

Francesco Palazzo

La funzione costituente del penale nell'era repubblicana

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Costituzione e funzione costituente, nel penale – 3. Brevissima digressione sulla concezione del diritto – 4. La funzione costituente del penale sul piano giuridico – 5. La funzione costituente del penale sul piano sociale – 6. Esempificazione della funzione costituente: l'ordine pubblico; la disciplina delle attività rischiose – 7. Segue. Le grandi svolte della tutela dell'ambiente e della giustizia riparativa – 8. Conclusioni

1. *Premessa*

Oltre ai ringraziamenti preliminari di rito, ma non per questo meno sentiti, l'esordio di questa relazione non può sottrarsi ad una duplice manifestazione di soddisfazione per il fatto di essere stato coinvolto in questo Convegno. La prima riguarda il tema scelto quale oggetto della sessione d'apertura, dedicata alla 'funzione costituente del diritto penale': si tratta di un'angolazione prospettica non molto, anzi diremmo assai poco, diffusa nella riflessione penalistica, tradizionalmente propensa a considerare il diritto penale in posizione e funzione per così dire *dipendente* dalla Costituzione, piuttosto che nel suo ruolo *fondante* l'assetto costituzionale. Il secondo motivo di soddisfazione deriva dal trovarmi qui 'in coppia' con Luigi Lacchè, storico valorosissimo e a me molto caro, dèdito a coltivare da par suo gli studi penalistici e rappresentante di quella scuola storica del diritto che ha saputo rendere fecondi, e ancor prima rinsaldare, i rapporti tra giuristi storici e giuristi vigentisti alimentando un dialogo per noi molto arricchente.

Con Luigi Lacchè ci siamo chiesti come dividerci il tema assegnatoci e abbiamo prescelto il criterio forse più ovvio ma anche più naturale, quello cioè cronologico: a lui la 'funzione costituente' nel periodo pre-repubblicano e segnatamente nel periodo fascista, a me il periodo repubblicano fino naturalmente ai giorni nostri. Raccolgo, dunque, con grande piacere la staffetta dall'amico Luigi Lacchè, dovendo peraltro subito avvertire che la mia corsa sarà assai meno splendida di quella del mio predecessore, per almeno due ragioni. La prima, principale ed assorbente, è dovuta alle mie capacità (atletiche...) assai inferiori rispetto al fiato e al respiro di cui è dotato Luigi. La seconda ragione è oggettiva e sta nel fatto che vi è una differenza fonda-

mentale tra i due periodi storici di rispettiva spettanza, per la buona ed evidente ragione che in epoca repubblicana una Costituzione, in senso formale, c'è; e con essa deve fare i conti la funzione costituente del diritto penale.

2. *Costituzione e funzione costituente, nel penale*

Luigi Lacchè ci ha insegnato nei suoi scritti come nel periodo fascista una 'costituzione del regime' abbia stentato ad affermarsi. La costituzione del fascismo è piuttosto «un 'costume' che il regime si è cucito addosso fase dopo fase». Ancor più precisamente: «la 'costituzione' [e sottolineiamo l'uso delle virgolette] risulta dalla stratificazione e dalla giustapposizione di una serie di leggi, fatti ed atti politici» che determinano faticosamente un risultato costituzionale. Ed è del tutto naturale che, in questo aggrovigliato e confuso processo costituzionale, che viene disordinatamente dal basso, il 'penale' possa giocare una *funzione costituente* assolutamente rilevante. Il penale ben può essere un ingrediente costitutivo, essenziale di quel regime; un ingrediente tanto più rilevante in quanto quasi connaturale alle sue premesse fondative culturali in ragione della sostanziale consonanza – per dir così – tra la violenza propria del penale e l'autoritarismo del regime.

Nel periodo repubblicano, invece, la situazione è radicalmente diversa. Fin dall'inizio c'è una carta costituzionale con caratteristiche che paiono tali da tagliare radicalmente le gambe ad una possibile funzione costituente del penale. Da un punto di vista politico-culturale, la Costituzione del 1948 affonda le sue radici nel nuovo patto sociale che, nella sua netta opposizione al passato, riassume in sé – almeno teoricamente – tutta la spinta per il rinnovamento dell'ordinamento giuridico. Da un punto di vista più estrinseco, i caratteri della tendenziale completezza e della rigidità del testo costituzionale sembrerebbero – almeno potenzialmente e al netto delle resistenze politiche poi verificatesi – fornire linee direttive totalizzanti e cogenti all'indirizzo politico delle forze di governo. E anche per quanto riguarda specificamente il campo penale, non c'è dubbio che la trama normativa costituzionale ha maglie sufficientemente strette e fortemente impattanti sull'evoluzione futura della legislazione penale, almeno per quanto riguarda l'art. 27 Cost. e in particolare il suo terzo comma.

Dunque, il quadro che parrebbe profilarsi nel periodo repubblicano è quello non tanto di una funzione costituente del penale, quanto piuttosto di una dipendenza del penale dalla Costituzione: una subordinazione rigorosa del penale entro le direttrici fissate dalla Carta. Inconcepibile parrebbe che il penale sia dotato di un proprio indirizzo politico o addirittura di un

proprio indirizzo costituzionale diverso da quello tracciato dalla Carta. Se proprio dovessimo parlare di una funzione costituente del diritto penale in epoca repubblicana, questa sarebbe da intendere nel limitato senso del suo contributo alla 'mera attuazione' dell'indirizzo costituzionale fissato dalla Carta: dunque, una funzione costituente *par ricochet* e in sostanza nulla proprio perché priva di capacità innovativa.

Ma è davvero così? Questa nostra sessione dei lavori congressuali, proponendoci di parlare di una funzione costituente del penale, ci pone l'interrogativo se sia davvero impossibile ravvisare una qualche funzione 'fondativa' del diritto penale nonostante la presenza di una Costituzione rigida: anzi, una funzione fondativa che in qualche modo vada *al di là* dello stesso orizzonte valoriale tracciato dalla Costituzione.

3. *Brevissima digressione sulla concezione del diritto*

Premessa per affrontare quell'interrogativo è un'implicita adesione ad una idea del diritto (in generale) quale dinamismo sociale, ben lontana da qualunque positivismo anche temperato. La Costituzione ha fissato – con la sua testualità – i cardini della modernità penale: certamente, l'evoluzione interpretativa del testo costituzionale in sé e anche alla luce delle norme sovranazionali ha garantito un dinamismo che pure nel penale ha modificato i cardini della modernità rendendoli permeabili alle trasformazioni della postmodernità. Non è questa la sede per descrivere neppure sommariamente questo processo evolutivo o involutivo che dir si voglia. Piuttosto, qui preme sottolineare che parlare di funzione costituente del diritto penale significa andare oltre questo fenomeno di dinamismo costituzionale, accettando l'ipotesi di un diritto penale capace di svolgere un ruolo 'parallelo' ed 'integrativo' rispetto alla Costituzione: un diritto penale inteso nella sua complessiva natura di prodotto legislativo e di prodotto di pratiche applicative esercitate da organi giudiziari nazionali e internazionali.

In sostanza, porci quell'interrogativo significa aderire ad un'idea del diritto partecipe del dinamismo sociale con un'intensità tale da potersi addirittura affiancare, se non finanche talvolta smentendolo in parte, al ruolo fondativo svolto dalla Costituzione, tanto nella sua consistenza testuale quanto nella sua evoluzione interpretativa. Inoltre, questo ruolo può essere riconosciuto al diritto in quanto evidentemente si presupponga che ciò che realmente decide del suo carattere costituente non è tanto, o non solo, il rango formale della fonte da cui scaturisce – la Costituzione, innanzitutto o esclusivamente – quanto piuttosto la effettività sostanziale con cui il pro-

dotto giuridico riesce ad erigere i pilastri della contemporaneità penale.

4. *La funzione costituente del penale sul piano giuridico*

Una volta entrati in questo ordine d'idee, è forse possibile distinguere due piani sui quali può svolgersi fondamentale la funzione costituente del diritto penale: il primo è più propriamente giuridico; il secondo ha carattere essenzialmente sociale, con uno sconfinamento che certamente può lasciare molto perplessi i puristi del diritto, ma che prende atto – come vedremo – di una reale e nient'affatto trascurabile capacità del diritto, che non è solo quella di 'riflettere' bisogni ed esigenze sociali a loro immagine e somiglianza, ma è anche quella – al contrario – di 'plasmare' quel substrato socio-culturale che di quelle esigenze è l'*humus* fecondo.

Sul piano giuridico, di funzione costituente del penale si può parlare quando la produzione giuridico-penale *in action* riesce effettivamente a incidere sui cardini del sistema costituzionale trasformandoli o creandone dei nuovi attraverso la forza della sua effettività, paragonabile a quella della Costituzione formale. Si può, allora, ipotizzare l'esistenza di un 'volto costituzionale' del penale che non è più solo quello delineato dalla Costituzione, ma che con quest'ultimo coesiste in rapporti che possono essere di sostanziale omogeneità o di eterogeneità o comunque molto mobili.

Cardini costituzionali come quello del principio di *ultima ratio* del diritto penale o come quello del principio di legalità sono stati se non sfigurati certamente rimodellati dalla *legislatio*: e non si tratta qui semplicemente di constatare la *violazione* dei principi costituzionali, che pure c'è stata rispetto alla loro formulazione statica (quasi *in vitro*, si direbbe); piuttosto si deve sottolineare che il legislatore non solo non ha consapevolezza di agire *contra Constitutionem*, ma tutto al contrario è convinto di muoversi nel legittimo esercizio della sua discrezionalità politica. Così che, in fondo, si potrebbe quasi dire che questa prima forma di funzione costituente del diritto penale segna una sorta di riuscita rivendicazione della politica sulla (giuridicità della) Costituzione; o, detto in altri termini, che anche la Costituzione non vive nella sclerotizzazione del suo testo normativo, ma è parte di quel magma costituzionale in cui anche il diritto penale legislativo e giurisprudenziale svolge la sua parte 'costituente'.

Per esempio, nessuno oggi dubiterebbe più della legittimità costituzionale della delegazione legislativa in materia penale. Eppure vi sono ottime ragioni per dedurre il contrario dalla Costituzione e ancora oggi rispettabilissima ed autorevole dottrina continua una battaglia che è irrimediabil-

mente perduta non solo perché il legislatore e la Corte costituzionale non ritengono la delegazione in contrasto con la Costituzione, ma perché ormai essa si è accreditata ‘nei fatti’ come forse l’unica forma di legiferazione possibile per riforme anche penali di un certo respiro. Per contro, la cosiddetta ‘riserva di codice’, oggi prevista dall’art. 3 *bis* c.p., pur non avendo formalmente rango costituzionale, è stata ragionevolmente intesa come un nuovo contributo ad un più serio inveroamento dell’*ultima ratio*: e come tale, dunque, come una norma che s’iscrive tra i cardini fondamentali del diritto penale attuale, e in definitiva dotata di una funzione costituente nel sistema (Donini).

Forse si può osare addurre un altro esempio di funzione costituente del penale, nel quale la trasformazione costituzionale si spinge oltre quei cardini giuridici fissati dalla Costituzione con specifico riferimento alla nostra materia (artt. 25 e 27 fondamentalmente). Si spinge oltre per arrivare addirittura a coinvolgere l’equilibrio costituzionale degli organi deputati all’amministrazione della giustizia penale. Nonostante il coro delle non infondate lamentazioni al riguardo, è difficile negare che l’esercizio concreto della penality abbia ormai, forse irreversibilmente, mutato l’assetto dei rapporti tra giurisdizione penale e politica penale legislativa rispetto a quanto tradizionalmente si deduceva dall’art. 101.2 Cost. («I giudici sono soggetti solo alla legge»). Certamente, potrà essere legittimo pensare che siamo ormai fuori del quadro della Costituzione formale, ma resta il fatto che un ritorno al passato sembra sempre più improbabile sicché la ‘funzione costituente’ del penale *in action* non può che imporre, piuttosto, l’immane sforzo di salvaguardare le esigenze sottese tutt’oggi all’art. 101.2 Cost. mediante l’invenzione di strumenti nuovi, più adeguati rispetto alla complessità sociale in cui si muove oggi il diritto, compreso quello penale, con riguardo ai due grandi attori della giuridicità: legislazione e giurisdizione.

5. *La funzione costituente del penale sul piano sociale*

L’altro (e forse più interessante) piano sui cui il diritto penale può spiegare una funzione costituente è quello in cui l’onda lunga del penale sconfina nel mare della socialità. Detto altrimenti, qui il diritto penale – inteso nel senso largo di ‘esperienza giuridica’ – si spinge a svolgere un ruolo fondativo, costitutivo e identificativo dell’ordine sociale-valoriale: il che presuppone ovviamente che si possa distinguere un diritto *costituito*, cioè ‘derivato’ da una volontà o da un consenso sociale preesistenti alla norma, e un diritto *costituente*, cioè che promuove o consolida, con l’efficacia che

gli è propria, valori socio-culturali promossi così a cardini fondativi della società. C'è qui, nel diritto *costituente*, il rischio di un qualche autoritarismo, di un ruolo soverchiante le naturali e spontanee dinamiche sociali? Certo non può essere negato il pericolo di un abuso del diritto. Ma è anche vero che negli ordinamenti democratici il circuito di produzione del diritto, e in particolare del diritto penale, dovrebbe comunque garantire una certa base consensuale al prodotto normativo (sia legislativo che giurisprudenziale), facendo sì che la funzione costituente – partecipe di tale circuito – consista essenzialmente nella consolidazione e – si direbbe – nella ‘consacrazione’ di certi valori quali cardini fondativi della penalità in un certo periodo storico e anche al di là di quanto fissato espressamente dalla Costituzione.

Questo fenomeno del ruolo costituente del diritto, sebbene scarsamente tematizzato *ex professo*, è tutt'altro che ignoto al diritto penale in particolare. I meno giovani ricordano la discussione di qualche decennio fa, nata non per caso in periodo di forte costituzionalismo penale, quando cioè la Carta sembrava togliere molto spazio alla politica criminale, la discussione, dicevamo, sul ‘ruolo promozionale’ del diritto penale. Ci si chiedeva allora se l'uso politico del penale potesse spingersi oltre la frontiera della tutela di beni giuridici ‘esistenti’ e ‘consolidati’ (e addirittura riflessi nella trama costituzionale) per svolgere una funzione di accreditamento, di promozione appunto, di beni giuridici emergenti e non ancora metabolizzati interamente dal consenso sociale. Allora, in periodo – ripetiamo – di costituzionalismo penale talvolta estremo, naturalmente si tendeva a dare una risposta negativa, ravvisando nell'uso promozionale del diritto penale il rischio di una sua strumentalizzazione ideologica o comunque di un disconoscimento dell'*ultima ratio*.

Non è certo il caso di ripercorrere qui i termini di quella discussione: non c'è dubbio che i tempi sono molto cambiati, che il costituzionalismo ‘forte’ di allora si è attenuato, o meglio ha molto cambiato la sua fisionomia: più che di rigide tavole costituzionali di beni giuridici predeterminati, quasi in un *numerus clausus* vincolante la politica criminale, si parla oggi di ragionevolezza quale parametro per giudizi di costituzionalità certamente non meno penetranti ma più aperti ad un dialogo tra Corte costituzionale e legislatore. Comunque sia, poi, l'uso promozionale del diritto penale è non del tutto raramente praticato dal legislatore e soprattutto preme qui sottolineare che esso è cosa diversa dall'uso simbolico e dall'uso eticizzante. Se l'uso simbolico è quello cui ricorre il legislatore nella consapevolezza della sua mancanza di efficacia, al solo scopo – peraltro illusorio – di tranquillizzare l'allarme sociale e/o conquistare consenso elettorale, l'uso eticizzante è davvero pericoloso perché instrada il diritto penale verso una sua

soggettivizzazione che ci riporta addirittura alla premodernità penale. Al contrario, la funzione costituente del penale non solo non è priva di democraticità quando si mantenga inserita nel circuito di produzione normativa dominato dal consenso sociale, ma può anche andare nel senso di una progressiva evoluzione dei pilastri fondativi del penale in senso democratico e personalistico, in modo del tutto consentaneo allo spirito del patto costituzionale.

Un'ultima notazione generale riguarda la ragione per cui la funzione costituente può essere riferita con particolare appropriatezza proprio al diritto penale. La risposta è quasi intuitiva: la speciale capacità del penale di contribuire al radicamento di pilastri fondativi dell'ordine giuridico-sociale è proporzionale alla sua capacità di influenzare la c.d. coscienza sociale e dunque i valori da essa condivisi. In fondo, lo 'stigma sociale' che il penale imprime con i suoi precetti, in quanto ineluttabilmente coinvolgente la 'persona' dell'autore, è in grado di suscitare un'eco profonda nei componenti della comunità sociale e, dunque, di innescare un largo processo di interiorizzazione e diffusione (e condivisione) di valori.

6. *Esemplificazione della funzione costituente: l'ordine pubblico; la disciplina delle attività rischiose*

Vogliamo dedicare la parte finale di queste considerazioni ad una esemplificazione, certamente non esauriente ma sufficientemente significativa, della funzione costituente svolta dal diritto penale nel nostro ordinamento. E al riguardo, va ribadito che la funzione costituente può andare tanto in senso consentaneo, omogeneo, espansivo rispetto al quadro costituzionale delineato dalla Costituzione 'formale', quanto in senso opposto, antinomico, divergente, riduttivo rispetto a quel quadro.

Un primo esempio della funzione costituente in senso antinomico è quello dell'ordine pubblico' e della sua tutela penale. Originariamente e *pour cause* non previsto nella Costituzione, l'ordine pubblico è sempre stato supportato dalla legislazione penale attraverso una lunga e costante evoluzione che non solo l'ha poi portato a trovare una menzione espressa in Costituzione (nell'art. 117, con la riforma costituzionale del 2001), ma ne ha anche segnato una sua caratterizzazione in senso marcatamente costitutivo. All'inizio l'ordine pubblico si è prevalentemente manifestato nella sua accezione per così dire poliziesca, quale condizione di pace sociale e di facilitazione dei controlli di polizia, che caratterizzò quel grappolo di leggi che a metà degli anni Settanta del secolo scorso Franco Bricola raggruppò sotto

l'efficace etichetta della 'politica penale dell'ordine pubblico': efficace, proprio perché espressiva di un carattere diventato identificativo della legislazione penale, molto diverso da quelli che soprattutto allora si evincevano dalla Costituzione. Successivamente, si verifica una imponente dilatazione della politica dell'ordine pubblico, attraverso l'esaltazione della sua vocazione preventiva: s'insinua nell'edificio della penalità la massima vincente che 'prevenire è meglio di reprimere', diventando la prevenzione *ante delictum* un pilastro costitutivo della penalità. Il legislatore accredita questo pilastro attraverso lo smisurato potenziamento delle misure di prevenzione, addirittura facendone l'oggetto di un testo unico al quale si conferisce il significativo attributo di 'codice' (antimafia). Dopo tante discussioni e, soprattutto, dopo tanti dubbi espressi in relativa prossimità dell'entrata in vigore della Costituzione, le misure di prevenzione *ante delictum* si assestano prepotentemente nel quadro costituzionale diventando una componente imprescindibile ed identificativa della penalità.

Negli anni a noi più vicini l'ordine pubblico subisce, infine, un'ulteriore metamorfosi, avvicinandosi alla tanto (costituzionalmente) sospetta nozione di ordine pubblico 'ideale'. E a propiziare questo ultimo passaggio è il fenomeno migratorio che, con tutti i suoi enormi problemi e il coinvolgimento anche emotivo prodotto, agevola l'accreditamento di un valore radicalmente estraneo alla Costituzione ma identificativo e orientativo di una politica non solo penale. La repressione dell'immigrazione clandestina trasmoda, infatti, dalla tutela sanzionatoria della regolarità dei flussi migratori verso la tutela della generica sicurezza contro la criminalità specie 'da strada', per arrivare poi a diventare tutela penale dal sapore vagamente bellico dei confini nazionali, fino all'ultima tappa che ne fa uno strumento di tutela di un valore ideologico fortemente pregnante e, appunto, costitutivo qual è quello della identità nazionale messa in pericolo dalle masse di disperati che invadono la nostra 'Nazione'. E qui è difficile non vedere una funzione costituente (ancorché antinomica alla Costituzione) del diritto penale, chiamato ad agevolare l'ingresso di valori ritenuti fondanti ed identitari della nostra comunità. Con il conseguente, e drammatico, quesito della capacità di resistenza della nostra Costituzione a un processo costituente ad essa antinomico e veicolato dal diritto penale.

Proseguendo nella nostra esemplificazione, si potrebbe forse parlare di una funzione costituente del diritto penale con riferimento alla disciplina penale di alcune attività rischiose. In particolare, viene in gioco il rischio prodotto dall'attività d'impresa per la salute dei lavoratori. All'evidenza, si tratta di per sé di un tema costituzionale in quanto coinvolgente il bilanciamento tra due beni costituzionalmente di grandissima rilevanza nell'or-

dine sociale della moderna complessità. Ebbene, qui il diritto penale, forse nel suo formante giurisprudenziale più che in quello legislativo, sembra aver fatto una scelta che – proprio per la natura dei beni in gioco e per le conseguenze sulla vita economica del nostro Paese – non può non dirsi fondativa. La giurisprudenza, attraverso il ‘gioco’ della colpa specifica e della colpa generica e attraverso la costruzione dell’‘agente modello’, ha sostanzialmente optato per una soluzione di azzeramento (tendenziale) del rischio, di una sua riduzione a zero con evidenti ricadute sui rapporti reciproci tra economia d’impresa e beni personalistici. Una scelta che concretizza in un senso fortemente personalistico un rapporto problematico non interamente definito dalla Costituzione e che, dunque, per ciò solo può dirsi costituente.

7. Segue. Le grandi svolte della tutela dell’ambiente e della giustizia riparativa

In altra direzione va il terzo ed assai significativo esempio che vorremmo addurre: la tutela dell’ambiente. Al qual proposito si può dire che, nonostante l’originario silenzio della Costituzione su questo bene dell’umanità, proprio il diritto penale ha fortemente contribuito alla sua affermazione, favorendo così un’evoluzione costituente che, lungi dal tradire lo spirito costituzionale, sembra andare proprio nel senso di una sua positiva evoluzione progressiva.

Solo oggi, all’inizio di quest’anno, l’ambiente (insieme agli animali) ha fatto ingresso formale nel testo costituzionale con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che ha modificato l’art. 9, aggiungendovi un comma («Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»), e l’art. 41, interpolandolo con l’inserimento dell’ambiente tra i limiti all’iniziativa economica privata. Ma sono ormai passati decenni da quando i c.d. ‘pretori d’assalto’ presero ad utilizzare – forse impropriamente dal punto di vista puramente esegetico – alcune fattispecie penali con il preciso intento di accreditare quei valori ambientali che stentavano a farsi strada nella classe politica e anche nella coscienza sociale. E si può aggiungere che anche la relativamente recente legge di riforma del Codice penale, che ha introdotto il titolo dei reati contro l’ambiente (l. 22 maggio 2015, n. 68), abbia per così dire fatto da apripista alla già citata e successiva legge costituzionale n. 1/2022. E non c’è dubbio che il significato fondativo di questo trend penalistico sia di natura propriamente ‘costituzionale’: in questo caso, ne fa fede non solo la natura intrinseca del valore accreditato

mediante l'intervento penale, ma anche e *per tabulas* la riforma costituzionale intervenuta – per così dire – a concludere e consacrare formalmente quel processo di acquisizione ai pilastri dell'ordinamento svoltosi già nella concreta esperienza giuridica.

L'ultimo esempio che ora intendiamo fare è particolarmente significativo di come l'evoluzione della penalità possa incidere sui cardini fondamentali della giuridicità, contribuendo alla trasformazione addirittura delle premesse filosofiche ed antropologiche dell'idea di responsabilità. Alludiamo all'irrompere sulla scena penalistica della 'giustizia riparativa' (nella sua accezione di *Restorative Justice*) dovuta essenzialmente alla svolta impressa di recente dalla c.d. riforma Cartabia. Naturalmente non è questa la sede per poterci soffermare, neppure per sintesi, sulla disciplina introdotta dalla riforma. Il nostro intento è un altro, ma non è possibile prescindere da un paio di considerazioni preliminari.

In primo luogo, è d'uopo ricordare che la giustizia riparativa di cui parliamo ha assai poco in comune con forme sanzionatorie – pur largamente presenti ormai – fondate sulla riparazione in senso pecuniario od economicistico, a carattere ripristinatorio dello *status quo ante* sia in forma specifica sia in forma di equivalente pecuniario. Al contrario, la giustizia riparativa di cui parliamo è in sostanza un percorso dialogico volontariamente intrapreso tra autore e vittima del reato, eventualmente essendone partecipe anche la comunità e in ogni caso agevolato da un mediatore professionale, diretto al superamento del conflitto interpersonale creato dal reato; un percorso, durante il quale vengono alla luce le emozioni, i bisogni, le componenti più intimamente personalistiche della vicenda criminosa, allo scopo se possibile di ricomporle in un esito finale di conciliazione. È dunque possibile qualificare la giustizia riparativa di cui parliamo come 'umanistica' in contrapposizione, anche abbastanza netta, a quella 'economica'.

In secondo luogo, e qui ci avviciniamo al tema della funzione costituente, la giustizia riparativa (umanistica) ha bensì dei punti di contatto ma è fundamentalmente diversa dalla rieducazione, che è l'unica a trovare una menzione espressa in Costituzione (art. 27.3). In sintesi estrema, si consideri che la rieducazione ha come suo *unico destinatario* il reo, mentre la giustizia riparativa implica il coinvolgimento, come *protagonisti attivi*, di *entrambi* i soggetti del reato, colpevole e vittima. Senza contare, poi, che la rieducazione può, almeno in teoria, essere perseguita anche in assenza del consenso del destinatario, mentre la giustizia riparativa richiede non solo il consenso delle due parti, ma che esse si facciano costruttori autonomi del percorso riparativo. In sostanza, si potrebbe dire che con la giustizia riparativa il modello di giustizia penale cessa di essere bipolare, concentrato nel

rapporto autore-Stato, per tornare ad essere quadripolare: autore-vittima-comunità-Stato. Con quest'ultimo, lo Stato, che si pone quasi sullo sfondo.

Sulla base di quanto osservato, è dunque facile comprendere che – come si dice usualmente – la giustizia riparativa costituisce un ‘paradigma’ di giustizia radicalmente ‘alternativo’ a quello tradizionale della giustizia punitiva: alternativo in senso culturale e antropologico, non solo e non tanto in senso operativo. E allora è ineludibile la conclusione che il cammino della giustizia riparativa, approdato ora alla svolta radicale della riforma Cartabia, ha modificato il quadro costituzionale della penalità, non solo introducendo un nuovo pilastro portante di quell'edificio, ma anche svolgendo una funzione costituente nell'intero ordinamento giuridico e nelle premesse culturali della responsabilità. La giustizia riparativa ha segnato un significativo momento del passaggio dalla modernità alla postmodernità giuridica, forse ancora più marcato di quello che a suo tempo rappresentò la scelta costituzionale per la funzione rieducativa della pena. In effetti, mentre la modernità giuridica s'impenna sull'idea illuministica di un uomo considerato nella sua astrattezza di essere libero ed eguale ed egualmente capace di autodeterminazione, la postmodernità lascia entrare la concretezza dell'individuo storico ed irripetibile con il bagaglio del suo vissuto, delle sue emozioni e delle sue passioni.

È, insomma, un nuovo ‘umanesimo’ quello che viene costitutivamente fondato dal paradigma della giustizia riparativa: un umanismo che riflette un generale spirito dei tempi assai diverso, nel bene e nel male, da quello della modernità. E, allora, non si può non concludere che la giustizia riparativa contribuisce alla fondazione costituzionale di una nuova e diversa idea non solo della penalità ma anche della società e, in fondo, dell'uomo e delle sue esigenze.

8. *Conclusioni*

È l'ora ormai di concludere. Il costituzionalismo penale è lungi dall'aver esaurito il suo ruolo, non foss'altro perché abbiamo ancora un codice che reca l'impronta del regime fascista, e perché non mancano pericolose cadute e involuzioni anche della legislazione repubblicana (che potenzia sempre più le controverse misure di prevenzione, che non cessa di derogare con disinvoltura alla finalità rieducativa della pena, che indulge in risposte sanzionatorie in flagrante contraddizione col principio di proporzionalità). La Corte costituzionale non lesina certo il suo controllo e anzi lo intensifica facendo uso di parametri molto incisivi come quello della ragionevolezza.

Ma il suo intervento è sempre per così dire puntiforme, circoscritto e necessariamente condizionato dalla sensibilità dei giudici comuni.

Il costituzionalismo penale non è dunque tramontato: la Costituzione ha ancora da dire molto nel campo penale. Ma c'è anche un costituzionalismo che non è appannaggio della Costituzione e che non cala dall'alto sul penale per involgerlo in una rete di contenimento. C'è anche un costituzionalismo di cui è artefice lo stesso diritto penale, che è maggiormente contaminato con la politica e con le forze che producono un movimento per così dire non più dall'alto della Costituzione verso il basso della legislazione, ma che si diffonde dalla penalità verso i cardini dell'ordinamento giuridico-sociale in concorrenza, positiva o negativa, con la Costituzione. Una funzione costituente, appunto, del penale in quanto dotato di una speciale capacità di persuasione sociale, si potrebbe dire.

I rischi di abuso ci sono, e non sono pochi. Le contaminazioni con la politica possono essere pericolose, ma non possono farci chiudere gli occhi sul fatto che la vita dell'ordinamento mostra flessibilità, pervasività, agilità che vanno oltre la 'rigidità' della Costituzione e della sua interpretazione pur evolutiva. Non dobbiamo perciò essere timorosi, ma sorvegliare che la 'funzione costituente' del diritto penale sia realmente tale e non vada invece verso la deriva di una degenerazione ed involuzione del quadro costituzionale delineato dal Patto del 1948. Dinanzi ad una realtà che si fa sempre più complessa e di cui dobbiamo assumere piena consapevolezza, siamo, insomma, chiamati ad un esercizio di responsabilità. Senza timore di inquinare il nostro compito dal più intenso contatto con le forze che recitano un ruolo incontestabilmente principale nel complesso gioco dell'esperienza giuridica.