogni persona, tanto del reo che si sia macchiato del più crudele dei reati quanto della più vulnerabile e innocente delle vittime.

In conclusione, va precisato come la giustizia riparativa non possa intendersi «riduttivamente come un insieme di metodi alternativi di fare giustizia: essa è innanzitutto un paradigma concettuale, una visione che supera uno dei postulati classici della giustizia penale, quello secondo il quale la pena consiste nel “raddoppio del male”»¹⁸.

4. *Il concetto di sovranità*

L'essenza dello stato di diritto ottocentesco può essere compendiata nel concetto di sovranità. Rispetto a tale concetto, sono il principio di non ingerenza e il principio di incommensurabilità ad assumere una pregnante valenza esplicativa; il primo con riguardo al punto di vista esterno e il secondo con riguardo al punto di vista interno. Sul lato interno, che è quello che in questa sede più ci interessa, infatti, «la sovranità indicava l'incommensurabilità dello stato rispetto a ogni altro soggetto. Di fronte allo stato sovrano non potevano esserci che situazioni di soggezione»¹⁹.

Titolare del potere sovrano è lo stato concepito come “persona” e fondato al precipuo fine di rappresentare la nazione, assunta quale entità storica spontaneamente formatasi. Non a caso, Fioravanti, per indicare il XIX secolo, parla di “età degli stati nazionali sovrani”.

Lo statualismo liberale incarna una certa concezione del *rule of law*²⁰ e, segnatamente, quella concezione che individua nel rispetto delle procedure formali la chiave di volta per la limitazione dell'arbitrio dell'autorità: «sul piano costituzionale il carattere più evidente è quello della *forza di legge*, ovvero della presunzione che la legge valida, in quanto messa in vigore con le procedure corrette, sia per ciò stesso legittima, e dunque senz'altro rispettosa e garante dei diritti»²¹. Lo stato di diritto ottocentesco è, pertanto, uno “stato legislativo”. La legge (astratta, generale e promulgata), espressione dello stato sovrano, è la fonte suprema, irresistibile,

¹⁸ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, cit., p. 473.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1997, p. 4.

²⁰ A. SCHIAVELLO, *Il costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 25. Si segnala, inoltre, come, in questo contesto, l'espressione “*rule of law (and not of men)*” è utilizzata nel suo senso più generico, in chiave evocativa del *topos* aristotelico che contrappone il governo delle leggi al governo degli uomini. Il riferimento non è, dunque, allo storico contrasto tra assolutismo regio e parlamento inglese.

²¹ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Carocci, Roma, 2018, p. 64.

dell'ordinamento giuridico, capace di incidere legittimamente, per il fatto stesso di essere tale, sulle libertà e i diritti degli individui. Questi ultimi, in questo contesto, non preesistono alla legge, ma esistono se e in quanto vi è una legge che li prevede. «Il concetto giuridico dei diritti era residuale o “secondario” e ciò derivava da un'assunzione fondamentale: la priorità dello stato e delle sue esigenze unitarie, come espresse nella legge, rispetto alle posizioni soggettive dei singoli»²².

Sebbene sia indubbio che, rispettati certi presupposti²³, tale modello di *rule of law* permetta ai singoli individui di conoscere con certezza le modalità e le circostanze di esercizio del potere coercitivo da parte dei governanti, tutelandone la libertà, è altrettanto evidente che lo stesso è «purtroppo compatibile con una grande iniquità»²⁴. In altri termini, un governo *per leges* è condizione certamente necessaria, ma non anche sufficiente in vista della tutela dei diritti fondamentali dei governati.

Se quanto appena detto è certamente vero, e se, dunque, rispetto a un sistema politico siffatto, rimane sempre aperta la domanda «chi impedisce allo stato sovrano di ritirare oggi ciò che aveva concesso ieri, nel momento in cui aveva fondato con la sua norma i diritti degli individui?»²⁵, sarebbe un errore guardare al passato con le lenti del presente. Sarebbe un errore, cioè, non tener conto del bisogno di stabilità che, all'indomani della Rivoluzione francese, si avverte come preponderante e che sembra poter essere minacciato da parte «delle Costituzioni e delle Dichiarazioni dei diritti, troppo fluttuanti e quindi inaffidabili, troppo dipendenti dalle scelte politiche prevalenti nel corpo costituente»²⁶, soprattutto se quest'ultimo è inteso nella versione volontaristica giacobina.

In altri termini, nella costruzione dello stato liberale di diritto il nemico è rappresentato dall'instabilità politica; è chiaro, dunque, che le soluzioni fornite siano diverse da quelle che saranno, poi, fornite nella costruzione dello stato costituzionale di diritto, in cui il nemico è, invece, rappresentato dai regimi totalitari e dalle violazioni dei diritti umani ad essi connesse.

Aver chiarito dapprima il senso in cui la locuzione “costituzionalismo contemporaneo” viene utilizzata in queste pagine, rende più agevole

²² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 59.

²³ Cfr. L.L. FULLER, *La moralità del diritto* (1964; 1969), Giuffrè, Milano, 1986, cap. 2. Qui l'autore individua otto condizioni che le norme devono rispettare affinché il diritto possa assolvere alla funzione di guidare la condotta umana.

²⁴ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Einaudi, Torino, 2002, p. 241.

²⁵ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 128.

²⁶ *Ivi*, p. 115.

percepire il mutamento genetico che, nell'ambito dello stesso, si realizza rispetto al concetto di sovranità: all'idea dell'incommensurabilità dello stato sovrano, in forza della quale di fronte a esso potevano darsi solo situazioni di soggezione, si sostituisce l'idea, opposta, della prevalenza del singolo e dei suoi diritti sul potere statale. E ancora, ma nella stessa direzione, a una dimensione esclusivamente verticale del modo di concepire il diritto si sostituisce o, quantomeno, si accosta anche una dimensione orizzontale, che permette che, anche nei rapporti giuridici, si «consideri l'altro in quanto *persona*»²⁷.

Uno dei tratti caratterizzanti lo stato costituzionale di diritto è, dunque, proprio la *crisi* della sovranità statale; non a caso Fioravanti, con riferimento allo stesso, ha parlato di «ordinamento a sovranità indecisa»²⁸.

L'esistenza di una costituzione lunga, rigida, garantita, con valore precettivo, fa sì che, nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo, si assista a una rivincita dell'idea dei diritti fondamentali. Nei confronti del legislatore, in quanto espressione di una voluttuaria e contingente maggioranza parlamentare, viene tracciato un *ambito di indecidibilità*, rappresentato, appunto, dai diritti fondamentali ma anche dai principi e valori in essa incorporati.

Bobbio²⁹, pur esplicitando la problematicità della questione relativa all'effettività del progresso morale, ha individuato nell'età dei diritti un *signum prognosticum* del progresso morale dell'umanità. «Il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre più inclusive. La fiducia e la scommessa in un futuro migliore sono, senza dubbio, la cifra dell'età dei diritti»³⁰.

Al fine di rimarcare ulteriormente la centralità che concetti quali quello di inclusività, fiducia, futuro, assumono nella cultura giuridica propria dello stato costituzionale di diritto, le parole di Gustavo Zagrebelsky paiono particolarmente rilevanti: «Dalla revisione del concetto di sovranità [...] deriva anche l'esigenza di abbandonare quella che si potrebbe dire la sovranità di un principio politico unico dominante, dal quale si possa deduttivamente trarre tutte le articolazioni esecutive concrete alla stregua del principio di esclusione del diverso, secondo una logica dell'aut-aut, dell'«o dentro o fuori». La coerenza «semplice» che si otterrebbe in questo modo non potrebbe essere la legge fondamentale

²⁷ M. MARZANO, *Avere fiducia*, Mondadori, Milano, 2012, p. 93.

²⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit., pp. 78 ss.

²⁹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2014, pp. 50 ss.

³⁰ A. SCHIAVELLO, *Il costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 25.

intrinseca del diritto costituzionale dell'epoca presente che è piuttosto quella dell'et-et e che contiene perciò delle promesse multiple per il futuro»³¹.

L'aver delineato i differenti caratteri che il concetto di sovranità assume rispettivamente nello stato di diritto ottocentesco e nello stato costituzionale di diritto permette già di cogliere talune connessioni esistenti tra la giustizia riparativa e il costituzionalismo contemporaneo.

La centralità che l'individuo in quanto *persona* assume nel paradigma riparativo pare difficilmente conciliabile col modello statualistico dei diritti e delle libertà proprio dello stato di diritto ottocentesco e sembra, invece, adattarsi notevolmente meglio a quella prospettiva, propria del costituzionalismo contemporaneo, secondo cui la posizione dell'individuo è prioritaria rispetto al potere.

Il principio di esclusione, insito *in nuce* nell'idea di sovranità dello stato moderno dell'Europa continentale³², si adatta particolarmente bene a quel «fenomeno della squalificazione sociale indotto dalla pena»³³ che la *restorative justice* mira proprio a contrastare. Il paradigma della giustizia riparativa, infatti, «è chiamato a iscriversi in un modello statuale che recupera a se stesso ogni singolo individuo per renderlo nuovamente capace di relazione di prossimità con gli altri: la vittima e il reo non possono pensarsi come “fuori” dalla medesima comunità umana»³⁴. Tale modello statuale sembra essere proprio quello dello stato costituzionale di diritto nella misura in cui presenta quali termini essenziali quelli dell'inclusività e della coesistenza, attraverso il riconoscimento della pari dignità umana e dei diritti individuali. Si è già detto, infatti, come «il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre più inclusive»³⁵.

Operare secondo giustizia riparativa significa lavorare per ricostruire il futuro dell'autore del reato e della vittima³⁶. Per il primo, la direzione è quella di un agire futuro rispettoso del precetto penale; per la vittima, invece, è quella della promozione dell'*empowerment*, da intendersi quale rinnovata capacità di autodeterminazione dopo essere stata offesa dal reato.

³¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 14 ss.

³² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 4.

³³ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, cit., p. 478.

³⁴ G.A. LODIGIANI, *Alla scoperta della giustizia riparativa*. Un'indagine, multidisciplinare, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 24.

³⁵ A. SCHIAVELLO, *Il costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 25.

³⁶ G. A. LODIGIANI, *Alla scoperta della giustizia riparativa*, cit., p. 22.

In questo contesto, il concetto di fiducia assume un ruolo fondamentale: «la giustizia riparativa si fa carico di un lavoro di tessitura paziente per rinnovare il patto di fiducia tra le persone»³⁷.

Si è già detto come la «fiducia e la scommessa in un futuro migliore» siano «senza dubbio, la cifra dell'età dei diritti»³⁸ è possibile, a questo punto, affermare come lo siano, altrettanto indubbiamente, della giustizia riparativa.

5. *Il rapporto tra diritto e forza*

In merito alla connessione tra diritto e forza, il rischio di cadere in eccessive semplificazioni e anche banalizzazioni è elevatissimo. Tuttavia, appare innegabile la rilevanza assunta e l'influenza esercitata, nel corso del XIX secolo, dall'imperativismo. In Jeremy Bentham e in Austin, «la coercizione è così essenziale per il diritto da coprire tutto il suo concetto»³⁹. La teoria benthamiana definisce il diritto nei termini del comando o del quasi-comando, quali espressioni della volontà, rispettivamente esplicita o tacita, di un superiore e l'obbligo nei termini della punizione; la teoria austriana vede il diritto come un insieme di ordini, del sovrano, sostenuti da minacce. Anche la normatività del diritto viene, in questi casi, fatta discendere dalla coercizione: «sussiste un obbligo giuridico, quando un soggetto (che soddisfa certe condizioni, empiricamente verificabili), ha l'intenzione, e la capacità, di infliggere una punizione nel caso in cui l'individuo o gli individui in questione si comportino diversamente, ed esprime questa sua volontà e questa sua intenzione mediante l'emissione di un comando sostenuto dalla minaccia di una sanzione punitiva in caso di inadempimento»⁴⁰.

Al netto da un eccesso di semplificazione, ciò che vuole mettersi in luce è il legame concettuale esistente tra diritto e coazione in questa concezione del diritto, tipicamente ascrivibile allo stato di diritto ottocentesco. Concezione che, a sua volta, influenza ed è influenzata dalla visione della sovranità statale che caratterizza lo stato ottocentesco.

³⁷ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, cit., p. 479.

³⁸ A. SCHIAVELLO, *Il costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 25.

³⁹ F. VIOLA, *La teoria del diritto come pratica sociale e la coercizione*, in *Persona y Derecho*, 81/2019, p. 32.

⁴⁰ B. CELANO, *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, Stato di diritto, codificazione, positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 200.

Rispetto al rapporto che tra diritto e forza si instaura nella teoria del diritto dello stato costituzionale, si prospetta, anche qui, il rischio di una eccessiva banalizzazione del tema; d'altronde, «la questione del posto che la coercizione ha nel concetto di diritto è una spina nel fianco di ogni teoria e filosofia giuridica»⁴¹. È innegabile, tuttavia, la tendenza della teoria del diritto del nostro tempo a ridurre lo spazio e a sottodeterminare la funzione della mera coazione; ed è proprio tale tendenza che, in questa sede, vuole mettersi in luce.

Non è un caso, dunque, che l'immagine proposta per descrivere l'essenza del diritto degli stati costituzionali contemporanei sia quella della mitezza⁴², i cui termini rappresentativi sono la coesistenza e il compromesso, nonché il rifiuto della sopraffazione. «Qui l'esperienza giuridica perde i tratti truci del passato. Non è il comando o la sanzione (la pena) o il potere onnisciente del superiore politico a darne l'essenza; questi semmai saranno degli "accidenti" di una sostanza il cui nucleo centrale è ora la mitezza, la riduzione progressiva della violenza, la discorsività, la ragionevolezza»⁴³.

A tal proposito, si segnala come tra le tesi che Susanna Pozzolo, in *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, ascrive al neocostituzionalismo come filosofia del diritto vi è quella per cui la concezione del diritto come sistema coercitivo, tipicamente austiniana, non è altro che una «perversione della teoria»⁴⁴, da sola non in grado di spiegare le ragioni per cui si accetta il diritto.

Merita essere sottolineato come quanto appena detto con riferimento alla teoria del diritto non valga (almeno, non sempre) anche in relazione alla sensibilità collettiva. Diversamente, sembra ad oggi essere onnipresente e dilagante, forse ossessivo, un generale bisogno di punizione: si richiede che le pene siano più severe e che venga esteso l'ambito di applicazione del diritto penale; si addita al sistema giudiziario di trattare con eccessiva dolcezza i colpevoli; rappresenta una (vincente) strategia elettorale promettere punizioni draconiane per quei fatti di reato che destano lo scandalo dei più. Tale atteggiamento panpunitivistico si riflette, influenzandola pericolosamente, sulla legislazione. A tal proposito, il sociologo britannico David Garland ha individuato la forma che assume

⁴¹ F. VIOLA, *La teoria del diritto*, cit., p. 31.

⁴² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 11.

⁴³ M. LA TORRE, "Finché la società sarà questa". *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in *Il Mulino Rivisteweb*, 1/2010, p. 211.

⁴⁴ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo*, cit., p. 127.

oggi il processo di decisione avente a oggetto scelte relative alla criminalità in un “*acting out*”: «controllare la criminalità non significa più affrontare una questione complessa e a lungo termine, ma ottenere gratificazioni immediate applicando misure populiste, dirette a rassicurare, almeno nell’immediato, un pubblico che teme che lo stato non sia più in grado di contenere la violenza. Sostituire l’azione al pensiero (*acting out*, appunto) significa, dunque, ricorrere a provvedimenti legislativi che diano alla gente l’illusione che si sta facendo qualcosa contro il dilagare del crimine»⁴⁵.

La giustizia riparativa problematizza il legame atavico tra diritto e violenza⁴⁶; il suo *proprium* è la rinuncia all’esercizio di qualsiasi forma di coercizione. È evidente come un paradigma concettuale che fa del superamento del postulato “*malum passionis propter malum actionis*” il suo perno mal si concilia o, forse, in questo caso, è impossibile che si concili con una concezione del diritto che afferma il legame necessario tra diritto e forza, quale è l’imperativismo. In altri termini, «la *vision* riparativa presuppone che le norme non abbiano più una funzione prevalentemente coattiva»⁴⁷. A tal proposito, si ricorda la già menzionata tendenza della teoria del diritto del nostro tempo a ridurre lo spazio e a sottodeterminare la funzione della mera coazione. In questo contesto, la dimensione punitiva, sanzionatoria dell’esperienza giuridica non ne costituisce il nucleo essenziale, ma un elemento secondario.

La giustizia riparativa accoglie la persuasione secondo cui il realizzarsi delle finalità preventive non si fonda, essenzialmente, sulla supposta attitudine della pena ad essere *temuta*, ma su dinamiche più fluide, tendenti a realizzare i presupposti affinché il livello di adesione *per scelta* alle norme possa mantenersi nel tempo. Si ricorda, in merito a ciò, come tra le tesi che Pozzolo⁴⁸ ascrive al neocostituzionalismo come filosofia del diritto vi sia quella secondo cui il diritto offre ragioni per agire e perciò si distingue dal mero comando.

⁴⁵ D. GARLAND, *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford – New York, trad. it. A. CERETTI, F. GIBELLINI (a cura di), *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nella società contemporanea*, Il Saggiatore, Milano, pp. 196 ss.

⁴⁶ A. BALESTRIERI, R. BRACALENTI, *La sapienza di Eros. Un contributo psicoanalitico alla scoperta della giustizia riparativa*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., p. 163.

⁴⁷ A. CERETTI, *La giustizia riparativa di fronte al problema del male*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., p. 161.

⁴⁸ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo*, cit., pp. 126 ss.

Risulta chiaro come i “discorsi sul bisogno di punizione” a cui prima si accennava, fondati su logiche strettamente retributive, remino contro il diffondersi di un modello ontologicamente non punitivo, mettendone in rilievo soltanto i pericoli e i deficit.

6. *La concezione dell'interpretazione del diritto e i valori della certezza e flessibilità del diritto*

In merito alla concezione dell'interpretazione del diritto nello stato ottocentesco, va da sé che in un modello in cui la potestà legislativa assurge a «potestà originaria»⁴⁹ quella giurisdizionale è relegata a *funzione* meramente dichiarativa del diritto vigente. Più precisamente, in nome del supremo e-irrinunciabile valore della certezza del diritto, da intendersi quale pronosticabilità delle conseguenze giuridiche delle azioni poste in essere dai singoli individui, i giudici devono preoccuparsi esclusivamente di applicare meccanicamente quel diritto che si assume chiaro, coerente, completo. In altri termini, è il modello del sillogismo giudiziale, che consiste nel dedurre logicamente la soluzione del caso partendo da una premessa maggiore (la disposizione legislativa) e da una premessa minore (la fattispecie concreta), che deve guidare il giudice nell'esercizio della sua attività. Il riferimento è evidentemente alla filosofia illuministica beccariana, che individua nella consultazione dello spirito della legge «un argine rotto al torrente delle opinioni»⁵⁰.

Tale teoria dell'interpretazione o, meglio, dell'applicazione del diritto è indubbio sia ormai vetusta e insostenibile, nonché non sostenuta da alcuno: «che l'attività del giudice sia meramente meccanica o automatica, non lo crede davvero più nessuno»⁵¹. Il richiamo a essa, dunque, lungi da un utilizzo polemico, è volto meramente alla ricostruzione della cultura giuridica propria dello stato di diritto ottocentesco. Ai nostri fini, infatti, pare utile non sottacere come la dottrina del sillogismo perfetto abbia esplicitato la sua efficacia, in particolar modo, nel diritto penale e, dunque, nella concezione della pena dello stato legislativo. Non a caso Beccaria, nella sua opera più celebre, si esprime nel senso della irrinunciabilità della metodologia sillogistica con riferimento ai delitti.

⁴⁹ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit., p. 70.

⁵⁰ C. BECCARIA (1764), *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 2020, p. 41.

⁵¹ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 97.

Rispetto alla concezione dell'interpretazione del diritto degli stati costituzionali contemporanei, sono la ponderazione e il bilanciamento il *proprium* dell'interpretazione costituzionale. Criteri interpretativi ben lontani dalla meccanicistica sussunzione di matrice illuminista. Quanto appena detto è certamente conseguenza della pluralità di diritti, principi e valori fondamentali contenuti nelle Costituzioni degli stati costituzionali di diritto. Pur non volendo operare indebite sovrapposizioni tra la quantità dei diritti riconosciuti, dei principi proclamati, dei valori propugnati, e l'effettiva tutela e concretizzazione degli stessi, ciò che, in questa sede, vuole mettersi in luce è come la loro necessaria coesistenza comporti che nessuno di questi, fatta eccezione, probabilmente, per la dignità della persona umana, possa assumere carattere assoluto. È il compromesso lo strumento per garantire la suddetta coesistenza. Da qui sembra si possa affermare, ancora una volta, come sia l'inclusività, che si realizza per mezzo dell'integrazione di valori e principi diversi attraverso operazioni comunicative, la visione politica sottintesa a tal tipo di diritto e non certo quella basata sul rapporto di esclusione.

Più in generale, seguendo la modellizzazione bobbiana che distingue tra "giurista custode" e "giurista creatore", è possibile affermare che nel passaggio da stato di diritto a stato costituzionale di diritto si realizza, con riferimento alla cultura giuridica, la sostituzione del primo archetipo con il secondo. All'immagine del giurista custode si associa quella concezione meccanica dell'applicazione del diritto di cui si è già riferito con riguardo allo stato di diritto ottocentesco. L'attività del giurista creatore è, invece, anche integrativa, correttiva e modificativa. La distinzione da ultimo operata, lontana dal voler rappresentare interpretazione e creazione del diritto come due opzioni caratterizzate da una inflessibile alternatività, è funzionale a evidenziare il mutamento che, nella cultura giuridica propria del costituzionalismo contemporaneo, si realizza nell'«atteggiamento del giurista rispetto all'interpretazione. Il giurista custode adotta un atteggiamento di *self-restraint*, mentre il giurista creatore espande al massimo la propria discrezionalità attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche e all'interpretazione costituzionalmente orientata»⁵².

I rischi connaturati al secondo approccio interpretativo sono evidenti. Tra gli altri, certamente, la dislocazione di decisioni che dovrebbero essere politiche in favore di autorità tecniche, sprovviste di legittimazione democratica e politicamente irresponsabili. Non a caso, si è parlato di

⁵² A. SCHIAVELLO, *Il c.d. neocostituzionalismo*, cit., p. 84.

“costituzionalismo giudiziario”; facendo riferimento, con tale espressione, all’idea che «fa del giudice il protagonista di *policies* sempre più estese ed incisive, fuori dalla logica della partecipazione e del consenso»⁵³. Tuttavia, quanto precisato in merito alla concezione meccanicistica dell’applicazione del diritto, vale, seppur per ragioni diverse, anche in questa sede: ai nostri fini, ad assumere rilevanza è la ricostruzione del modello interpretativo proprio della cultura giuridica contemporanea, pur nella consapevolezza che lo stesso presenti imperfezioni e sia, perciò, criticabile e, di fatto, criticato.

Più precisamente, ciò che con tale ricostruzione vuole mettersi in luce è come sia la flessibilità e non la certezza del diritto il valore di riferimento nell’ambito del costituzionalismo contemporaneo.

Umberto Curi individua il presupposto teorico della giustizia riparativa nella «convincione che la giustizia non si realizza per il tramite di una norma, ma piuttosto si realizzi nel gesto individuale di chi sa cogliere le necessità altrui»⁵⁴. È evidente la distanza rispetto a quella concezione, propria della cultura giuridica ottocentesca, che opera una riduzione della giustizia al diritto e del diritto alla legge, quale espressione dello stato sovrano, in onore del valore della certezza del diritto.

Seppur il precetto penale costituisca il *leitmotiv* che attraversa l’intero programma riparativo, e che vale a escludere che la giustizia riparativa possa considerarsi quale causa di un ritorno a una “privatizzazione” della giustizia, la *restorative justice* sostituisce alla generalità e all’astrattezza del modello punitivo-retributivo, la specificità dei casi particolari (ed è questa una delle ragioni per cui l’esito riparativo non è prevedibile). Pare che un presupposto teorico di tal tipo possa trovare spazio a condizione che non sia quello della certezza, ma quello della flessibilità del diritto il valore dominante nella cultura giuridica.

È indubbio, poi, che qualificare la giustizia riparativa come paradigma complementare rispetto a quello punitivo, come, d’altronde, la maggior parte della dottrina fa e le fonti sovranazionali prescrivono, solleva la questione della *discrezionalità* giudiziaria, soprattutto in ordine alle modalità di valutazione dell’avvenuta riparazione. La (asserita) dosimetria aritmetica tra gravità del danno e durata della detenzione, già di per sé ampiamente criticata e criticabile, entrerebbe definitivamente in crisi di

⁵³ A. LO GIUDICE, T. CASADEI (a cura di), in *Ordines*, 2/2020, p. 351.

⁵⁴ U. CURI, *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., p. 41.

fronte alla necessità di considerare, in sede di determinazione della pena, l'incidenza di una riparazione *simbolica*. Anche in questo caso, dunque, emerge come solo avuto riguardo più alla flessibilità che alla certezza del diritto un modello di tal tipo possa trovare espressione.

7. *Il ruolo della morale*

Rispetto al ruolo occupato dalla morale nelle concezioni del diritto riconducibili alle esperienze giuridiche storicamente determinatesi prese in considerazione in queste pagine, può, innanzitutto, affermarsi come sia il positivismo giuridico la filosofia del diritto tipica dello stato di diritto europeo-continentale ottocentesco⁵⁵. Nella piena consapevolezza che sia gli autori che sostengono la tesi della separazione sia gli autori che sostengono la tesi della separabilità (Hart, ne è un esempio emblematico) tra diritto e morale sono da ascrivere alla filosofia giuspositivista, quello che, in questa sede, vuole mettersi in luce è il ruolo assolutamente marginale occupato dalla morale ai fini dell'identificazione del diritto nelle teorie del diritto proprie dello stato liberale. Quanto appena detto si colloca perfettamente in linea con quella concezione che individua un legame necessario tra il diritto e la forza di cui si è già riferito.

Non è un caso, dunque, che per riferirsi al modello statualistico del diritto appena descritto vengano evocate alcune caratteristiche del giuspositivismo. Il riferimento è chiaramente al positivismo giuridico come teoria individuato dalla celebre tripartizione bobbiana: «per positivismo giuridico come teoria intendo quella particolare concezione del diritto che collega il fenomeno giuridico alla formazione di un potere sovrano capace di esercitare la coazione: lo stato. Si tratta qui della comune identificazione del positivismo giuridico con la teoria statalistica del diritto»⁵⁶.

Le tesi salienti del giuspositivismo come teoria sono le seguenti: 1) il collegamento sussistente tra concezione del diritto e teoria della coattività; 2) l'identificazione delle norme coi comandi del sovrano; 3) la supremazia assoluta della legge su tutte le altre fonti del diritto; 4) la considerazione del

⁵⁵ Nella stessa direzione, Zagrebelsky: «La concezione del diritto adeguata allo stato di diritto, al principio di legalità e alla nozione di legge di cui abbiamo parlato era il positivismo giuridico» [G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 38]; e ancora, Barberis: «il giuspositivismo ... è la teoria del diritto dello stato legislativo, nato con la codificazione e l'imposizione ai giudici di una dottrina delle fonti che le riduce alla legge» [M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, p. 61].

⁵⁶ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo*, cit., p. 107.

diritto quale sistema completo e coerente; 5) la concezione della scienza del diritto come scienza formale e dell'interpretazione come attività meramente meccanica.

È evidente come tali tesi riflettano quanto detto finora con riferimento alle caratteristiche proprie dello stato di diritto ottocentesco.

Come anticipato, le costituzioni degli ordinamenti giuridici degli stati costituzionali di diritto sono costituzioni 'lunghe', nel senso che, oltre a disciplinare l'organizzazione dei poteri statali, contengono un ampio catalogo di diritti, principi e valori fondamentali (eguaglianza, dignità della persona in quanto tale...). Da qui la convinzione secondo cui la costituzione esigerebbe una "*moral reading*"⁵⁷. A prescindere dalla correttezza o meno di una convinzione di tal tipo e dalla sua capacità o meno di rendere il giuspositivismo metodologico un approccio inadeguato allo studio di un diritto siffatto⁵⁸, ciò che si vuole, in questa sede, mettere in luce è l'ingresso che, tramite i principi costituzionali, negli ordinamenti giuridici degli stati costituzionali di diritto, si realizza rispetto a valori tradizionalmente considerati appannaggio della morale.

Non è un caso che tra le tesi ascrivibili al neocostituzionalismo come filosofia del diritto figurino quella secondo cui vi sarebbe una connessione necessaria tra diritto e morale.

Quello della pari dignità umana, posto a fondamento della *restorative justice*, è un principio che permea interamente di sé l'"età dei diritti" e il cui contenuto potrebbe essere fortemente affievolito, a seconda del diverso modo in cui viene disciplinato, nell'ambito di uno stato legalistico quale quello ottocentesco⁵⁹.

Sembra si allontani molto, inoltre, dalla cultura giuridica formalistica propria dello stato di diritto ottocentesco la considerazione del reato, propria della giustizia riparativa, secondo cui lo stesso si configurerebbe

⁵⁷ R. DWORKIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

⁵⁸ Si ricorda, a tal proposito, come Pozzolo, in *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, sostenga che il neocostituzionalismo, affinché possa rimanere coerente con l'ideologia garantista propria del costituzionalismo, necessiti il giuspositivismo metodologico.

⁵⁹ Con tale affermazione non si vuole certamente sostenere che il principio della pari dignità umana sia un prodotto esclusivo del costituzionalismo contemporaneo, negandone la sua derivazione, almeno con riferimento all'Europa continentale, rivoluzionaria-settecentesca. Quello che vuole mettersi in luce è l'innegabile priorità accordata allo stato e alle sue leggi, rispetto alle libertà e ai diritti individuali, nel corso dell'Ottocento. Sostenere ciò, tuttavia, non equivale ad affermare che lo stato di diritto ottocentesco si caratterizza per ripetute violazioni della dignità umana.

come una violazione delle *persone* e delle *relazioni interpersonali*, piuttosto che come la violazione di una norma generale e astratta. Un tal tipo di configurazione del fatto penalmente illecito presuppone che venga accordata centralità alla persona in quanto tale, il recupero di una dimensione relazionale (e non esclusivamente coattiva) all'interno dell'esperienza giuridica, il rifiuto del dogma del legicentrismo. Pare si possa affermare che tutte queste ultime caratteristiche appartengano all'atmosfera giuridico-culturale dello stato costituzionale di diritto.

8. Considerazioni finali

Considerare il costituzionalismo contemporaneo quale terreno elettivo per il proliferare della giustizia riparativa non implica, di per sé, che tale modello di reazione al reato sia un esito necessario. Parrebbe, però, interessante interrogarsi su questo. In altri termini, l'inclinazione inclusiva e includente, fiduciaria, relazionale, non meramente coercitiva, dell'esperienza giuridica contemporanea rende imprescindibile il superamento del paradigma punitivo tradizionale basato su «logiche di segregazione e esclusione»⁶⁰ a favore di un modello, quale è quello riparativo, che favorisce la ricomposizione del legame tra reo e vittima in vista di una pacifica coesistenza futura nel rispetto della dignità di ciascuno?

Sebbene sia particolarmente complesso esprimersi nei termini della necessità, si ritiene che una risposta affermativa a un quesito di tal tipo, forse, venga fornita ogniqualvolta si individui nella proposta di incontro tra autore dell'illecito e vittima «qualcosa di decisivo per il sistema penale di una democrazia»⁶¹.

⁶⁰ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, cit., p. 483.

⁶¹ C. MAZZUCATO, *Ostacoli e «pietre di inciampo» nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, cit., p. 119.