

NOMOS

Le attualità nel diritto

Quadrimestrale di Teoria generale,
Diritto pubblico comparato e Storia costituzionale



ARMANDO LAMBERTI*

GIUSTIZIA E MISERICORDIA: UNA SFIDA PER IL DIRITTO COSTITUZIONALE NEL PRISMA DELLA DIGNITÀ DELLA PERSONA**

Abstract [It]: Il presente contributo intende proporre un diverso punto di vista, originale e sincretico, nell'approccio ad alcuni temi fondamentali del diritto costituzionale. Si cerca di avanzare un nuovo paradigma di analisi nel diritto costituzionale, a partire dal fecondo rapporto giustizia-misericordia – una relazione che, lungi dal porsi tra due poli dialettici e antitetici, in realtà rappresenta un binomio inscindibile – muovendo da una prospettiva filosofica e teologica che si pone in termini di sfida etica nei confronti della dimensione giuridica. Il rapporto perdono/amore/giustizia diviene il punto di partenza per ripensare il significato della giustizia, soprattutto in ambito penale, in un contesto costituzionale pienamente conforme alla centralità, logica e assiologica, della dignità della persona umana. Ed è proprio la disamina del principio di dignità, nelle sue sfaccettature, a rappresentare l'avvio della riflessione più propriamente giuridica, volta alla ricostruzione – entro l'ottica costituzionalmente orientata della funzione rieducativa della pena ex art. 27, comma 3, Cost. (da cui dovrebbe derivare l'incostituzionalità dell'ergastolo) – del sistema sanzionatorio penale (anche con l'ausilio del dibattito in sede di Assemblea Costituente e della giurisprudenza costituzionale nel suo sviluppo, con particolare riguardo alle questioni poste dall'ostatività penitenziaria), verso la prospettiva, tutta da esplorare, di un nuovo modello di giustizia riparativa, su cui finalmente si segnala la spinta riformatrice della c.d. riforma Cartabia, a indicare una possibile svolta in direzione di percorsi di diversificazione e di integrazione delle risposte sanzionatorie (pur sempre inclusive delle esigenze delle vittime e della comunità), che appaiono più conformi al “senso di umanità” della pena e alla sua funzione di “rieducazione”, come tracciati dalla Costituzione.

Abstract [En]: This contribution intends to propose a different point of view, original and syncretic, in the approach to some fundamental issues of constitutional law. An attempt is made to advance a new paradigm of analysis in constitutional law, starting from the fruitful relationship between justice and mercy – a relationship which, far from placing itself between two dialectical and antithetical poles, actually represents an inseparable pair – moving through a philosophical and theological perspective which arises in terms of an ethical challenge towards the juridical dimension. The relationship forgiveness/love/justice becomes the starting point for rethinking the meaning of justice, especially in the criminal sphere, in a constitutional context that fully conforms to the centrality, logic and axiology, of the dignity of the human person. And it is precisely the examination of the principle of dignity, in its facets, that represents the starting point of the more strictly juridical reflection, aimed at the reconstruction – within the constitutionally oriented perspective of the re-educational function of the penalty pursuant to art. 27, paragraph 3, of the Constitution (from which the unconstitutionality of life imprisonment should derive) – of the penal sanctioning system (also with the help of the debate in the Constituent Assembly and of the constitutional jurisprudence in its development, with particular regard to the issues posed by penitentiary obstativeness), towards the perspective, all to explore, of a new model of restorative justice, on which there is a push for reform of the so-called Cartabia bill, to indicate a possible turning point in the direction

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Salerno.

** Contributo sottoposto a *peer review*. Il presente contributo riprende, sviluppa e aggiorna alcune riflessioni anticipate nel volume *Giustizia e Misericordia: due dimensioni di un'unica realtà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, e anticipa una più ampia monografia, in corso di pubblicazione.

of diversification and integration of sanctioning responses (although always inclusive of the needs of the victims and the community), which appear more in line with the “sense of humanity” of punishment and its function of “re-education”, as outlined in the Constitution.

Parole chiave: Giustizia, Misericordia, Dignità della persona, Funzione rieducativa della pena, Ostatività penitenziaria, Giustizia riparativa.

Keywords: Justice, Mercy, Human Dignity, Re-educational Function of Penalty, Penitentiary Obstativeness, Restorative Justice.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giustizia fondata sul riconoscimento della dignità dell'uomo come presupposto per la misericordia: alcune premesse filosofiche e teologiche. – 3. Ripensare il significato della giustizia come risposta al male secondo progetti di bene: il diritto davanti alle sfide del rapporto perdono/amore/giustizia. – 4. La Costituzione ed un modello di giustizia conforme alla dignità della persona. – 5. Il principio costituzionale di rieducazione della pena: dal dibattito in Assemblea costituente alla giurisprudenza costituzionale sull'ergastolo ostativo. – 6. Il bene come prevenzione del male. Verso un altro modello: giustizia riparativa e mediazione penale. Le novità della riforma Cartabia. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il presente lavoro, che si inserisce in un percorso di ricerca inaugurato con una prima monografia e destinato ad approdare ad un più ampio lavoro, intende proporre un diverso punto di vista, originale e sincretico, nell'approccio ad alcuni temi fondamentali del diritto costituzionale.

Si cerca, cioè, di avanzare un nuovo paradigma di analisi nel diritto costituzionale (e non solo), a partire dal fecondo rapporto giustizia-misericordia: una relazione che, lungi dal porsi tra due poli dialettici e antitetici, in realtà rappresenta un binomio inscindibile. La riflessione filosofica cristiana sulla misericordia come potenziamento della giustizia, secondo la lezione di San Tommaso d'Aquino¹, costituisce, allora, un punto di partenza per rimeditare gli istituti giuridici e per ripensare le categorie concettuali in nome di una visione, eticamente fondata ma non per questo chiusa e dogmatica, ancorata alla primazia della dignità della persona.

Il saggio, allora, dopo le riflessioni preliminari volte ad offrire un quadro del rapporto giustizia-misericordia, alla luce dei richiami alla letteratura teologica e al pensiero filosofico-giuridico, così da porre la questione della triade “perdono/amore/giustizia” come sfida per gli ordinamenti positivi, intende poi addentrarsi più specificamente nel terreno giuridico, muovendo da questa prospettiva per poter dar conto di un modello di giustizia pienamente conforme alla dignità della persona umana, autentico fondamento costituzionale cui è chiamato ad ispirarsi ogni “angolo” dell'ordinamento.

Ne è conferma la riflessione compiuta sulla funzione rieducativa della pena, sull'istituto della grazia, sulla giurisprudenza recente in materia di ostatività penitenziaria e sulle

¹ *Misericordia non tollit iustitiam, sed est quaedam iustitiae plenitudo.*

prospettive di riforma del sistema sanzionatorio, nell'ottica di un auspicato modello di *restorative justice*.

L'approvazione della riforma Cartabia, che per la prima volta offre una disciplina organica della giustizia riparativa in ambito penale, diviene, quindi, un'occasione assai feconda e significativa per ritornare a meditare sui fondamenti, ed in particolare per porre l'accento sulla funzione rieducativa della pena *ex art. 27, 3° comma, Cost.*: funzione, questa, che, strettamente connessa al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, ci spinge anche a sostenere che la rieducazione e il "senso di umanità" non devono riguardare soltanto la fase dell'esecuzione della pena, ma non possono rimanere estranei al processo che la precede e alla decisione con cui la si irroga.

L'ambizione del saggio, dunque, è quella di muoversi di continuo tra i diversi gangli della cultura e del pensiero: un saggio giuridico, certamente – e costituzionalistico in particolare –, ma metodologicamente aperto agli apporti della filosofia e della teologia.

L'obiettivo, in fondo, è quello di contribuire all'elaborazione di una *risposta, antropologicamente fondata, alla disumanizzazione e al disorientamento socio-culturale* che segnano la difficile epoca in cui viviamo, secondo la peculiare angolazione di un giurista che intende testimoniare i valori a cui aderisce.

Non si tratta affatto di un ritorno a forme – desuete e, in verità, tutto fuorché auspicabili – di "Stato etico", ma di una rimediazione dei fondamenti degli ordinamenti costituzionali: parlare di "giustizia e misericordia", allora, vuole essere una provocazione, una messa alla prova dei contesti democratico-pluralisti, affinché riescano a dare corpo ad un delicato equilibrio.

In altri termini, si potrebbe anche sostenere che la Giustizia non sia altro che un'ipotesi di concreta applicazione dell'eguaglianza formale. Astrattamente, tutte le situazioni coinvolte sono tra loro uguali, meritando, pertanto, uguale trattamento. Tuttavia, nei contesti democratico pluralisti, per quanto la Giustizia sia un valore fondamentale, non è più sufficiente, dovendo essere affiancata dalla Misericordia, che, quale antica radice dell'eguaglianza sostanziale, impone di trattare diversamente condizioni diverse, intervenendo con autentiche "azioni positive", che consentano di dare corpo agli stessi presupposti della eguaglianza formale. L'eguaglianza sostanziale, allora, sarebbe (anche) una forma laica di misericordia, che guarda alla concretezza del caso concreto (non diversamente dall'*aequitas* della tradizione medievale).

Sono queste, allora, le ragioni che ci hanno portato a tentare di tenere assieme i due valori, che sfidano e mettono alla prova il Diritto Costituzionale, che nasce in funzione della tutela dei diritti fondamentali, dunque, *nel prisma della dignità della persona umana*.

2. La giustizia fondata sul riconoscimento della dignità dell'uomo come presupposto per la misericordia: alcune premesse filosofiche e teologiche

Prima di entrare nella dimensione del diritto, alla luce della prospettiva metodologica e analitica prescelta, occorre anzitutto muovere da alcune indispensabili premesse filosofiche.

La giustizia dell'uomo, infatti, per la tradizione secolare della cultura europea permeata dall'influenza del cristianesimo, si fonda sul dato (anche) trascendente della dignità di ogni essere umano, su cui riposano i diritti fondamentali ed inalienabili della persona, secondo una prospettiva che trova, dunque, un sostegno, giammai contrasto, nella visione cristiana dell'uomo creato "ad immagine e somiglianza di Dio"².

Come la stessa dottrina filosofico-teologica più avvertita ha messo in luce, "la giustizia è il riconoscimento dell'altro proprio nel suo essere altro". E "dietro questo 'essere altro' c'è tutto il ventaglio dei diritti umani, del bene comune, della libertà, dello sviluppo, della dignità di tutti, nelle aree molteplici della vita da quella economica all'ambito civile, dai profili più intimi fino a quello religioso, dalle questioni ambientali a quelle del rispetto della persona"³.

Agli scribi e ai farisei, che gli conducono davanti l'adultera (GV. 8, 1-11) per la lapidazione, Gesù risponde: "Chi di voi è senza peccato, scagli la prima pietra", e poi si rivolge all'adultera, dopo che gli anziani si sono allontanati in silenzio, dicendole "Neanche io ti condanno; va' e d'ora in poi non peccare più". Così facendo, Egli rende manifesto che il colpevole è portatore di una dignità che la colpa non riesce a cancellare.

"*Misericordia et misera*" sono le parole usate da Sant'Agostino per descrivere questo episodio evangelico, riprese da Papa Francesco proprio per dar nome alla Lettera Apostolica a conclusione del Giubileo Straordinario della Misericordia: è l'incontro tra la misera adultera⁴ e la Misericordia di Cristo o, se vogliamo, tra il peccatore e la Misericordia, il pentimento e il Perdono.

Ha scritto, sul punto, Papa Francesco, rievocando l'episodio: "una donna e Gesù si sono incontrati. Lei, adultera e, secondo la Legge, giudicata passibile di lapidazione; Lui, che con la sua predicazione e il dono totale di sé, che lo porterà alla croce, ha riportato la legge mosaica al suo genuino intento originario. Al centro non c'è la legge e la giustizia legale, ma l'amore di Dio, che sa leggere nel cuore di ogni persona, per comprenderne il desiderio più nascosto, e che deve avere il primato su tutto. In questo racconto

² Sulla dignità trascendentale dell'essere umano, fatto ad immagine e somiglianza di Dio, si veda CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, Costituzione Pastorale *Gaudium et spes*, 7 dicembre 1965, n. 22.

³ Così G. RAVASI, *Le beatitudini. Il più grande discorso all'umanità di ogni tempo*, Milano, 2016, 100-101, che ricorda una frase del teologo Franz Boeckle. Il tema del riconoscimento è trasversale alla riflessione religiosa e filosofica: si pensi a P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Milano, 1990 (su cui cfr. C. CASTIGLIONI, *Il sé e l'altro. Il tema del riconoscimento in Paul Ricoeur*, in *Esercizi Filosofici*, n. 3/2008, 9-21); oppure, all'opera di Kojève (basti il richiamo a A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989).

⁴ Secondo la ricostruzione di Adriana Valerio, autrice di un saggio sulla Maddalena – altra figura cardine del racconto evangelico della misericordia –, l'episodio dell'adultera ben può essere incluso tra i simboli del rapporto tra Gesù e le donne "emarginate": può dirsi, infatti, che "in contrasto con un contesto culturale e religioso che separava casta sacerdotale e popolo, degni e indegni, puri e impuri, giusti e peccatori, conterranei e stranieri, amici e nemici, uomini e donne, il Gesù dei vangeli appare come il Maestro che propone una relazionalità basata sulla prossimità dell'amore (...). È in questo quadro di riferimento narrativo che sono inserite le donne liberate dalle loro emarginazioni": dall'adultera alla samaritana, dalla emorroissa alla Maddalena. Così A. VALERIO, *Maria Maddalena. Equivoci, storie, rappresentazioni*, Bologna, 2020, 20.

evangelico, tuttavia, non si incontrano il peccato e il giudizio in astratto, ma una peccatrice e il Salvatore. Gesù ha guardato negli occhi quella donna e ha letto nel suo cuore: vi ha trovato il desiderio di essere capita, perdonata e liberata. La miseria del peccato è stata rivestita dalla misericordia dell'amore"⁵.

La possibilità di riscatto che allora ne scaturisce merita di essere perseguita, anche sul piano strettamente giuridico, se necessario attraverso il ripensamento del significato della giustizia umana.

Il diritto, infatti, non si contrappone alla carità: “diversamente dalla carità il diritto non sa amare, ma, come la carità, sa riconoscere l'infinito valore della persona (valore che il diritto denomina dignità)”⁶. Ciò nondimeno, permane e non è facilmente superabile la tensione dialettica tra giustizia e misericordia, tra giustizia e carità.

D'altronde, “né la giustizia può illudersi di rendere superflua la carità, né la carità può pretendere di sostituirsi alla giustizia. Senza carità la giustizia è fariseismo, ma senza giustizia la carità è mera e vuota forma”⁷.

La pregnanza di tale assunto determina, quindi, un'implicazione fondamentale: il riconoscimento di ogni essere umano come titolare di una dignità inalienabile presuppone un soggetto morale capace di responsabilità. E, in effetti, quando il diritto interviene su chi ha sbagliato e lo sanziona, ne riconosce implicitamente la responsabilità⁸ e la libertà (non avrebbe senso, infatti, punire un irresponsabile).

Insomma, l'uomo è meritevole di pena perché è libero ed ha utilizzato male la sua libertà, orientandola al male piuttosto che al bene⁹.

In questa prospettiva - pur nella consapevolezza della molteplicità delle prospettive interpretative relative alle fondamentali categorie antropologiche e sociali che entrano in gioco in siffatta analisi¹⁰ - deve ritenersi che anche l'espiazione della pena abbia come finalità il recupero sociale del reo, proprio a partire dal rispetto della sua dignità¹¹: “una società decente si prende cura della dignità dei suoi colpevoli”¹².

Al riguardo, è stato osservato che “l'errore e il crimine (...) indeboliscono e deturpano la personalità dell'individuo, ma non la negano, non la distruggono, non la declassano al

⁵ Lettera Apostolica *Misericordia et misera* del Santo Padre Francesco a conclusione del Giubileo Straordinario della Misericordia, n. 1.

⁶ Così F. D'AGOSTINO, *Diritto e giustizia*, Milano, 2000, 39.

⁷ *Ibid.*, 39.

⁸ Sulla nozione di uomo come ente moralmente responsabile rispetto alla comunità in cui è inserito, si veda GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica *Redemptoris custos*, 15 agosto 1989, n. 8.

⁹ Questa visione rinvia parzialmente a quella hegeliana: grazie alla pena, intesa come una riaffermazione potenziata del diritto, il delinquente risulta “onorato come essere razionale”: la pena, quindi, serve a reintegrare il criminale nell'ordine razionale, affinché – dopo il trattamento sanzionatorio – possa indirizzare la sua libertà a fini giusti (G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, par. 100).

¹⁰ Su cui cfr. le autorevoli riflessioni di G. RAVASI in *Diritto, religione, società*, 2-6, *lectio magistralis* impartita all'Università di Reggio Calabria il 7 settembre 2017, anche per l'approfondimento del quesito se sia “possibile nel pluralismo appena evocato recuperare un concetto condiviso di ‘natura’ antropologica che impedisca di scivolare (o di accontentarsi) nella pura e semplice proceduralità sociale”.

¹¹ Sul tema della dignità del reo, v. il quadro ampio offerto nel volume collettaneo di AA. VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, nei *Quaderni Dipartimento di scienze giuridiche*, Piacenza, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2010.

¹² Così A. MARGALIT, *La società decente*, Milano, 1998, 269, con argomenti riconducibili alla posizione originaria di Rawls.

regno animale, inferiore all'umano. Perciò le leggi (...) hanno senso se operano in funzione dell'affermazione, dello sviluppo e del recupero della dignità di ogni persona"¹³.

Non esistono, infatti, "persone soltanto negative, tutte e sempre malvagie, identificabili nel resto; in ognuna c'è del frumento buono mescolato alla zizzania, come nel campo evangelico; le capacità del bene e del male nella persona umana convivono"¹⁴.

Si intende dire, allora, che la pena offre un'occasione al reo di prendere coscienza di come abbia abusato della sua libertà. In tal modo, lungi dall'essere solo una retribuzione intimidatrice e vendicativa, l'espiazione della pena costituirà il presupposto attraverso cui il diritto può rinnovare la sua fiducia nell'uomo e nella sua inalienabile dignità, la sua fiducia a chi ha pagato il suo debito con la società e può essere reinserito nella società civile¹⁵.

Solo in questo modo ha senso dire che la misericordia senza la espiazione, e quindi in ultima analisi senza giustizia, è vuota forma.

Ed è, dunque, proprio questo ideale di "giustizia salvifica" che ci induce ad "interrogare le forme e le strutture della giustizia penale vigente", ad "innescare la necessità di un ripensamento delle forme civili della giustizia penale, in una continua ricerca di nuove prospettive e nuove modalità di azione di fronte al problema del male, della violenza, del sopruso, della 'zizzania' inestirpabile dalla condizione umana"¹⁶.

In nome del valore supremo della dignità della persona umana.

Sul punto, viene alle mente la splendida *Salmodia contro la pena di morte* di David Maria Turollo:

«Nessuno uccida la speranza
neppure del più feroce assassino
perché ogni uomo
è una infinita possibilità»

Ed è questa fiducia nell'"infinita possibilità" dell'uomo, in questa comune identità antropologica, che impone l'apertura alle ragioni dell'Altro, all'ascolto. In altri termini, l'imperativo categorico di una giustizia eticamente orientata è "comprendere l'offensore".

Occorre ribadire, infatti, che "in questo modo prima o poi si giunge a guardare l'altro dissociandolo dal male commesso. L'altro non è il male, non lo incarna, non può essere demonizzato: l'altro resta un uomo, una donna che ha commesso un'azione che è male, ma ciascuno è sempre più grande del male compiuto. Se non si assume questo sguardo, l'unico esito possibile è la condanna a morte dell'offensore, la sua negazione a costo della distruzione. L'uomo non è un delitto che ha personalità, è e resta un essere umano. Purtroppo, noi siamo abituati (...) a identificare e definire le persone sulla base di un loro

¹³ C.M. MARTINI, *Etica e punizione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, ora in ID., *Non è giustizia. La colpa, il carcere e la parola di Dio*, Milano, 2003, 29-30.

¹⁴ C.M. MARTINI, *Carcere e recupero*, in ID., *Non è giustizia*, cit., 116.

¹⁵ F. D'AGOSTINO, *Diritto e giustizia*, cit., 40-41.

¹⁶ M. CARTABIA, *Riconoscimento e riconciliazione*, in M. CARTABIA - A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano, 2020, 71.

comportamento negativo, ma in verità occorre comprendere che gli uomini e le donne commettono azioni negative: non sono però il male né la fonte del male!"¹⁷.

3. Ripensare il significato della giustizia come risposta al male secondo progetti di bene: il diritto davanti alle sfide del rapporto perdono/amore/giustizia

Altra cosa è, ovviamente, stabilire le modalità con cui espiare la colpa, quale presupposto per esercitare poi la misericordia. Sotto questo profilo, risulta di estremo interesse la prospettiva coltivata da illustri studiosi di ripensare il significato umano (e cristiano) della giustizia nella risposta a ciò che è male e ad un comportamento negativo. Questa, da una parte, non deve consistere nel riproporre in termini di reciprocità verso l'autore il contenuto negativo del fatto¹⁸; dall'altra, deve comportare effetti giuridicamente e umanamente impegnativi per chi ha violato la legge.

La giustizia va perciò concepita non come strumento con cui si ripaga il male con il male, bensì come occasione per costruire progetti di bene, nei termini di un percorso umanamente significativo per l'autore della condotta illecita.

Le realtà negative, infatti, rappresentano sempre una sfida per affermare ciò che è altro dal male. Tuttavia, non si tratta di un'affermazione facile da tradurre in pratica.

Si ripropone, ancora una volta, il problema della eterna tensione tra giustizia e misericordia.

Nella tradizione cristiana, l'atteggiamento di Dio è quello di chi chiede conto del male al peccatore, ma torna a dargli una strada, una possibilità, una speranza¹⁹: in questo, consiste la giustizia di Dio ispirata alla misericordia.

Ne deriva che la giustizia non si esprime in atti di ritorsione, ma in un agire che, pur riferito al male, non si struttura sul modello del male compiuto, è radicalmente altro dal male compiuto. Nessuno si libera del male da solo e deve perciò affidarsi e fare riferimento a un intervento esterno, cioè ad un atto di giustizia.

La giustizia che ingloba la misericordia non è la giustizia che rinuncia a vedere il male. Piuttosto, è la giustizia che non intende delegittimarsi ponendosi sullo stesso piano del male, ma anzi rinuncia a volere il male di chi abbia compiuto il male.

Tale prospettiva si coniuga con l'esigenza, lucidamente evidenziata, di ricostruire l'imperativo morale fondamentale "partendo da un'ontologia personale relazionale, dalla figura universale e cristiana del 'prossimo' e dalla logica dell'amore nella sua reciprocità ma anche nella sua gratuità ed eccedenza"²⁰.

Beninteso, nulla sarebbe più lontano da un agire umano dignitoso del rimanere inerti, conniventi o indifferenti dinanzi al male. La sfida è piuttosto quella di rompere la catena del ripetere il male dinnanzi al male.

¹⁷ E. BIANCHI, *Dono e perdono*, Torino, 2014, 43.

¹⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Giustizia umana e misericordia: un incontro possibile?*, in *Orientamenti Pastoral*, vol. LXIII, 2016, 49-63.

¹⁹ H.U. VAN BALTHASAR, *Sperare per tutti*, Milano, 1989.

²⁰ G. RAVASI, *Diritto, religione, società*, cit., 5.

In questa prospettiva, non sembri estranea all'orizzonte del giurista una riflessione sul perdono.

Esso non consiste affatto nel tollerare il male, non implica l'assenza di conseguenze, dinanzi al male. Esige, piuttosto, che quelle conseguenze abbiano contenuti impegnativi, di segno opposto al male, per tutti i soggetti coinvolti. Esige, in particolare, che ci si adoperi per tornare a rendere giusti dei rapporti che fino a quel momento non lo sono stati (il che può richiedere la fatica di una responsabilizzazione rispetto al dolore arrecato o di un affrancamento dai legami con il crimine, la disponibilità a riparare, il distacco dalle ricchezze illecitamente conseguite, e così via). E di rimando rifiuta il voler far soffrire, l'espellere, il sottomettere, l'annientare chi, pure, sia stato ritenuto colpevole²¹.

Come è stato osservato da un fine esegeta, l'apostolo Paolo – per designare il verbo “perdonare” – “predilige il verbo greco *charizomai* che, com'è evidente, si riferisce alla *charis*, ‘grazia’: infatti il perdono è inconcepibile senza la *charis* che è *caritas*, cioè amore che nulla esige in cambio se non l'accoglienza”²².

Ma “il perdonare, pur necessitando di un sostegno trascendente e attuandosi in pienezza nel soprannaturale, affonda le sue radici nella potenzialità d'amore insita nella creatura all'interno della sua stessa natura. Una potenzialità che le fa varcare il ristretto circuito dell'ego e dell'egoismo, aprendola all'altro in una relazione complessa fatta di giustizia, ma anche di condivisione e donazione”²³.

L'azione educativa che passa attraverso la correzione è amore che costruisce, nel bene e nel giusto: “correggere è, per Dio Padre, una vera e propria azione creativa, con la quale si anticipa e completa quella creazione nuova nella quale amore e verità si incontrano, giustizia e pace si baciano (...)”²⁴.

Il perdono, allora, si atteggia come un “gesto creativo”²⁵, o meglio un atto “pro-creativo”²⁶: col perdono, infatti, “rinunciando alla ‘giusta sanzione’, la vittima (e colui che la rappresenta) ‘crea’ qualcosa di non previsto, poiché ripristina una relazione ‘spezzata’, introducendo una novità imprevedibile (...). Il dono eccede la normalità in quanto ‘fa sorgere’ qualcosa di cui non ci sarebbe bisogno e in questo senso coglie uno dei significati più profondi e misteriosi dell'esistenza umana: come ‘venuta alla luce’ di qualcuno non necessario di per sé, ma frutto di un ‘evento dis-interessato’, totalmente gratuito come la nascita. In questo senso il perdono fa rinascere la persona: la ri-nascita del perdonante e del perdonato ripristina un legame originario”²⁷.

²¹ L. EUSEBI, *Misericordia: “superamento” del diritto o “dimensione della giustizia?”*, in G. COLOMBO (a cura di), *La misericordia e le sue opere*, Milano, Vita e pensiero, 2016, 126-130.

²² G. RAVASI, *Grammatica del perdono*, Bologna, 2015, 7.

²³ *Ibid.*, 9-10. L'A. aggiunge: “Tutto ciò è ben illustrato dal celebre passo della Genesi ove l'aiuto che sia *kenegdo*, ossia che ‘gli stia di fronte’ in piena parità, l'uomo lo scopre quando intuisce che l'altro è ‘osso dalle mie ossa, carne dalla mia carne’, vale a dire partecipe di se stesso nella sua radice strutturale di fondo – ‘ossa-carne’ sono un simbolo della comune identità antropologica”.

²⁴ Così A. DE DONATIS, *Nulla è più dolce dell'amore*, Milano, 2016, 79-80.

²⁵ Così F. OCCHETTA, *Le radici morali della giustizia riparativa*, in *Civiltà Cattolica*, IV, 2008, 451.

²⁶ Così F. ZINI, *Al di là del limite: ontogenesi del perdono*, in *Diritto e Misericordia, Atti della Giornata di Studio dell'UGCI*, Firenze, 6 maggio 2016, 76.

²⁷ *Ibid.*, 76.

Il perdono, dunque, in quanto gesto spontaneo della coscienza, trascende la constatazione della colpa nel reciproco ri-conoscimento di una comune umanità, del reo come della vittima: la sua *Grundnorm*, insomma, consiste nel “potere di dire all’altro: ‘nonostante il male che mi hai fatto, ti voglio riconoscere ancora come uomo’”²⁸.

Come rilevava Hegel nella *Fenomenologia dello Spirito* – ricorrendo alle sue consuete mirabili figure – il perdono è uno straordinario paradosso, giacché “se l’altro rinuncia al pensiero che procede per divisioni e rinuncia alla durezza dell’essere-per-sé rigidamente fissato nell’interiorità, ciò accade perché, di fatto, esso intuisce se stesso nella coscienza agente”²⁹.

Ed è questo ri-conoscimento, questa “riconciliazione all’interno dell’orizzonte comune della colpevolezza”³⁰ ad essere “lo scandalo paradossale del perdono; infatti, la finitudine umana che si manifesta nel male e nella colpa, nella limitatezza dell’agire è la medesima dell’atto giudicante (...)”³¹. È questo, dunque, il “miracolo della conciliazione”³²: “E questo riconoscimento reciproco è lo Spirito assoluto”³³.

Il paradosso del perdono diventa ancora più forte, manifestandosi in tutta la sua mirabolante potenza, nel pensiero di Derrida, che si allontana dalla tradizione ritenendo il perdono come un atto “assoluto” e, in quanto appunto *ab-solutus*, sciolto da ogni condizione o presupposto. Il perdono, in altre parole, esige un’“etica iperbolica”, un’“etica al di là dell’etica”³⁴: ciò spinge il paradosso del perdono al suo limite massimo, quello della perdonabilità dell’imperdonabile. “Il perdono, se ce n’è, deve e può perdonare solo l’imperdonabile, l’inespiabile e quindi fare l’impossibile”³⁵: esso, per esser veramente tale, è per Derrida una forza talmente poderosa e invincibile da esplicitare i suoi effetti sulla colpa medesima, finanche sul più “imperdonabile” dei misfatti.

Ma questa è una prospettiva estrema, che perviene al punto di riversare gli effetti del perdono non tanto sulla persona colpevole in sé, quanto piuttosto sulla colpa medesima³⁶.

In una visione di equilibrio, invece, può affermarsi che il perdono autentico non possa rivolgersi in “assoluto” al “colpevole in quanto colpevole”³⁷ (e, per questa via, alla colpa stessa), ma ad una persona diversa, dal momento che “in virtù dell’espiazione, il peccatore

²⁸ Così F. OCCHETTA, *Le radici morali della giustizia riparativa*, cit., 451. Se, dunque, il perdono è un atto “pro-creativo”, allora, ben si comprendono le bellissime parole di V. JANKÉLÉVITCH, *Il perdono*, Milano, 1968, 215, secondo il quale “il perdono instaura un’era novella, istituisce nuovi rapporti, inaugura una vita nova. La notte della colpa, nel graziato, presagisce una nuovissima aurora; l’inverno del rancore in colui che grazia, annuncia una nuovissima primavera”.

²⁹ G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, VI. *Lo Spirito*, Milano, 1995, 889.

³⁰ Così A. TORTORETO, *Il dilemma del perdono*, in *Nuovo Giornale di Filosofia della Religione*, disponibile al sito www.filosofiadellareligione.it/index.php/2-primo-piano/51-il-dilemma-del-perdono#sdfootnote8sym.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, cit., 891.

³⁴ J. DERRIDA, *Perdonare*, Milano, 2004, 44.

³⁵ *Ibid.*, 47.

³⁶ L’aporìa di una simile visione emerge cristallina di fronte al dramma dell’Olocausto: se ne rende conto proprio Jankelevitch, che abbraccia ora la prospettiva di un’imperdonabilità assoluta, quantunque le sue prime opere pure avessero costituito il punto di partenza per la visione iperbolica di Derrida: cfr. V. JANKÉLÉVITCH, *Perdonare?*, in *L’imprescrittibile*, Firenze, 1987.

³⁷ Così A. SCARICAMAZZA, *Alla riscoperta di Vladimir Jankelevitch: un filosofo davanti al male*, in *Dialegesthai. Rivista telematica di filosofia*, disponibile al sito mondododmani.org/dialegesthai/asc02.htm.

subisce una trasformazione e perciò non è più il colpevole ma già un altro, migliore del colpevole”³⁸.

La colpa è, pertanto, certamente il presupposto ontologico del perdono, ma rispetto ad essa – secondo la lezione di Paul Ricoeur³⁹ – “il perdono si pone come gesto straordinario, rivoluzionario, poiché interrompe il vincolo che unisce il colpevole al proprio atto colposo. Nella rottura di questo legame, che pare porsi come indissolubile sul piano morale, si sostanzia l’eccezionalità del perdono, il quale è parola di autentica benevolenza nella misura in cui conduce alla rinascita dell’altro, al riscatto del colpevole”⁴⁰.

Non è, allora, un caso se, per l’appunto, nel reciproco ri-conoscersi come persone Hannah Arendt ravvisi l’essenza propria del perdono cristiano: “solo attraverso questa costante mutua liberazione da ciò che fanno gli uomini possono rimanere agenti liberi”. In questo senso, quindi, “il perdono è l’esatto opposto della vendetta, che consiste nel reagire a un’offesa originale, e lungi dal porre un termine alle conseguenze del primo errore, lega ognuno al processo, permettendo alla reazione a catena implicita in ogni azione di imboccare un corso sfrenato. (...). La libertà contenuta nell’insegnamento di Gesù è la libertà dalla vendetta che imprigiona chi fa e chi soffre dell’automatismo implacabile del processo dell’azione, che non ha in sé alcuna tendenza a finire”⁴¹.

In tal modo, il perdono assume una duplice funzione, intrinsecamente connessa alla duplicità dei suoi effetti: un “effetto estintivo o anairetico”, che spegne sul nascere il terribile focolaio della vendetta, impedendo l’instaurarsi di un’immonda catena di faide, ed un “effetto riconciliativo”⁴², strettamente legato al primo, nel cui esplicarsi si concretizza il miracolo dello Spirito assoluto della lezione hegeliana.

È evidente, allora, come – nella dimensione del giuridico – uno spazio per il perdono possa aversi solo attraverso una “autolimitazione del potere coercitivo”⁴³, in una prospettiva rieducativa tesa alla piena reintegrazione del colpevole nel tessuto sociale.

La forza rivoluzionaria del perdono verso il colpevole e l’esigenza di assicurare una punizione alla colpa si incontrano inevitabilmente, allora, su un nuovo terreno, quello di una “pena” intesa nella sua essenziale funzione ri-educativa.

È questo, insomma, il “principio del reinserimento sociale del reo volto a garantire e a promuovere la funzione rieducativa della pena attraverso un percorso pedagogico”⁴⁴.

In questa prospettiva, negli ordinamenti contemporanei, la funzione della pena, che gli apporti teorici hanno tradizionalmente individuato, con varie inflessioni, in quella retributiva, in quella preventiva generale e in quella generalmente definita dell’emenda, viene con sempre più vigore collegata alla rieducazione del condannato, come espressamente stabilisce l’art. 27 della Costituzione italiana, in un quadro interno e

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Cfr. P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L’enigma del passato*, Bologna, 2004.

⁴⁰ Così A. TORTORETO, *Il dilemma del perdono*, cit.

⁴¹ H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2008, 177-178.

⁴² F. ZINI, *Al di là del limite: ontogenesi del perdono*, cit., 75.

⁴³ *Ibid.*, 72.

⁴⁴ *Ibid.*, 72.

sovranazionale fermamente proteso a bandire pene o trattamenti inumani o degradanti⁴⁵. E proprio su questi aspetti si tornerà più compiutamente in seguito. Basti qui anticipare che il diritto penitenziario italiano, dall'entrata in vigore della legge 26 luglio 1975, n. 354, ha registrato la progressiva attuazione del richiamato precetto costituzionale⁴⁶. In quest'ambito, fra gli altri aspetti essenziali alla funzione rieducativa, ha disciplinato la garanzia e l'organizzazione del lavoro all'interno del luogo di pena e, a certe condizioni, all'esterno di esso, con previsione della corrispondente remunerazione per il detenuto lavoratore, l'istruzione e l'avviamento professionale, l'educazione morale, l'assistenza religiosa, l'offerta di percorsi rieducativi contemplanti anche attività culturali, sportive e ricreative. Tutto questo è stato inquadrato nella diffusa giurisdizionalizzazione del rapporto tra il detenuto e l'istituzione penitenziaria, a tutela di ogni suo diritto.

Molti istituti, anche di diritto sostanziale, sono modellati in vista dell'obiettivo riabilitativo. Si ricordi, a titolo di puro esempio, la sospensione condizionale della pena (artt. 163 e ss. cod. pen.), la quale si fonda sulla prognosi favorevole circa il futuro comportamento del reo, scevro da ricadute nel reato, e contempla quale suo approdo positivo l'estinzione del reato stesso, con l'obiettivo di pervenire all'estinzione di una parte della pena, sempre che il reo non commetta ulteriori reati entro un determinato lasso temporale⁴⁷.

Ad ulteriore esempio, si può prendere un altro, significativo istituto del diritto positivo, ossia quello del "perdono giudiziale", contemplato nell'art. 169 del Codice Penale. Esso affida al giudice, sulla base di un pur rigoroso convincimento, la facoltà di astenersi dal pronunciare la condanna del minore di anni diciotto (per una pena detentiva inferiore ai due anni, ovvero per una pena pecuniaria anche congiunta non superiore a euro 1.549,00), se, con riguardo ai criteri indicati dall'art. 133 cod. pen., "presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati"⁴⁸.

Tale istituto, pur circoscritto rigorosamente nelle condizioni e dal principio di legalità, reca la traccia insopprimibile della misericordia anche nelle circostanze estreme della repressione penale. A fondamento del perdono giudiziale è da individuare, in ultima analisi, la persuasione che le circostanze soggettive del reo, in primo luogo, cospirino alla riappropriazione del bene giuridico violato, quale regola essenziale di condotta anche per il giudice.

Mutatis mutandis, analogo segno è dato leggere nella ratio alla base della sospensione del procedimento con messa alla prova (artt. 168 bis e ss. cod. pen., introdotti dalla legge 28

⁴⁵ Sull'incidenza dell'ordinamento CEDU, cfr. M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013.

⁴⁶ Un quadro ampio è offerto in M. RUOTOLO - S. TALINI - M. CAREDDA, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017; oppure M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014.

⁴⁷ Su cui v. già A. BERTULLI, *La sospensione condizionale della pena. Prospettive dommatiche*, Milano, 1972, 80 ss. un quadro ampio in AA.VV., *Art. 163. Sospensione condizionale della pena*, in M. GAMBARDELLA (coord.), *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, V, Milano, 2010, 340 ss.

⁴⁸ Cfr., sul punto, M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, II, Napoli, 2011, 889-955.

aprile 2014, n. 67), tesa al pieno recupero del soggetto ancora imputato (e dunque non condannato), con l'obiettivo, all'esito del percorso positivo, dell'estinzione del reato.

Tralasciando gli altri provvedimenti di generale clemenza determinati dell'amnistia propria (estintiva del reato) e dell'indulto (estintivo della pena), istituti rimessi alla discrezionalità del legislatore e presidiati anch'essi dalla disciplina costituzionale (art. 79 Cost.)⁴⁹, storicamente al potere sovrano è stato sempre riconnesso un parallelo potere di grazia, che nel nostro ordinamento costituzionale è attribuito specificamente al Presidente della Repubblica secondo la previsione dell'art. 87, comma 11, Cost., in base al quale egli "può concedere grazia e commutare le pene".

Se dai più in un siffatto potere è riconosciuta l'esigenza di garantire l'ingresso dell'equità, pur in casi eccezionali, nella rigida applicazione delle norme penali, la valenza del potere di grazia presidenziale non può essere esaurita in un'interpretazione puramente formalistica. Soccorre, a tale proposito, l'interpretazione offerta – all'esito di una vicenda istituzionale non poco travagliata per la tensione sviluppatasi tra i poteri dello Stato entrati in conflitto⁵⁰ – dalla sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale, che, nel riconoscere al Presidente della Repubblica la titolarità esclusiva di siffatto potere, ne giustifica le ragioni nel più ampio assetto dei valori costituzionali.

Centrale, in questo senso, appare l'affermazione della Corte – che riprende le argomentazioni di una precedente pronuncia (sent. 134/1976) – per cui "la funzione della grazia è di attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell'art. 27 Cost., garantendo soprattutto il «senso di umanità», cui devono ispirarsi tutte le pene, e ciò anche nella prospettiva di assicurare il pieno rispetto del principio desumibile dall'art. 2 Cost., non senza trascurare il profilo di «rieducazione» proprio della pena"⁵¹.

Di conseguenza, "una volta recuperato l'atto di clemenza alla sua funzione di mitigare o elidere il trattamento sanzionatorio per eccezionali ragioni umanitarie, risulta evidente la

⁴⁹ Su cui, v. tra i tanti P. POMANTI, *I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia*, Milano, 2008, *passim*. Una riflessione utile sui rapporti tra clemenza e carcere è in G. DELLA MORTE, *La questione carceraria fra diritto e clemenza*, ne *il Mulino*, n. 3/2014, 399 ss.

⁵⁰ Per un affresco realistico e circostanziato della delicata situazione determinatasi sulla questione della concessione della grazia al detenuto Ovidio Bompresi, grazia in vista della cui concessione il presidente della Repubblica si era visto opporre il diniego dal ministro della Giustizia, cfr. A. MORRONE, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia. Un caso concreto di caos istituzionale*, ne *il Mulino*, n. 5/2005, 894 ss. L'A. ha ricordato anche il precedente determinato dal ricorso alla Corte costituzionale da parte del ministro della Giustizia nel settembre 1991 per contrastare l'iniziativa del presidente della Repubblica di concedere la grazia al detenuto Renato Curcio, conflitto poi risolto con la rinuncia al ricorso da parte del proponente, e ha sottolineato gli spunti di assoluta novità che caratterizzavano il ricorso della presidenza della Repubblica, in relazione a cui il presidente aveva rivendicato apertamente la spettanza in via esclusiva del potere di grazia. L'A. ha spiegato, in pari tempo, le ragioni che militavano per un approdo teso a contemplare una sostanziale condivisione tra le posizioni del Guardasigilli e quelle del governo, non auspicando, perciò, l'affermazione della piena ed esclusiva competenza del presidente della Repubblica *in subiecta materia*.

⁵¹ Corte costituzionale, sent. n. 200 del 2006, Punto 6.1 *Considerato in diritto*. La Dottrina più sensibile è in *primis* G. ZAGREBELSKY in *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974, 70, da tempo ha evidenziato come "attraverso i decreti di clemenza si determina una situazione per la quale fra tutti i fatti che costituiscono la stessa violazione di una medesima norma penale, solo alcuni e non altri ricevono la sanzione secondo le prescrizioni della legge comune". La spiegazione è nella riconduzione degli atti di clemenza all'art. 3 comma 2 Cost., ovvero al principio dell'eguaglianza sostanziale che giustifica trattamenti diversi a fronte di obiettive situazioni diverse.

necessità di riconoscere nell'esercizio di tale potere una potestà decisionale del Capo dello Stato quale organo *super partes* estraneo al circuito dell'indirizzo politico-governativo⁵².

Dunque, anche dalla riconduzione del potere di grazia all'esclusiva titolarità del Presidente della Repubblica, quale Capo dello Stato, e al di fuori di una lettura prevalentemente formalistica dell'istituto della "controfirma ministeriale" per come si desume dall'art. 89 Cost.⁵³, è dato evincere la rilevanza primaria della persona di cui è sigillo il richiamo all'art. 2 della Carta.

Quanto questa prospettiva evochi altresì la nozione pur "atecnica" di misericordia è di chiara evidenza, se si considera che la Corte, valutando "la riconduzione alla sfera giurisdizionale degli strumenti tipici previsti dall'ordinamento penale, processual-penale e penitenziario⁵⁴ (oltre alla liberazione condizionale, la detenzione domiciliare, l'affidamento in prova ai servizi sociali, la semilibertà ed altri)", individua nel potere di grazia "la funzione di eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria"⁵⁵.

⁵² Come ben ha messo in luce M. GORLANI (*Una nuova dimensione costituzionale per il Capo dello Stato?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 settembre 2006, 3), per la prima volta si afferma che "il Presidente della Repubblica è titolare di un potere diretto ed esclusivo di attuazione di valori costituzionali primari (come quelli consacrati dall'articolo 27) a prescindere dall'Esecutivo". Una conclusione, questa, che rafforza la posizione del Capo dello Stato come rappresentante dell'unità nazionale e, dunque, dei valori costituzionali che contraddistinguono la Repubblica Italiana come Stato democratico.

Ad avvalorare ulteriormente la tesi della sottrazione della grazia al circuito politico-governativo, la Corte menziona la sentenza 274/1990, con cui si era dichiarata l'illegittimità costituzionale del terzo comma dell'articolo 589 del Codice di Procedura Penale, il quale stabiliva che, nel caso previsto dall'articolo 147, primo comma, n. 1, del Codice Penale (presentazione della domanda di grazia), spettasse al Ministro di Grazia e Giustizia e non al Tribunale di sorveglianza il potere di differire l'esecuzione della pena.

⁵³ Ciò, peraltro, non deve far obliterare le, pur autorevoli, posizioni critiche emerse in ordine alla sentenza in questione, fra le quali v. L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo* (www.associazionedicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/organizzazione/stato/elia.html), dove vengono enumerati punti di criticità della decisione e le conseguenze negative paventate, nel quadro di una ritenuta svalutazione delle consuetudini costituzionali e di una interpretazione del quadro normativo – definita letteralistica – che avrebbe finito per marginalizzare il ruolo del ministro titolare del potere di controfirma da parte del ministro competente del decreto di concessione della grazia o della commutazione della pena, degradandolo a mero atto dovuto, così rendendo politicamente e giuridicamente non responsabile il ministro controfirmante e, necessariamente sovraesponendo il Presidente della Repubblica. Ugualmente critico è il giudizio di M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2007, 190 ss., il quale evidenzia anche come il carattere esclusivamente umanitario ed equitativo annesso alla lettura dell'istituto della grazia dalla Corte costituzionale finisca per escludere, con una certa dose di arbitrio, le possibili motivazioni di tipo politico alla base del relativo provvedimento e, più in generale, la polifunzionalità della grazia stessa. Ancor più critico è il giudizio sulla qualificazione dell'atto di concessione della grazia quale "atto sostanzialmente presidenziale": l'eccezionalità della grazia e la tradizionale diffidenza dei sistemi democratici verso l'esercizio di poteri personali, sebbene rivolti a fini umanitari, avrebbero dovuto indurre la Corte (secondo l'a.) a designare la concessione della grazia come un "atto complesso eguale". Per le problematiche determinate dalla "responsabilità diffusa" del Presidente della Repubblica, concetto evocato per evidenziare l'insufficienza delle regole costituzionali scritte a razionalizzare e contenere nell'alveo della accettabilità il fenomeno di *enlargement of functions* a cui si sono ispirati alcuni atti delle prassi derivabili dalle ultime esperienze presidenziali, v. M. SICLARI, *Alcuni interrogativi suscitati dalla sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006 e T.F. GIUPPONI, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non c'è) la responsabilità, là c'è il potere...*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 20 luglio 2006.

⁵⁴ Nota, difatti, la Corte che, se in passato l'istituto della grazia aveva assunto connotazioni politiche (soprattutto in relazione alle ricadute sul piano della politica penitenziaria), ora dette connotazioni hanno conosciuto un evidente ridimensionamento, in particolare a partire dagli anni '80, in seguito alla riforma dell'ordinamento penitenziario (legge 663/1986). A rendere più solida la sua tesi, la Corte cita alcuni dati relativi al numero dei provvedimenti di clemenza, ridotti dai 1003 del 1966 ai soli 104 del 1987, nell'arco di appena ventun anni.

⁵⁵ Corte costituzionale, sent. n. 200 del 2006, Punto 6.2 *Considerato in diritto*. Di particolare rilievo appaiono quei contributi della Dottrina che leggono la sentenza della Corte in una prospettiva teleologica ampia. Tra questi si

Alla luce dei principi richiamati, le “straordinarie esigenze di natura umanitaria”, con cui il giudice delle leggi ha giustificato un eccezionale strumento di clemenza individuale, finiscono con il connotarlo di un senso di “ordinarietà”, tenendo conto che il fine è sempre rappresentato dalla rieducazione del condannato e dalla piena realizzazione della persona umana⁵⁶. In questo senso, c’è chi ascrive l’istituto tradizionale della concessione della grazia alla funzione della pena propria del diritto penale moderno (e contemporaneo)⁵⁷.

Parallelo, dunque, al tema della grazia non può che essere il tema del perdono, pur con ogni specificità desumibile dai diversi contesti di appartenenza e da eventuali insopprimibili esigenze che trascendono la dimensione della mera giuridicità.

In questa prospettiva, e nella relazione che costantemente stiamo ricercando tra misericordia e giustizia, l’evangelico porgere l’altra guancia non evoca l’invito evidentemente illogico a raddoppiare una condotta malvagia, bensì la disponibilità dello stesso individuo offeso a che la persona allontanatasi dal bene torni a farlo proprio.

Non ci si salva, infatti, da soli: se non resta una guancia ancora aperta alla fiducia verso chi si è avvicinato al male, questi non saprà liberarsi dal male. Il che spiega come il perdono non rappresenti la risposta, più o meno distaccata, a un pentimento già avvenuto, bensì costituisca l’elemento facilitatore o, in molti casi, la condizione determinante affinché il pentimento stesso possa realizzarsi⁵⁸.

segnala A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2007, 4, per il quale la logica della sentenza poggia tutta sul presupposto “che è proprio il comune perimetro rappresentato dall’art. 27, comma 3, Cost. (nelle sue differenti declinazioni) sia il punto di riferimento essenziale per edificare un nuovo, secolarizzato assetto costituzionale degli atti di grazia, d’indulto e di amnistia”.

⁵⁶ A. CENTONZE, *Il potere di grazia. La funzione sociale della pena e la rilettura costituzionale delle misure di clemenza individuale*, cit., 43, evidenzia, all’esito dell’intervento della Corte costituzionale, che la funzione della grazia è quella di attuare i valori costituzionali consacrati negli artt. 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., in quanto assicura che l’esecuzione della pena avvenga nel pieno rispetto della persona del condannato e garantisce, nello stesso tempo, l’attuazione di un percorso individuale di natura rieducativa. V. anche le perspicue riflessioni di A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza n. 200/2006. Un nuovo statuto per gli atti di clemenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2007, *passim*, il quale esamina anche in prospettiva futura lo snodo determinatosi con l’importante pronuncia del Giudice delle leggi, prospettando la centralità dell’art. 27, terzo comma, Cost., che traccia l’orizzonte costituzionale comune a tutti gli istituti di clemenza, che devono restare sempre connessi alle funzioni della pena in un rapporto di mezzo a fine: in questa direzione, l’esercizio di tutte le potestà dispieganti atti di clemenza deve essere attuato sempre valutando le finalità proprie della pena, di guisa che, se esso contrastasse con tali finalità, così da svilire il senso stesso della comminatoria edittale, finirebbe per esorbitare dall’ambito costituzionale.

⁵⁷ Per tutti, V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Dall’indulgentia principis all’idea dello scopo*, Napoli, 2007. Sugli altri istituti di clemenza, v. anche S. ANASTASIA - F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Roma, 2018.

⁵⁸ Al riguardo, con una digressione di carattere letterario, mi sembra utile qui citare il meraviglioso ed emblematico episodio del Vescovo di Digne, da “*I Miserabili*” di Victor Hugo. Il prelado accoglie nella sua casa, offrendogli la cena e un letto per la notte, il galeotto Jean Valjean, appena reduce da venti anni di lavori forzati ed emarginato per l’occasione da tutti i benestanti e benpensanti del paese. Valjean lo ripaga trafugando di notte tutta la preziosa argenteria e andandosene via alla chetichella. Il Vescovo viene informato del furto da due gendarmi che hanno sorpreso il galeotto con la refurtiva. Non si scompone e, con una benefica bugia, dice di avergli regalato quel “tesoretto”: gli evita così il carcere a vita e gli dona una chance per quella resurrezione sociale e morale che poi caratterizzerà tutta la sua avventura umana nel romanzo. È un altro emozionante esempio di misericordia, che non rinnega il diritto ma si sposa con una forma quasi di “perdono giudiziale”, dettato da esigenze eccezionali e aperto al riscatto di una vita intera.

La giustizia che ingloba la misericordia, dunque, è anche questo: una guancia tuttora rivolta alla ripresa possibile di un dialogo, dopo il male che ci siamo arrecati; un primo passo intrapreso, al di là dei meriti, verso chi ne ha bisogno per riconvertire la sua vita⁵⁹.

4. La Costituzione ed un modello di giustizia conforme alla dignità della persona

Il modello della misericordia non può essere eluso trincerandosi dietro le parole “rendete a Cesare quello che è di Cesare e a Dio quello che è di Dio”. Esse non significano affatto l'irrelevanza della provocazione religiosa rispetto all'umano, quasi che essa riguardi solo una sfera avulsa dal contesto delle realtà terrene.

Piuttosto, queste parole delineano in modo chiaro il profilo specifico dell'area “di Dio” distinta da quella “di Cesare”, valgono a sottolineare l'esigenza della “tutela della dignità superiore e inalienabile della persona e della sua natura intrinseca”, per modo che i valori etici assoluti della solidarietà, della giustizia, della vita non possano essere meramente funzionalizzati all'interesse politico-finanziario e piegati esclusivamente alle strategie del sistema o del mercato⁶⁰.

Magnae dignitatis est in rationali creatura subsistere: così San Tommaso d'Aquino evocava la dignità della persona, della “razionale creatura” per eccellenza⁶¹.

Ecco, allora, che si comprende sotto una luce più chiara l'assunto per cui “una società giusta può essere realizzata soltanto nel rispetto della dignità trascendente della persona umana. Essa rappresenta il fine ultimo della società, la quale è ad essa ordinata”⁶².

Solo il riconoscimento della dignità di ogni essere umano, infatti, “può rendere possibile la crescita comune e personale di tutti”⁶³: una prospettiva che vede tutti gli esseri umani in quanto persone “libere ed eguali in dignità e diritti”, ricordando l'articolo 1 della coeva Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Una prospettiva per la quale – in quanto eguali nella comune dignità – “non c'è più giudeo né greco; non c'è più schiavo né libero; non c'è più uomo né donna, poiché tutti voi siete uno in Gesù Cristo” (Gal 3, 28).

⁵⁹ L. EUSEBI, *Giustizia umana e misericordia*, cit., 57.

⁶⁰ G. RAVASI, *op. cit.*, 7.

⁶¹ *Magnum miraculum est homo*: così, invece, avrebbe esclamato più tardi Pico della Mirandola nella sua celeberrima *Oratio de hominis dignitate*, riprendendo un detto ermetico. Meraviglioso appare, in particolare, un passo del discorso dell'insigne umanista, che ben può essere eletto ad emblema del rapporto tra dignità, ragione e libertà dell'uomo: “Stabili finalmente l'ottimo artefice che a colui cui nulla poteva dare di proprio fosse comune tutto ciò che aveva singolarmente assegnato agli altri. Perciò accolse l'uomo come opera di natura indefinita e postolo nel cuore del mondo così gli parlò: Non ti ho dato, o Adamo, né un posto determinato, né un aspetto proprio, né alcuna prerogativa tua, perché quel posto, quell'aspetto, quelle prerogative che tu desidererai, tutto secondo il tuo voto e il tuo consiglio ottenga e conservi. La natura limitata degli altri è contenuta entro leggi da me prescritte. Tu, non costretto da nessuna barriera, la determinerai secondo il tuo arbitrio, alla cui potestà ti consegnai. Ti posi nel mezzo del mondo perché di là meglio tu scorgessi tutto ciò che è nel mondo. Non ti ho fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, perché di te stesso quasi libero e sovrano artefice ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avresti prescelto. Tu potrai degenerare nelle cose inferiori che sono i bruti; tu potrai, secondo il tuo volere, rigenerarti nelle cose superiori che sono divine”: Cfr. G.P. DELLA MIRANDOLA, *Discorso sulla dignità dell'uomo*, a cura di G. Tognon, prefazione di E. Garin, Brescia, 1987, 5-7.

⁶² COMPENDIO DELLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA, Città del Vaticano, 2004, 70.

⁶³ *Ibid.*, 76.

Ed è attorno al valore centrale della dignità che ruota l'assetto costituzionale: in altri termini, possiamo trarre dalla nostra stessa Costituzione elementi assai significativi per affermare un modello diverso di diritto e di giustizia.

Un modello, per l'appunto, pienamente conforme alla dignità della persona.

Si ricorda innanzitutto l'art. 2, che rivoluziona il rapporto classico tra persona e Stato, affermando che la Repubblica riconosce i diritti umani fondamentali (dunque non li crea, né li istituisce, né li concede): vale a dire che la norma reputa quei diritti coesenziali alla condizione umana, di modo che il cittadino non è suddito dello Stato, bensì lo Stato, o meglio l'organizzazione pubblica, è al servizio della dignità di ciascun individuo.

Rispetto ai due modelli alternativi di Costituzione, secondo la ripartizione proposta da Costantino Mortati proprio in relazione al diverso ruolo che vi può assumere la persona umana, può asserirsi senza dubbio che la Costituzione italiana propende decisamente verso una sua configurazione come “valore-fine in sé”, invece che come “strumento per la realizzazione degli interessi collettivi”⁶⁴.

L'uomo come “scopo in se stesso” (*Zweck an sich selbst*), dunque, per dirla kantianamente attraverso la *Selbstzweckformel*⁶⁵.

Ed è stato, infatti, il grande filosofo di Königsberg a sostenere che “nel regno dei fini, tutto ha un prezzo o una dignità. Ciò che ha un prezzo può essere sostituito con qualcos'altro come equivalente. Ciò che invece non ammette alcun equivalente, ha una dignità”⁶⁶.

E ciò che “possiede una dignità (un valore intrinseco assoluto)” è proprio “l'uomo considerato come persona”, “elevato al di sopra di ogni mezzo, perché come tale (*homo noumenon*) egli deve essere riguardato, non come un mezzo per raggiungere i fini degli altri e nemmeno i suoi propri, ma come un fine in sé: vale a dire egli possiede una dignità (...), per mezzo della quale costringe al rispetto di se stesso tutte le altre creature ragionevoli del mondo, ed è questa dignità che gli permette di misurarsi con ognuna di loro e di stimarsi loro uguale”⁶⁷.

Tornando al nostro tema, il compromesso di alto profilo raggiunto in Assemblea Costituente, cui venne dato un forte impulso dall'ordine del giorno Dossetti del settembre 1946, fu alla base del “principio della anteriorità e della precedenza dei diritti rispetto al riconoscimento dello stato, in quanto essi preesistono a questo come bagaglio insopprimibile della personalità individuale (così anche Corte cost. nn. 1/1956 e 252/1983)”⁶⁸.

⁶⁴ Così M.R. MORELLI, *La dignità della persona tra inviolabilità dei diritti fondamentali e doveri di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali*, in *Studi Urbinati*, vol. 67, n. 1-2 (2016), 106. Sul punto, v. anche C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959.

⁶⁵ Il riferimento è alla nota formulazione che declina l'imperativo etico in senso positivo, cioè distanziandosi dalla versione (soprattutto) negativa che aveva caratterizzato la Regola d'oro, dal libro di Tobia (*Tb*, 4, 15) alla Scolastica: “*Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest*” [I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), ed. a cura di T. Valentiner, Stoccarda, 2004, 7].

⁶⁶ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in ID., *Opere*, III, Milano, 2009, 799.

⁶⁷ I. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di G. Vidari, Roma-Bari, 1970, Parte II, par. 11, 294.

⁶⁸ Così P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, 126.

La dignità⁶⁹, in questo contesto, appare come un attributo inscindibile e indissolubile della persona: in altre parole, essa si atteggia – nelle tradizioni costituzionali europee – “come valore ultimo e fondante della persona; come clausola che ne riassume le caratteristiche e le qualità”⁷⁰.

La dignità, quindi, è protetta in quanto “nucleo duro dell’umano”⁷¹, che vieta di “degradare l’uomo concreto a oggetto, semplice strumento, entità fungibile”⁷², perché essendo qualità e connotato insopprimibile che lo connatura, lo rende altro da una mera “res”.

Si può dire, allora, che “la promessa di riconoscimento reciproco fa divieto di permettere all’interno del patto l’umiliazione degli uomini. Questo divieto può e deve essere letto anche democraticamente (...). La promessa reciproca di riconoscimento come membri aventi la stessa dignità esclude di conseguenza che si riconosca in via di principio a qualcuno il permesso di privare un altro individuo – per qualsiasi motivo – di questo status”⁷³.

Ecco, ancora una volta, come risuonano echi cristiani, prima ancora che kantiani: “in nessun caso la persona umana può essere strumentalizzata per fini estranei al suo stesso sviluppo”⁷⁴.

La dignità umana, giuridicamente riconosciuta nella Costituzione italiana, può allora essere “intesa come la premessa della tutela dei diritti fondamentali e come una valvola che assicura alcune esigenze minime di tutela di ciò che è umano di fronte al rischio della sua reificazione”⁷⁵.

Dunque, il principio personalistico⁷⁶, quale spicca a partire dall’articolo 2, pone di fatto la dignità come presupposto implicito di numerosi diritti fondamentali. È “un presupposto destinato ad emergere dal riconoscimento, dalla definizione, dalla descrizione

⁶⁹ Come è stato opportunamente evidenziato in dottrina, emergono diversi usi fondamentali della nozione di dignità in senso giuridico, almeno cinque: “a) come limite ai diritti fondamentali; b) come fondamento di nuovi diritti; c) come ulteriore sostegno a diritti già riconosciuti; d) come perno del bilanciamento; e) come concetto utilizzato per definire altri concetti”. Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 178. Più in generale, sul piano della teoria generale, si possono anche accostare due visioni giusfilosofiche alternative ma non incompatibili: l’una statica che riconosce all’uomo la dignità per il fatto dell’appartenenza alla specie umana (p.e. G. DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, 117 ss.), l’altra dinamica che si riferisce alla costruzione dell’identità sociale della persona [cfr. diffusamente N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), Berlino, 1974].

⁷⁰ Così G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 11.

⁷¹ Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 178.

⁷² G. DURIG, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, No. 2 (1956), 117-175, ricordato da J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *POLIS Working paper*, n. 79, Ottobre 2006.

⁷³ H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell’uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 645 ss.

⁷⁴ COMPENDIO DELLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA, cit., 71.

⁷⁵ Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 186.

⁷⁶ Per quanto attiene al principio personalista, è significativa la sentenza della Cassazione civile, I sez., del 16 ottobre 2007, n. 21748, in cui si legge che esso “anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo e assorbente, concepisce l’intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del ‘rispetto della persona umana’ in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”.

e dalla disciplina di quei diritti nel testo costituzionale⁷⁷: essa, in altre parole, assurge a metadiritto, a base stessa dei diritti fondamentali⁷⁸, o – riprendendo la lezione di Gaetano Silvestri – “presupposto assiologico dei diritti fondamentali”⁷⁹.

Come osserva Ferrajoli, quindi, “esiste (...) un nesso tra persona, dignità e diritti fondamentali: la dignità spetta alla persona solo perché è tale e si realizza attraverso l’attribuzione alla persona dei diritti fondamentali, sia di libertà che sociali, e la loro concreta garanzia”⁸⁰.

Una lettura accolta dalla stessa Corte costituzionale, che più volte si è espressa in termini di “coessenzialità” di dignità e diritti: si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 388 del 1999, in cui la Corte – sia pure in un *obiter dictum* – ha asserito che i diritti inviolabili dell’uomo sanciti dall’articolo 2 sono “sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coessenziali alla dignità della persona”.

In qualche modo, dunque, può affermarsi che dietro l’invulnerabilità⁸¹ dei diritti riconosciuti dall’articolo 2 si celi l’intangibilità della dignità umana, di quella stessa *Menschenwürde* di cui parla la Costituzione tedesca.

L’art. 3, a sua volta, specifica che la dignità sociale, cioè la rilevanza dei diritti inviolabili nei rapporti con gli altri, non dipende da alcuna condizione personale o sociale, cioè dal giudizio che si dia di un dato individuo, bensì soltanto dalla sua esistenza in vita (così che il rispetto della vita costituisce presidio del principio di uguaglianza)⁸².

Il richiamo alla dignità presente nell’articolo 3, 1° comma, della Costituzione – come ricorda autorevole dottrina – ha una “spiccata connotazione, incentrata sulla concretezza delle condizioni di vita”⁸³. La persona umana della Costituzione italiana, quindi, è l’*homme situé*, un uomo calato nella concretezza della dimensione storica, nella concretezza delle sue esigenze e dei suoi bisogni, della vita di tutti i giorni, proprio in quanto “essere sociale”⁸⁴.

⁷⁷ Così G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 15.

⁷⁸ Scrive, in proposito, G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli, 2008, 71: “Non va dimenticato che la dignità umana non è tanto un diritto, quanto il fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona. Rappresenta, in un certo senso, la bussola che serve per interpretare il sistema costituzionale dei diritti, i quali, pur possedendo ciascuno uno specifico significato, tutelano un bene giuridico unitario. I particolari profili della personalità umana, pur risultando autonomamente giustiziabili, appaiono riconducibili alla più generale espressione di dignità umana (...)”.

⁷⁹ Così G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html.

⁸⁰ L. FERRAJOLI, *Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2019, 24.

⁸¹ È d’uopo ricordare che “quando si dice (...) che i diritti fondamentali sono inviolabili si vuol dire che essi sono costituiti da un nucleo di interessi, che né le leggi né gli atti amministrativi e neppure gli atti di diritto privato possono ridurre e tantomeno eliminare, in quanto la persona umana gode di una posizione di supremazia rispetto allo Stato stesso e a tutti i settori in cui si articola la sua sovranità” (così G. BARONE, *Diritti fondamentali. Diritto a una vita serena. Il percorso della giurisprudenza*, Roma, 2008, 24).

⁸² Su cui, tra i tanti, v. A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co.*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 65 ss.

⁸³ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un’introduzione*, cit., 125. Secondo P.A., questa non avrebbe, dunque, lo stesso spessore culturale, e non avrebbe neppure “lo spettro e la valenza onnicomprensivi della *Menschenwürde* della Legge fondamentale tedesca, ma concorre in ogni caso a porre sullo sfondo dell’impianto dei diritti un’immagine dell’uomo, che dalla concretezza del radicamento sociale del soggetto non può fare astrazione”.

⁸⁴ N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, XI.

La “dignità” della nostra Carta costituzionale, insomma, è un meraviglioso paradosso: è un universale concreto, che guarda a tutti indistintamente e nel contempo a ciascuno, nella sua esistenza specifica⁸⁵.

Il significato dell’art. 3 nel suo complesso viene rafforzato nell’ultimo comma di detto articolo, in forza del quale «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli» che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana»⁸⁶ limitandone, «di fatto, la libertà». La libertà, dunque, si realizza non quando semplicemente si fa ciò che si vuole, bensì quando ciascuno trova sia in se stesso, sia nell’aiuto altrui, sia nel sostegno delle istituzioni pubbliche, le risorse per la propria realizzazione personale⁸⁷ e per la partecipazione effettiva alla vita comunitaria, rectius all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese⁸⁸.

Rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale significa soprattutto emancipare l’uomo dal bisogno, al fine di consentirne il pieno sviluppo della personalità ed il godimento effettivo di quei diritti fondamentali di cui proprio la dignità, come detto in precedenza, è il presupposto assiologico.

Sullo stretto legame tra dignità ed eguaglianza⁸⁹, si è detto opportunamente che “il valore individuale della dignità, come espressione di autonomia e di libertà, si salda strettamente al rapporto fra eguaglianza e diversità, nonché al rapporto fra diritti inviolabili e doveri di solidarietà: non vi può essere pari dignità senza eguaglianza, nel rispetto della diversità. La dignità (...) diviene il nucleo essenziale sul quale fondare l’eguaglianza e il divieto di discriminazione fra le persone. La dignità è un attributo

⁸⁵ Scrive in proposito M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, 2017, 39: “la dignità (...) è da una parte la misura massima e più alta della persona nella sua unicità, e richiama così per un verso la dimensione della anteriorità della persona medesima alla norma positiva statale, e dunque la sua inviolabilità, come se essa fosse composta di materia indisponibile da parte della autorità politica, dei poteri costituiti, delle maggioranze; ma dall’altra è nello stesso tempo – come recita proprio il nostro art. 3 – concretamente ‘sociale’, perché riferita all’accesso che ciascuno possiede ai beni fondamentali che qualificano come ‘degni’ una vita, ovvero a quei beni (...) materia per la costruzione dei diritti sociali, e dunque l’istruzione, il lavoro, la salute”. Da una parte, cioè, la dignità come “dote e struttura ontologica dell’uomo”; dall’altra, la dignità come “prestazione”, come punto d’arrivo di un programma di emancipazione [così G. TARANTINO, *Sulla dignità umana come presupposto dei diritti dell’uomo e sul Welfare State. Itinerari per uno studio*, in M. DEL MILAGRO MARTIN LOPEZ - F. TORCHIA (a cura di), *Dittatura economica, democrazia, Welfare State*, Milano, 2020, 221-224]. Da una parte, dunque – come si osserva nella conclusione di P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009, 85 ss. – una teoria che simboleggia l’universale; dall’altra, una teoria della dignità “che si riferisce all’individuale, il quale esige una tutela non univoca, ma differenziata”.

⁸⁶ Sul concetto di persona, la dottrina ha reso una definizione fortemente radicata in un approccio segnato dalla cultura giusnaturalista, cui per ragioni evidentemente diverse si ispiravano sia la tradizione cattolico-democratica che – almeno in parte – quella socialista: la persona è «un’unità o totalità tematico-ontologica, nel senso che è una struttura di atti portatrice di valori [...] e, come tale, carica di potenzialità di azioni (*diritti naturali*): un’unità nella quale è racchiuso il suo sviluppo nel “mondo” (giuridico) conforme al suo concetto, conforme cioè all’intuizione fondamentale di sé, che è la dignità umana”, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enc. giur. it.*, XI, Roma, 1989, 5.

⁸⁷ L. EUSEBI, *Giustizia umana e misericordia*, cit., 55.

⁸⁸ “La persona alla quale si allude nel testo costituzionale è centro di rapporti umani, vive e si realizza nel contesto sociale, tramite le relazioni che intrattiene con gli altri, in una rete di interscambi continui”: la prospettiva del pieno sviluppo della persona umana è, dunque, quella di “una libertà intesa come coinvolgimento attivo nell’autogoverno della comunità, ma anche come orizzonte nel quale è data a tutti la possibilità di esplicitare le proprie potenzialità a cominciare dalla garanzia delle basi materiali dell’esistenza”: così M. DOGLIANI - C. GIORGI, *Art. 3*, Roma, 2017, 114-115.

⁸⁹ Sulla dignità come il primo dei quattro fondamenti dell’eguaglianza, cfr. anche L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, Roma-Bari, 2018, 7 ss.

naturale e intrinseco di tutti e di ciascuno: uomini e donne; sani e malati; bambini, adulti e anziani; ricchi e poveri; cittadini e stranieri; colti e ignoranti; liberi e detenuti; credenti e atei”⁹⁰.

Logico corollario di questo legame “ontologico” tra dignità ed eguaglianza è il fecondo rapporto tra dignità e solidarietà: “La persona, inserita nel sociale, si realizza nel rapporto con gli altri ad un tempo eguali e diversi da lui; proprio a fronte della specificità e delle diversità di ciascuno, non può esservi eguaglianza senza solidarietà, che è capace di superare la diversità nella prospettiva dell’eguaglianza”⁹¹.

Ne è ulteriore conferma il fatto che, senza l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, non è possibile realizzare il disegno emancipativo prospettato dal principio di eguaglianza sostanziale.

Il “dover essere” del progetto costituzionale non può farsi “essere” senza l’impegno di tutti i cittadini. Un impegno estendibile in tutti i campi, a partire, a titolo esemplificativo, dai doveri di contribuzione fiscale, di cui all’articolo 53⁹².

Ecco, allora, che emerge in tutta la sua decisiva importanza il tema dell’indissolubilità del rapporto tra diritti e doveri, di cui è consacrazione normativa l’articolo 2 della Costituzione: il dovere costituzionale di solidarietà “deve essere funzionale alla miglior tutela dei diritti fondamentali dell’altro”⁹³.

La dimensione dei doveri di solidarietà traduce nella sfera del giuridico la fraternità cristiana⁹⁴ e illuministica⁹⁵, calandola nella dimensione concreta dei rapporti sociali: “riconoscere l’altro come essere umano, per un’antropologia personalistica” come quella adottata dalla Costituzione italiana, “significa allora accoglierne e sostenerne la strutturale condizione di fragilità e disporre l’organizzazione dei rapporti sociali alla cura come a un dovere inderogabile”⁹⁶.

⁹⁰ Così G. M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, cit., 19.

⁹¹ *Ibid.*, 22.

⁹² In proposito, sovviene alla mente una splendida frase di Gandhi, ricordata da Flick nel suo scritto: “La vera fonte dei diritti è il dovere. Se adempiamo i nostri doveri, non dovremo andare a cercare lontano i diritti. Se, lasciando i doveri inadempiti, rincorriamo i diritti, ci sfuggiranno come fuochi fatui. Quanto più li inseguiamo, tanto più fuggono lontano...”.

⁹³ G. AZZARITI, *Il dovere costituzionale della solidarietà*, in C. SMURAGLIA (a cura di), *La Costituzione, 70 anni dopo*, Roma, 2019, 245. Tornano alla mente, a ben vedere, in un ideale dialogo con la Costituzione repubblicana italiana, gli insegnamenti dell’alto Magistero di Papa Giovanni XXIII (PAPA GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, 16): “nella convivenza umana ogni diritto naturale in una persona comporta un rispettivo dovere in tutte le altre persone: il dovere di riconoscere e rispettare quel diritto. Infatti ogni diritto fondamentale della persona trae la sua forza morale insopprimibile dalla legge naturale che lo conferisce, e impone un rispettivo dovere. Coloro pertanto che, mentre rivendicano i propri diritti, dimenticano o non mettono nel debito rilievo i rispettivi doveri, corrono il pericolo di costruire con una mano e distruggere con l’altra”.

⁹⁴ La stessa idea di “giustizia”, nella visione evangelica, è strettamente correlata a quella di fraternità, ove si consideri la necessità per i discepoli (cfr. Mt 6,1) “di praticare la giustizia, concretizzandola nelle relazioni interpersonali, secondo un modello reciproco di fraternità e accettazione dell’altro, ispirato a una logica di perdono ‘senza misura’” (Così G. DE VIRGILIO, *Il sogno di Dio. Giustizia e pace si baceranno*, cit., 97).

⁹⁵ Si pensi alla terza parola del motto dei rivoluzionari francesi (*liberté, égalité, fraternité*).

⁹⁶ Così F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012, 39. Sul tema, cfr. anche F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; A.M. BAGGIO (a cura di), *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, Roma, 2007; A. MARZANATI - A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014. In particolare, secondo A. MATTIONI, *Solidarietà giuridificazione della fraternità*, in A. MARZANATI - A. MATTIONI, *op. cit.*, 42, la fraternità è un’idea “filiata da culture differenti, dottrine religiose, filosofie

In questo contesto, appare assai significativa la riflessione di Simone Weil: “un diritto non è efficace di per sé, ma solo attraverso l’obbligo corrispondente; l’adempimento effettivo di un diritto non viene da chi lo possiede, bensì dagli altri uomini che si riconoscono, nei suoi confronti, obbligati a qualcosa. L’obbligo è efficace allorché è riconosciuto”⁹⁷.

L’obbligo, poi, deve scaturire da un atteggiamento di profonda attenzione per l’altro, per ciascun essere umano, che la Weil, fedele all’etimo latino, chiama rispetto. “*Respicere*” (part. pass. *respectum*) significa infatti prendersi cura, avere riguardo, prestare attenzione, prestare ascolto: “L’oggetto dell’obbligo, nel campo delle cose umane, è sempre l’essere umano in quanto tale. C’è obbligo verso ogni essere umano, per il solo fatto che è un essere umano, senza che alcun’altra condizione abbia ad intervenire; e persino quando non gliene si riconoscesse alcuno. [...] Quest’obbligo è incondizionato. Se esso è fondato su qualcosa, questo qualcosa non appartiene al nostro mondo. Nel nostro mondo, non è fondato su nulla. È questo l’unico obbligo relativo alle cose umane che non sia sottomesso a condizione alcuna. Quest’obbligo non ha un fondamento, bensì una verifica nell’accordo della coscienza universale”⁹⁸.

giusnaturalistiche ed illuministiche, elaborazioni scientifiche senza che questi diversi approcci, storicamente documentati, possano essere considerati alternativi. La fraternità in quanto idea naturale (...) adempie anche alla funzione di rendere possibile un’accentuata positivizzazione della solidarietà giuridicizzazione della prima e di far sì che principi che nelle diverse forme che assume la governano risultino sottratti alla disponibilità di procedure giuridiche capaci di derogarvi”. Sul rapporto tra principio personalista e principio solidarista, cfr. B. DE MARIA, *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, 2013, 33-34: “l’art. 2 Cost. include nel modello dei rapporti tra autorità e libertà posto a fondamento dell’ordine repubblicano, ossia nella forma di Stato configurata dai principi fondamentali della Costituzione, il valore della persona che, tra l’altro, è definita come soggetto ‘titolare’ di diritti inviolabili e di doveri inderogabili, questi ultimi finalizzati alla costruzione di un contesto sociale, politico ed economico improntato al valore della solidarietà. L’inderogabilità dei doveri solidaristici proclamata da questo articolo si traduce, dunque, in uno strumento per la definizione di un certo tipo di ‘contesto’ per la persona, e ispira la configurazione delle regole che disciplinano le relazioni tra singoli; tra questi e le formazioni sociali intermedie; tra formazioni sociali; nonché tra singoli, formazioni sociali e pubblici poteri”.

⁹⁷ S. WEIL, *La prima radice. Preludio a una dichiarazione dei doveri verso l’essere umano*, Milano, 1996, 13, menzionata da F. PIZZOLATO, *op. cit.*, 40. Weil propone di ricentrare la teoria e la prassi etico-politica e giuridica attorno alla figura dell’obbligo, del dovere. Dalla Rivoluzione francese in avanti, infatti, l’Occidente ha vissuto un’epoca fatta di ininterrotte rivendicazioni politiche e sociali inerenti al piano dei diritti: diritti naturali, diritti civili, diritti politici e sociali. La categoria del diritto è assurda negli ultimi secoli a baricentro del linguaggio politico, delle lotte e delle rivendicazioni sociali, facendo registrare una progressiva espansione del portato semantico della nozione stessa di diritto. Ma, argomenta la Weil, il linguaggio dei diritti sottende una logica duplice e doppiamente perversa, quella dell’individualismo e quella della forza. I diritti, infatti, valgono nella misura in cui chi li rivendica, normalmente per perseguire fini di utilità personale, ha la forza, accordatagli dall’ordinamento, di imporli agli altri. Un diritto al quale non corrispondesse alcun obbligo nei confronti degli altri consociati, sarebbe di per sé inefficace. L’obbligo, invece, quand’anche non trovasse un corrispettivo nel diritto dell’altro, non per questo cesserebbe di operare. Se il diritto allora pone chi lo rivendica in una posizione di forza, l’obbligo pone colui su cui grava in una posizione di debolezza. L’obbligato è infatti, per definizione, un essere in dovere-di, in mancanza-di, rispetto a colui che può rivendicare un diritto e che dunque obbliga. L’obbligo, poi, ha sempre come oggetto persone concrete, reali, identificabili, mai enti astratti o soggetti collettivi. Weil afferma dunque che ciò che contraddistingue davvero l’uomo non dipende dal possesso di particolari diritti da esercitare per far valere la sua individualità, ma dalla sua apertura a qualcosa che è estraneo, nella misura in cui è inafferrabile nella sua totalità, e che trova origine nel bisogno di bene e giustizia racchiuso nel cuore di tutti. Quindi, il rifiuto di servirsi della nozione di diritto nasce da una chiara convinzione dell’autrice: sono gli obblighi che si trovano in stretta relazione con l’essere umano e in particolare con quella che viene definita la parte più segreta della sua anima, i soli ad aprire il campo all’incondizionato, all’assoluto. Sul pensiero della Weil, v., tra gli altri, T. GRECO, *La bilancia e la croce. Diritto e giustizia in Simone Weil*, Torino, 2006.

⁹⁸ S. WEIL, *La prima radice. Preludio a una dichiarazione dei doveri verso l’essere umano*, cit., 11.

“Benché ‘avvertito’ da tutti, dunque, tale obbligo non dispone di uno specifico fondamento; ciò non significa però che esso sia privo di valore, che anzi deriva da quello proprio di ogni essere umano. Ogni uomo è, infatti, in sé un valore assoluto, da pensarsi sempre come fine e mai come mezzo, un valore cioè che si impone per la sua stessa auto-evidenza ad ogni coscienza”⁹⁹.

Queste riflessioni sul rapporto diritti/doveri inducono a soffermarci anche sull’importanza del legame costitutivo tra dignità della persona e riconoscimento dei diritti sociali¹⁰⁰: è evidente, infatti, che “se il singolo, per motivi di carattere materiale, non fosse in grado di esercitare effettivamente la propria libertà, allora questa avrebbe soltanto un valore formale; rimarrebbe sulla carta”¹⁰¹.

In altre parole, “l’affrancamento dei non abbienti dalla schiavitù del bisogno consente a questi di godere effettivamente delle libertà (civili e politiche) formalmente riconosciute eguali per tutti: i diritti sociali rivestono dunque il duplice ruolo di strumento sia di attuazione che di possibile ulteriore perfezionamento del principio democratico, in quanto consentono l’effettiva partecipazione di ciascun individuo alla vita politica ed economica del Paese, tutelando in tal modo il substrato di valore della democrazia stessa rappresentato dalla pari dignità di ciascun uomo”¹⁰².

Un legame indissolubile e dal significato cruciale, questo, che ci induce ad individuare un’autentica rivoluzione della dignità, la quale designa, di fatto, una nuova forma di Stato: “è la ‘persona’ a offrire il principio sostanziale che, coordinato con le strutture ‘formali’ dello Stato di diritto, separa alla radice la nuova democrazia costituzionale dallo ‘Stato totalitario’; è la ‘persona’ a suggerire un’immagine del soggetto distante dall’‘individualismo’ liberale, a opporre la ‘solidarietà’ all’‘egoismo’, i diritti ‘sociali’ alla mera libertà ‘negativa’”¹⁰³.

⁹⁹ *Ibid.*, 12. L’attenzione, la premura, il rispetto appunto, che muova dal considerare i bisogni fisici e morali dell’uomo, la consapevolezza che la sua concreta realizzazione, che la piena fioritura della sua personalità, l’espressione in pienezza delle sue potenzialità, passano necessariamente dal soddisfacimento di tali ineludibili mancanze, testimonianze dirette di una fragilità, costitutiva dell’essere umano, che chiede di essere non ignorata o trascinata o sublimata, ma affrontata nella cruda realtà cui rinvia ogni bisogno, è forse il modo più immediato di declinare la *giustizia*, intesa ancora nella sua accezione aristotelico-tomista di “dare a ciascuno il suo”, ovvero, ciò che a ciascuno spetta in ragione proprio dei suoi bisogni più veri e profondi, fisici e morali. Ma tale declinazione che, muove dalla coscienza condivisa del limite, della necessità e, dunque, del bisogno, condizione ontologicamente propria dell’umano, può concretarsi nell’*amore* nella misura in cui, lasciata alle spalle ogni concezione aritmetica della giustizia, si sforza di premettere le necessità e i bisogni altrui a quelli della vita propria, fino a fare del soddisfacimento di quelli la ragione unica e fondante di questa. Necessità di un agire superogatorio a cui ci spinge la coscienza intima e comune del precetto morale che tutti obbliga: perché io ho avuto, do, così che tu possa fare ugualmente con chi sarà, come te, nel bisogno.

¹⁰⁰ Sul tema del riconoscimento dei diritti sociali nel prima della dignità della persona, sia consentito rinviare ad A. LAMBERTI, *Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Napoli, 2020 (in particolare, cfr. cap. I). Cfr. anche, *amplius*, M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012.

¹⁰¹ Così P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, 49. Dello stesso A., intorno alla dignità come premessa culturale e antropologica dello Stato costituzionale, v. *El estado constitucional europeo*, in *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 2/2000, ora anche in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, trad. dal tedesco di F. Balaguer Callejon (v. www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/14PeterHaberle.htm).

¹⁰² Così F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2018, 136.

¹⁰³ Così P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. COSTA - D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2003, 152. In particolare, si segnalano le riflessioni di L. Ferrajoli sulla configurazione di uno Stato sociale di diritto: “ripensare lo stato sociale nelle forme dello stato costituzionale di diritto è oggi uno dei

Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto democratico-pluralista, dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse – secondo la fortunata formulazione di Massimo Severo Giannini – è segnato proprio dal “protagonismo” di una “pari dignità sociale” delle persone, fondamento e alimento dei diritti – civili e sociali, di prima e seconda generazione – di cui esse sono titolari.

La centralità della dignità¹⁰⁴ per l’universo giuridico emerge con ulteriore nitidezza dall’articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, che, nell’aprire il primo titolo dedicato per l’appunto alla “dignità” della persona umana, afferma solennemente – sulla scia della norma di apertura della Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania del 1949 – che “la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”.

Già prima che la Carta acquisisse efficacia vincolante in quanto fonte di diritto primario (a seguito del Trattato di Lisbona, con il quale l’articolo 6 TUE si è arricchito di un ulteriore paragrafo che equipara la Carta ai trattati medesimi), invero, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ne aveva valorizzato i contenuti: ne è esempio illustre la sentenza Omega del 2004, che vede il principio di dignità transitare dalla dimensione nazionale (quella del *Grundgesetz* tedesco) verso il livello sovranazionale, configurandosi come un “principio generale del diritto comunitario”¹⁰⁵ (come tale “idoneo a limitare una libertà fondamentale” economica prevista dai Trattati, “tramite la nozione di ordine pubblico che la costituzione nazionale intende assicurare nel proprio territorio”¹⁰⁶) attraverso il “filtro delle tradizioni costituzionali comuni”¹⁰⁷.

compiti principali di una teoria giuridica della democrazia costituzionale. Così come il ‘liberalismo’ non è pensabile al di fuori del paradigma dello ‘stato liberale di diritto’, analogamente il ‘socialismo’, dopo il fallimento dei vari socialismi reali, non è oggi pensabile se non nelle forme dello ‘stato sociale di diritto’: da un lato tramite la sua articolazione nelle funzioni di garanzia, primarie e secondarie, delle varie classi di diritti sociali – alla sussistenza, al lavoro, alla salute, all’istruzione – e la configurazione come indebite lacune della loro eventuale mancanza in capo alla sfera pubblica; dall’altro sulla base dello sviluppo, ad opera di leggi di attuazione imposte dalla costituzionalizzazione di tali diritti, di istituzioni di garanzia indipendenti, a loro volta primarie e secondarie, separate funzionalmente e organicamente da quelle politiche di governo. Accanto al vecchio *garantismo liberale*, occorre insomma sviluppare un *garantismo sociale*, che non appartiene al paradigma del costituzionalismo classico, bensì al costituzionalismo rigido del secondo dopoguerra, e che tuttavia non solo non è con esso incompatibile ma ne rappresenta al contrario una condizione essenziale di effettività. Contrariamente alle tesi (...) del virtuale conflitto tra diritti fondamentali e di una sorta di ‘somma zero’ per quanto riguarda gli effetti della loro tutela, esiste infatti un duplice nesso tra democrazia sociale e democrazia politica e liberale, tra diritti sociali e diritti politici e di libertà, in forza del quale la garanzia degli uni non solo non va a scapito di quella degli altri ma è rispetto a questa complementare”. Così L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 396.

¹⁰⁴ Cfr. F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel diritto costituzionale europeo*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 583 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze, 2010.

¹⁰⁵ G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2011, 47.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 47.

Afferma, sul punto, Marta Cartabia – cfr. M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 47 – che “il caso avrebbe potuto essere interamente risolto argomentando unicamente in base ad esigenze di ordine pubblico. Ma la Corte ha voluto utilizzare il lessico dei diritti fondamentali, ha voluto cogliere l’occasione per affermare che la dignità umana non è solo uno dei valori fondamentali della Costituzione tedesca, ma è parte dei valori tutelati dall’ordinamento comunitario. La Corte di Giustizia ha voluto sottolineare il *commitment* dell’Unione Europea per il rispetto della dignità umana, tanto è vero che ha esplicitamente fatto rinvio alle ampie considerazioni svolte

In tal modo, la dignità della persona intesa in senso oggettivo-relazionale – ovverosia “nei rapporti che la persona istituisce con gli altri consociati”¹⁰⁸ –, il cui riconoscimento è presupposto ineludibile e indefettibile di tutti i diritti fondamentali, ivi compresi i diritti sociali, accolti nel catalogo di Nizza, viene ad atteggiarsi quale il fondamento dell’intero edificio comunitario¹⁰⁹.

Questa valenza della dignità della persona, invero, trascende la stessa dimensione comunitaria, se guardiamo agli strettissimi rapporti, nel quadro di un costituzionalismo sempre più multilevel, che intercorrono tra la CDFUE e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Questi fruttuosi rapporti si instaurano tanto sotto il profilo testuale quanto sotto il profilo dell’applicazione giurisprudenziale.

Sotto la prima prospettiva, può rammentarsi la straordinaria influenza che la CEDU – resa un *living instrument* nell’interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo – ha esercitato sui redattori della Carta di Nizza: a titolo meramente esemplificativo, con riferimento specifico al Titolo I della CDFUE dedicato alla dignità, è bastevole sottolineare la formulazione identica dell’articolo 4 (“Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti”) e dell’articolo 3 della CEDU.

Sotto la seconda prospettiva, analizzando la copiosa giurisprudenza tanto della Corte di Lussemburgo quanto della Corte di Strasburgo, appare manifesto come la dignità si configuri quale punto nevralgico di una reciproca influenza ed alimentazione semantica tra le Corti nell’ottica di una *cross-fertilization* dei diritti fondamentali¹¹⁰.

Sotto ulteriore profilo, tornando alla dimensione costituzionale, la stessa introduzione in Costituzione dei principi del “giusto processo”¹¹¹, al di là dell’aspetto meramente tecnico, traduce l’esigenza di tutela dei diritti della persona, specialmente nel rapporto

dall’avvocato generale Stix-Hackl nelle sue conclusioni, relative al riconoscimento della dignità umana negli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, nelle Costituzioni europee e nella giurisprudenza delle Corti costituzionali europee, oltre che in vari strumenti del diritto comunitario, tra cui la Carta dei diritti fondamentali che si apre proprio con l’affermazione della tutela della dignità umana come valore inviolabile”.

¹⁰⁷ T. GROPPI, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza “multilivello”*, in E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2011, 27.

¹⁰⁸ Così G. ALPA, *Art. 1*, in R. MASTROIANNI - O. POLLICINO - S. ALLEGREZZA - F. PAPPALARDO - O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Milano, 2017, 19. Cfr. anche M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001, 38 ss.

¹⁰⁹ Cfr. I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER – J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien N.Y., 2008, 703.

¹¹⁰ Sul tema, cfr. A. DI STASI, *L’evoluzione dello “statuto” giurisprudenziale dei diritti fondamentali in “statuto” normativo degli stessi. Il valore aggiunto della Carta dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e Spazio europeo di giustizia. L’applicazione giurisprudenziale del titolo VI della Carta*, Napoli, 2019, 41-102.

¹¹¹ Da un punto di vista storico-mitico-culturale, “l’intuizione della giustizia del processo, ossia della rilevanza delle modalità con cui esso si svolge per l’attuazione del richiamato valore, risalta già dal racconto mitologico della nascita dei tribunali reso da Eschilo nelle *Eumenidi*, quando Atene, erigendo l’Areopago, dove il giudizio si svolge attraverso l’esercizio fondamentale del *logos*, strappa agli uomini al destino della vendetta e alla brutalità della legge del taglione. L’istituzionalizzazione della giustizia tramite il processo ha un’importanza tale che ad esso viene riconosciuta la funzione di garantire la continuità della vita civica, evitando la rottura dell’atto violento. La testimonianza più rilevante dell’applicazione rituale del diritto si suole rinvenire nelle raffigurazioni che adornano e impreziosiscono lo scudo di Achille descritto nell’Iliade. Nei fregi il processo è, insieme al matrimonio, l’aspetto della vita cittadina pacifica prescelto per descrivere la situazione di normalità e di ordine”. Così G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell’ordinamento costituzionale*, Milano, 2013, 13-14.

dinamico delle varie dialettiche processuali. Sicché il testo novellato dell'art. 111 Cost., dispiegando piena efficacia sulla tutela giurisdizionale dei diritti, letto in combinato disposto con gli artt. 3 e 24 della Carta, impone regole di contraddittorio paritario tra le parti nell'accesso al processo e nel sistema di formazione e utilizzazione delle prove, altresì nella prospettiva della "ragionevole durata" dello stesso.

Da tale analisi emerge l'esigenza di pensare all'operatore di giustizia come a colui che è chiamato a ristabilire l'armonia di un ordine violato, a partire da un esercizio di fedeltà inconcussa al *petitum* formulato da chi assume di essere stato vittima di una ingiusta lesione, cioè a quello che si definisce "bene della vita oggetto della contesa".

La fedeltà decisionale del giudice a tale "bene" esprime concretamente il piano della deontologica obbedienza dovuta al principio della centralità della persona, che informa e modella icasticamente l'ordinamento costituzionale nel suo complesso. In tal senso il rispetto da garantire operativamente alla centralità della persona esige la predisposizione degli strumenti necessari ad assicurare il perseguimento libero e la tutela degli interessi considerati preminenti, nel quadro dell'ossequio ai riferimenti valoriali cristallizzati all'interno dell'ordinamento giuridico.

La persona da un lato, i valori emergenti dalle norme di principio dall'altro, sono le coordinate di riferimento chiamate a orientare l'azione deliberativa del giurista pratico, nel maturato convincimento che la giustizia giammai potrà ridursi al mero esercizio di potere, né piegarsi alle esigenze estemporanee e particolari di chi la esercita: il potere ha bisogno infatti della giustizia per legittimarsi, e la giustizia ha bisogno del potere per conseguire un qualche grado di certezza ed effettività.

L'esigenza di affrancare l'amministrazione della giustizia dalla tutela degli interessi molteplici di chi viene chiamato all'esercizio del relativo ufficio aveva spinto già Sant'Alfonso Maria de' Liguori a definire il nucleo morale del ruolo del giudice, prima in due operette di orientamenti ai confessori venuti alle prese con questioni morali scaturite dalla pratica delle professioni giudiziarie e forensi, poi nella sua *Theologia moralis* in forma sistematica. Così, laddove Alfonso de' Liguori sostiene che "il giudice pecca, con peccato mortale, contro il suo officio, rinviando eccessivamente, senza giusta causa, la sollecita definizione delle cause"¹¹², ne deriva l'affermazione di un principio che attiene alla tutela di un bene essenziale della vita, quale la domanda di giustizia.

E, allorché in ambito penale l'autore formula il principio per cui "il giudice pecca gravemente se non tenta tutti i mezzi intermedi per scoprire la verità prima di passare alla tortura"¹¹³, si stabilisce un limite al sistema inquisitorio imperniato sulla tortura e volto alla confessione quale *regina probationum* in presenza di altri mezzi di acquisizione della verità processuale.

Sulla base di questi assunti, S. Alfonso Maria de' Liguori perviene all'esame di diversi aspetti connessi alla prassi della giustizia, tra i quali la necessità di una sentenza che abbia

¹¹² Th. Mor. l. IV, n. 195.

¹¹³ Th. Mor. l. IV, n. 202.

una base probatoria legalmente ricostruita e pubblicamente riscontrata al principio del *favor rei*.

Quest'ultimo è da articolarsi nell'obbligo per il giudice di temperare la severità della norma giuridica *dulcore misericordiae*, secondo i principi della tradizione giusromanistica. Tali aspetti sono accomunati tutti dal tendere all'effettiva operatività dell'*aequitas*, ideale da sempre pensato a fondamento del diritto e della funzione giudiziaria tout court.

Da questi richiami pare trarsi il monito, mai inattuale, a evitare che l'amministrazione della giustizia si risolva nel mero esercizio di potere, onde scongiurare in radice il pericolo che essa possa essere, pur inconsapevolmente, piegata alle finalità di chi la esercita, negando se stessa e tradendo le sue finalità.

Al riguardo, ancora più stringente è la recente riflessione di chi, muovendo dal presupposto che giustizia e misericordia siano entrambi elementi giuridicamente rilevanti, ne rinviene un riscontro direttamente al livello più alto della Costituzione e, in particolare, nei suoi principi fondamentali¹¹⁴.

In relazione all'emersione di questi principi, seppure in un'ottica prettamente morale, emerge invero in modo netto l'assunto complessivo di assoluta civiltà e indiscutibile cultura giuridica sancito dalla prima parte della nostra Carta costituzionale.

Nei primi articoli della Carta è contenuta la già accennata costituzionalizzazione riguardante: all'art. 2, i diritti inviolabili dell'uomo e il relativo dovere della Repubblica di riconoscerli, garantirli e richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale; all'art. 3, la dignità e il pieno sviluppo della persona umana e il relativo compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che ne impediscono lo sviluppo oppure limitano la partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica ed economica del Paese.

Si aggiunga la dignità di principio fondamentale che l'art. 4 della Carta costituzionale annette al diritto al lavoro riconosciuto dalla Repubblica, tenuta a promuovere le condizioni che ne rendano effettivo l'esercizio, e il relativo dovere di ogni cittadino di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società.

“Lavoro” che, fondamento della Repubblica ai sensi dell'articolo 1, si rivela essere “il principale fattore della dignità della persona”¹¹⁵, accanto all'affermazione della sovranità popolare, in una strettissima interconnessione che si nutre del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.; il lavoro non è più, nella logica del nostro ordinamento, “una merce, ma un valore”, “valore costitutivo della dignità della persona, che in quanto tale forma un presupposto di diritti fondamentali: non solo di tutti i diritti della persona, ma anche dei diritti conferiti al lavoratore dagli articoli 35-40 della Costituzione nei confronti dei datori di lavoro, oltre che della sfera pubblica”¹¹⁶.

¹¹⁴ L. IANNOTTA, *Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale (debellare le povertà con il lavoro e l'imprenditorialità)*, in *Diritto e Processo amministrativo*, n. 4/2017, 1573.

¹¹⁵ Così L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., 150.

¹¹⁶ *Ibid.*, 150.

A partire dall'articolo 36 della Carta, che riconosce il diritto del lavoratore ad una retribuzione adeguata alla quantità e qualità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia “un'esistenza libera e dignitosa”¹¹⁷.

Non vanno dimenticati nemmeno gli articoli 41 e 42, relativi alla proprietà privata e al libero mercato, che, con una vera e propria rivoluzione rispetto alle legislazioni dell'Italia liberale e fascista, non solo non sono più configurati come principi fondamentali, ma sono stati limitati dalle esigenze dell'utilità sociale e dal divieto di recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana, e per di più sono stati di fatto sostituiti, come confermano appunto gli assunti degli articoli 2, 3, 4, dal principio personalista e da quello lavorista.

Anzi, secondo autorevole dottrina, proprio nell'articolo 41 è richiamata quella “dignità inviolabile dell'uomo di cui parlano l'art. 1 della Legge fondamentale tedesca e ora l'art. 1 CDFUE, vale a dire quel nucleo ultimo dell'umano non sopprimibile né comprimibile da alcun potere pubblico o privato, a nessuna condizione”¹¹⁸. Si tratterebbe, allora, di una inviolabilità che, come anticipato, coincide con l'*intangibilità* della dignità umana, di quella *Würde des Menschen* che la celebre norma di apertura della Costituzione tedesca definisce *unantastbar*.

Ciò appare confermato “dal fatto che solo nell'art. 41.2 Cost. il riferimento alla dignità è privo di connotazioni soggettive limitanti: la dignità umana viene qui in riferimento per ogni essere umano, mentre nell'art. 3 e nell'art. 48 essa è riferita ai soli cittadini e nell'art. 36 al ‘lavoratore’”¹¹⁹.

In questo modo – essendo del resto ineludibile la costante necessità di verificare se e in quali termini sussistano rapporti fra ambito etico e ambito giuridico¹²⁰ – si rileva che la legge fondamentale della Repubblica ha, nella sostanza, costituzionalizzato l'etica riferita a quei valori: un'etica che ha fatto propria l'intera tematica dei diritti umani e con essi i doveri inderogabili di solidarietà e i principi di eguaglianza, di libertà e di dignità della persona umana.

Con l'etica non è dubitabile che sia stata costituzionalizzata la giustizia, come dovere di dare a ciascuno il suo, dove il “suo” si identifica con i diritti umani fondamentali, con la subordinazione di ogni potere pubblico ai valori eminenti dell'uomo.

Ma si può egualmente affermare che sia stata costituzionalizzata anche la misericordia nel suo nucleo fondamentale, come dovere di prendersi cura dei bisognosi, assicurando loro beni fondamentali, corrispondenti, in larga parte, alle tradizionali opere di misericordia¹²¹.

¹¹⁷ Configura un “diritto a condurre una vita libera e degna”, in combinato disposto con l'articolo 38, M. FIORAVANTI, *Art. 2*, cit., 124 ss.

¹¹⁸ Così M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 178-179.

¹¹⁹ *Ibid.*, 178-179. Sull'art. 36, in questo senso, v., *ex plurimis* T. TREU, *Art. 36*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1979, 77 ss. Sull'art. 41, v. C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss.; e F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1982, 1 ss.

¹²⁰ Sullo specifico rapporto fra etica e legalità cfr. le penetranti considerazioni di G. RAVASI, *op. cit.*, 9-14.

¹²¹ L. IANNOTTA, *Amministrazione dello sviluppo*, cit., 1576.

Quanto fin qui si è esposto costituisce un esempio della coerenza del sistema di valori della Costituzione, che rivela la sua unitaria matrice soprattutto nella dinamicità dei diritti che lo informano e che presuppongono altrettanti doveri in quanti sono deputati alla loro realizzazione.

Ciò complessivamente equivale a dire che i diritti divengono realtà solo ove molti assumano i doveri a ciò necessari: ove, dunque, vi siano molti giusti i quali agiscono per scelta, e non solo per interesse o per calcolo, in modo corrispondente all'altrui dignità¹²².

Tale assunto consente, dunque, di trarre il corollario che la giustizia non si realizza quando si giudica l'altro, bensì quando vengono posti in essere, in qualsiasi circostanza, progetti conformi alla dignità di ogni altro.

Ne deriva ulteriormente che la giustizia significa progettare secondo il bene dinanzi ai limiti della condizione umana, e quindi dinnanzi al male, secondo l'intuizione già prima ricordata¹²³.

Più in generale, l'inquadramento tratteggiato sollecita non soltanto il legislatore, ma anche l'interprete a valutare costantemente le diverse posizioni soggettive in una prospettiva che non accantoni l'opzione solidaristica, il cui perseguimento determina un vantaggio anche per la collettività, e non trascuri di verificare sempre se, soprattutto nella parte in cui ha espresso quelle clausole generali che valgono a esprimere principi generali di giustizia, anche equitativa, l'ordinamento non offra spazi nuovi e più avanzati per la composizione dei conflitti.

5. Il principio costituzionale di rieducazione della pena: dal dibattito in Assemblea Costituente alla giurisprudenza costituzionale sull'ergastolo ostativo

Progettare secondo il bene è un modello che, anche pragmaticamente, risulta più produttivo in termini di prevenzione.

Lo Stato che fa più prevenzione non è quello che prevede le pene più dure o che pensa alla pena come danno che risponde ad un altro danno, ma è quello che riesce a mantenere elevati, nella società, i livelli del consenso liberamente prestato al rispetto delle norme. Non è l'intimidazione che fa la prevenzione.

Ancora una volta, la Costituzione offre, sotto questo aspetto, un'indicazione preziosa, nell'affermare, al terzo comma dell'articolo 27, che "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", così profilando un limite negativo della potestà punitiva, nella contrarietà al senso di umanità – espressione la cui portata semantica coincide con quella dei richiami

¹²² Sulla relazione dinamica tra diritti e doveri nella cornice delle democrazie moderne, si veda J. RATZINGER, *L'elogio della coscienza. La verità interroga il cuore*, Siena, 2009, 35 ss.

¹²³ L. EUSEBI, *Misericordia*, cit., *passim*.

alla dignità – e un profilo positivo, nella tensione alla rieducazione del reo, in cui la dignità riemerge non già come nucleo intangibile ma (anche) come ideale regolativo¹²⁴.

Una affermazione limpida, quella del testo costituzionale, che si pone in chiara attuazione dei principi di solidarietà sociale e di eguaglianza in senso sostanziale: del primo, in quanto è la stessa società civile, a monte, che rinuncia alla vendetta “facendosi carico” del concittadino che delinque, per reintegrarlo nella società, assolvendo, sul piano orizzontale della sussidiarietà, a un dovere di solidarietà; del secondo, in quanto il principio di rieducazione della pena implica la prospettiva dell’integrazione sociale del reo, o della non ulteriore desocializzazione¹²⁵, così che la pena non possa rappresentare un “ostacolo” al pieno sviluppo della persona umana, ma, al contrario, uno strumento indispensabile per rimuovere quegli stessi ostacoli di ordine economico e sociale di cui parla l’art. 3, comma 2, Cost., che hanno contribuito a creare un contesto favorevole al crimine.

Una netta indicazione, dunque, quella della Costituzione: “contro la vendetta, il populismo penale, il diritto penale ‘del nemico’”¹²⁶.

Le due proposizioni di cui si compone il comma 3 dell’art. 27 sono ispirate ad un’unica *ratio*, collocandosi – come la Corte Costituzionale riconobbe già con la sentenza 12 del 1966 – in un “contesto (...) chiaramente unitario”, in quanto “congiunte non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente in funzione l’una dell’altra”: “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un’azione rieducativa del condannato; dall’altro è appunto in un’azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza”¹²⁷.

La pena, dunque, nella prospettiva del Costituente, assume una funzione educativa dal profondo connotato umanitario: ne era evidenza già l’ultimo comma dell’articolo 5 della proposta di Basso e La Pira – discussa nella seduta del 18-19 settembre 1946 nella prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione – secondo cui “le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo. La pena di morte non è ammessa se non nei codici penali militari di guerra. Non possono istituirsi pene crudeli né irrogarsi sanzioni collettive”.

La strettissima relazione tra finalità ri-educativa della pena e rispetto della dignità della persona umana emergeva anche dagli emendamenti all’art. 20 del progetto di

¹²⁴ Sul limite negativo della non contrarietà al senso di umanità, v. subito G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, n. 1/2012, 187 ss.; per un quadro del dibattito sulla funzione della pena con interessanti proposte dommatiche, v. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1162-1218.

¹²⁵ Su cui, v. l’autorevole impostazione di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

¹²⁶ Così S. RIONDATO, *Finalità della pena e Diritto. Uno sguardo verso il punto di vista della Chiesa*, in V. VERDUCI (a cura di), *Giustizia e Misericordia. Diritto, equilibrio e perdono sociale nell’anno del Giubileo*, Padova, 2016, 38. Nello stesso volume, v., in particolare, i contributi di P. BIZZETI (*Il volto della misericordia e il rispetto della giustizia*, 15 ss.) e di M. CIAN (*Giustizia vs. misericordia o giustizia efficiente vs. giustizia inefficiente? Uno sguardo alle dinamiche delle relazioni economiche*, 103 ss.).

¹²⁷ Per ulteriori approfondimenti, cfr. M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II edizione, Napoli, 2014, 42 ss. Sul tema, cfr. anche M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014.

Costituzione, proposti nel corso della seduta del 25 gennaio 1947 della Commissione per la Costituzione.

In particolare, Giovanni Leone proponeva, tra l'altro, con riferimento alle sanzioni penali, la formulazione aggiuntiva “e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”.

Nobile e Terracini, poi, ritenevano meritevole di accoglimento una proposta ancor più ambiziosa, che evidenziasse con immediatezza il legame strutturale con l'esigenza di salvaguardia e garanzia della dignità della persona: “le pene e la loro esecuzione non possono essere lesive della dignità umana. Esse devono avere come fine precipuo la rieducazione del condannato allo scopo di farne un elemento utile alla società”. In questo modo, secondo i proponenti, la funzione rieducativa della pena sarebbe stata non già l'esito di una “tensione” programmatica – come pareva insito nella versione del progetto di Costituzione (nella parte poi accolta nel testo definitivo: “...devono tendere alla rieducazione del condannato”) – ma si sarebbe atteggiata – connotandosi di maggiore precettività – come “fine precipuo”, essenziale e fondante della pena medesima.

Non erano mancate, però, in Assemblea Costituente le divergenze in merito alla funzione della pena, con la conseguenza per cui la finalità rieducativa della pena (avversata dai fautori della tradizionale funzione retributiva e dai sostenitori della prevenzione generale) è stata recepita “in modo generico”¹²⁸.

Ciò ha comportato frequenti oscillazioni giurisprudenziali: in particolare, se negli anni Sessanta la Corte costituzionale sembrava ancorata ad una visione “polifunzionale”¹²⁹ della pena, nondimeno a partire dagli anni Settanta l'articolo 27, terzo comma, della Costituzione “comincia a rivestire il ruolo di criterio fondamentale di politica criminale, riguardando non solo lo spazio di esecuzione della pena, ma anche la stessa struttura del reato”¹³⁰.

Sono questi, infatti, gli anni in cui una feconda e illuminante giurisprudenza costituzionale si accompagna ad un ampio progetto politico-legislativo riformatore, nel pieno del solco tracciato dalla Costituzione, di cui può dirsi autentica espressione – *inter alia* – la riforma del diritto penitenziario operata dalla legge 354/1975¹³¹.

In questa “svolta” della Corte Costituzionale può certamente collocarsi già la sentenza 204/1974, relativa all'istituto della liberazione condizionale, il quale “rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato”: “con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione” – scrive la Corte – “l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di

¹²⁸ M. D'AMICO, *Art. 27*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, 572.

¹²⁹ *Ibid.*, 572.

¹³⁰ *Ibid.*, 573.

¹³¹ Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle”¹³².

Sulla stessa scia, con la successiva sentenza 50/1980, concernente il tema delle pene fisse, la Corte sancisce che la mobilità della pena, *rectius* l’individualizzazione della medesima, “in modo da tenere conto dell’effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale”¹³³.

E ancora più emblematica di questo “spirito” costituzionale è la sentenza 274/1983, con cui la Corte – con una decisione di tipo “additivo” – estende agli ergastolani il diritto al beneficio della riduzione della pena: “nel premiare il comportamento del condannato, che è invogliato a partecipare all’opera della sua rieducazione e ad assecondarla rendendola meno difficile e più efficace, la riduzione della pena si raccorda sul piano teleologico con il presupposto della liberazione condizionale, e cioè con il risultato della rieducazione medesima, sollecitando e corroborando il ravvedimento del condannato ed il conseguente suo reinserimento nel corpo sociale. Finalità questa, che il vigente ordinamento penitenziario, in attuazione del terzo comma dell’art. 27 della Costituzione, persegue per tutti i condannati a pena detentiva, ivi compresi gli ergastolani”¹³⁴.

È, questa, una prospettiva che la Corte Costituzionale ha accolto anche nelle sue più recenti decisioni: si pensi alla sentenza 253/2019, che censura la preclusione assoluta “di accesso ai benefici penitenziari, e in particolare al permesso premio, per il condannato – non collaborante con la giustizia – per reati di associazione mafiosa e/o di contesto mafioso”¹³⁵; e alla sentenza 97/2020, nella quale la Corte afferma che “il divieto di scambio di oggetti, in quanto riferito, indifferentemente, a tutti i detenuti sottoposti al regime speciale” di cui all’articolo 41-bis della legge sull’ordinamento penitenziario, “ancorché appartenenti al medesimo gruppo di socialità, non potrebbe ritenersi «funzionale a fronteggiare alcun pericolo per la sicurezza pubblica, assumendo “una portata meramente afflittiva”», ingiustificabile anche laddove mirata ad evitare l’instaurazione di posizioni di dominio all’interno della comunità carceraria”.

Proprio questa giurisprudenza recente si inserisce, a ben vedere, in una tendenza più generale, segnalandosi come rivelatrice di un mutamento di paradigma a partire dalla materia penale (pur essendo questo “il campo dell’esperienza giuridica dove, ancora fino a

¹³² Su cui, allora, P.M. CORSO - V. ANDRIOLI, *Riforma e controriforma in tema di liberazione condizionale*, ne *Il Foro Italiano*, n. 9/1975, 141-142.

¹³³ Qualche utile osservazione critica in C. RENOLDI, *Dilatazione abnorme degli effetti della recidiva e principio di ragionevolezza*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2006, 1000 ss.

¹³⁴ Più generalmente, sul tema dell’ergastolo nel percorso evolutivo della giurisprudenza costituzionale, può farsi riferimento al volume di E. DOLCINI - E. FASSONE - D. GALLIANI - P. PINTO DE ALBUQUERQUE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza: l’ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019 *passim*. V. anche, per una critica costituzionalmente fondata all’istituto dell’ergastolo, S. ANASTASIA - F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Roma, 2021.

¹³⁵ Così M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Sistema Penale*, disponibile al sito www.sistemapenale.it/it/documenti/reati-ostativi-e-permessi-premio-conseguenze-sentenza-253-del-2019-corte-costituzionale.

qualche anno fa, poteva osservarsi che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, la discrezionalità legislativa appariva *quodammodo* privilegiata¹³⁶): si registra, in sostanza, un cambiamento prospettico che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto.

Nella Relazione del Presidente Lattanzi sull'attività svolta nel 2018, si legge, infatti, che “è sembrato sempre più inconcepibile che proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale”.

Espressione di questa richiamata “rinnovata sensibilità” della Corte è proprio la citata sentenza 253/2019¹³⁷, che ha segnato una rivoluzione copernicana in materia di ostatività penitenziaria¹³⁸, ponendo le basi per un ripensamento generale dell'istituto e per la giurisprudenza successiva.

La mancata collaborazione con la giustizia, infatti, non può essere considerata, per ciò solo, come indice di presunzione assoluta del mantenimento di collegamenti con il contesto mafioso e, dunque, della mancata rescissione dei legami con l'organizzazione criminale di riferimento, ai fini della concessione dei permessi premio.

Per la Corte costituzionale, ad essere irragionevole non è la presunzione legale in sé considerata, quanto piuttosto il suo atteggiarsi in termini assoluti. L'assolutezza della presunzione, infatti, si basa su una estrema generalizzazione che, secondo la Corte, ben potrebbe essere “contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza”.

Tra l'altro, l'irragionevolezza di una simile presunzione, oltre ad essere stata prospettata dalla dottrina più accorta¹³⁹, era stata adombrata dalla stessa Corte costituzionale in una risalente pronuncia, nella quale si affermava che “è ben vero che la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale. Ma dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di

¹³⁶ Così D. MARTIRE - A. R. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2022, 250.

¹³⁷ Su cui, cfr., tra gli altri, A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Studium Iuris*, n. 4/2020; ID., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. n. 253 e 263 del 2019*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, 3321 ss.; M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019. Sulla questione dell'ostatività penitenziaria, v., più in generale, i contributi raccolti in E. DOLCINI - F. FIORENTIN - D. GALLIANI - R. MAGI - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020.

¹³⁸ Sulla relativa giurisprudenza costituzionale e sulla sua evoluzione recente, v. O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, 2021, 278 ss.

¹³⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014.

mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa" (sent. 306/1993, punto 13 del Considerato in diritto).

A queste considerazioni, si aggiunge il profilo della violazione dell'art. 3 CEDU¹⁴⁰, atteso che la presunzione assoluta "riconde in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna", impedendo così al giudice di "effettuare una valutazione del percorso individuale del detenuto e della sua evoluzione sulla strada della risocializzazione".

Sullo sfondo, evidentemente, vi è sempre l'art. 27, comma 3, Cost. e la sua prospettiva di rieducazione come finalità di prevenzione speciale positiva di ogni trattamento sanzionatorio penale¹⁴¹.

In sostanza, perché la normativa possa dirsi compatibile con il dettato costituzionale, la presunzione non può che essere relativa, per tre ordini di ragioni¹⁴²: in primo luogo, in quanto "premiare la collaborazione è legittimo, punire la mancata collaborazione è invece un'afflizione ulteriore rispetto alla pena stessa, che opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare che l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto"; in secondo luogo, "perché la presunzione assoluta comprime totalmente il potere del giudice di valutare il percorso detentivo in concreto svolto dal detenuto, potendo così frustrare la volontà riabilitativa del condannato"; infine, "perché la generalizzazione statistica secondo cui l'assenza di collaborazione equivale necessariamente a permanenza del collegamento col contesto criminale di appartenenza deve poter essere contraddetta da una valutazione attuale e individualizzata della magistratura di sorveglianza, non vertendosi nell'astratto campo delle relazioni algebriche, ma nella realtà fattuale della vita umana"¹⁴³.

A questo punto, allora, il superamento della presunzione assoluta di pericolosità, e di ogni automatismo¹⁴⁴, può realizzarsi in virtù dell'acquisizione di "altri, congrui e specifici elementi" ricavabili dal tessuto normativo dell'art. 4-bis ord. pen., e segnatamente dalla regola del comma 1-bis (in cui è sopravvissuta la disciplina previgente), vale a dire, entro un parametro probatorio piuttosto stringente, in forza dell'acquisizione di "elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva".

¹⁴⁰ Sui profili della legalità penale multilivello, v., in relazione al tema dell'ostatività penitenziaria, A. CATANI, *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problematiche e prospettive*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, 427 ss.

¹⁴¹ V. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 marzo 2013, 11 ss.

¹⁴² Cfr. A. CARDONE - E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2022, 82.

¹⁴³ *Ibid.*, 82.

¹⁴⁴ Per A. CARDONE - E. SANTORO, *op. cit.*, 82, "l'aspetto della pronuncia che preme (...) evidenziare è, per l'appunto, la scelta compiuta dal giudice costituzionale di fondare il percorso argomentativo sull'irragionevolezza dell'automatismo legislativo e della presunzione assoluta, che consente di ricondurre anche la materia penitenziaria all'indirizzo giurisprudenziale consolidato in base al quale, in particolare quando vengono in gioco diritti costituzionali, al giudice non può essere sottratta la valutazione del caso concreto, dovendosi intendere la ragionevolezza innanzitutto come «razionalità pratica»".

Inoltre, la Corte, con una azione “creativa”, non ritenendo di per sé sufficienti siffatti elementi probatori, ritiene di prevedere, in capo al condannato, un ulteriore onere di specifica allegazione, in parte sul modello della disciplina della collaborazione impossibile o inesigibile¹⁴⁵, cioè la dimostrazione dell’*assenza di pericolo* di ripristino dei precedenti collegamenti mafiosi ed eversivi.

Questo fondamentale *revirement* in senso garantistico ha, nondimeno, determinato anche un punto di tensione: ne è derivato, infatti, un duplice regime probatorio per i detenuti per reati ostativi, un regime differenziato a seconda delle ragioni della mancata collaborazione, ovverosia a seconda che essa derivi da una scelta volontaria e consapevole del soggetto oppure da una mera impossibilità oggettiva di mantenimento dei collegamenti col contesto criminale organizzato. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica, nondimeno ha escluso ogni possibilità di violazione dell’art. 3 Cost., evidenziando, in realtà, la ragionevolezza del trattamento differenziato, giacché un conto è la collaborazione oggettivamente ancora possibile ma rifiutata, altra cosa è – in termini oggettivi e soggettivi – l’ipotesi in cui qualsiasi modalità di collaborazione con il gruppo criminale sia obiettivamente impossibile o inesigibile (sent. 20/2022)¹⁴⁶.

È in questo contesto, allora, che matura anche l’ordinanza 97/2021¹⁴⁷, con cui la Corte, utilizzando la tecnica decisoria sperimentata con il caso Cappato (ord. 207/2018 e sent. 242/2019¹⁴⁸), “prospetta” l’incostituzionalità dell’art. 4-bis, comma 1, e dell’art. 58-ter ord. pen. e dell’art. 2 del d.l. 152/1991, nella parte in cui escludono che il condannato all’ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416 c.p. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni a delinquere ivi previste, il quale non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale.

Qui, rispetto alla precedente sentenza sui permessi premio, la questione appare ancora più delicata e spinosa, atteso che, come la Corte stessa ebbe a rilevare nella sent. 161/1997, “se la liberazione condizionale è l’unico istituto che in virtù della sua esistenza nell’ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell’ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio

¹⁴⁵ Ora abrogata dal d.l. 162/2022.

¹⁴⁶ Cfr. la scheda di S. BERNARDI, *La disciplina della collaborazione impossibile supera il vaglio della Consulta: legittima la previsione di uno standard probatorio diverso da quello richiesto per chi non collabori “per scelta”*, in *Sistema penale*, 2 febbraio 2022, 1 ss.

¹⁴⁷ Su cui v., tra gli altri, M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell’ord. n. 97 del 2021 della Corte Costituzionale*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2022; A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l’ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2021, 1169 ss.; E. DOLCINI, *L’ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021; F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 22/2021, 198 ss.; M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull’ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Dirittocomparati.it*, 20 maggio 2021.

¹⁴⁸ Il rapporto tra ordinanza e sentenza in questo caso e le altre questioni di rilievo costituzionale e penalistico sono ricomprese, tra le varie, nel volume di G. D’ALESSANDRO - O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, Torino, 2020. Un quadro (parziale) della copiosa bibliografia a valle della sent. 242, è in F. CIRILLO, *Nuovi diritti e nuovi doveri nelle questioni di fine vita? (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, 548 ss.

per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale”¹⁴⁹.

È evidente, allora, che la disciplina dell’ostatività rivela punti di attrito fortissimi con l’ordito costituzionale, proprio nella misura in cui è suscettibile di pregiudicare la funzione rieducativa della massima delle pene, quale è appunto l’ergastolo, che altrimenti si trasformerebbe in una sanzione dal contenuto puramente afflittivo (anzi, il più afflittivo da immaginarsi) in un’ottica meramente retributiva estranea a prospettive di prevenzione speciale positiva.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, d’altronde, non aveva mancato di evidenziare quest’anomalia di sistema, in particolare, da ultimo, nella sentenza *Viola c. Italia*, ove si afferma la non compatibilità dell’istituto dell’ergastolo ostativo con l’art. 3 della Convenzione, giacché “la *dignità umana*, che si trova al centro stesso del sistema messo in atto dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà” (par. 136, corsivo nostro). L’applicazione dell’art. 4-bis ord. pen., conseguentemente, “limitando eccessivamente la prospettiva di liberazione del condannato all’ergastolo, nonché la possibilità di un riesame della sua pena, comporta la perpetuità della pena stessa, che, quindi, in quanto tale non può considerarsi compatibile ai sensi dell’art. 3 CEDU”¹⁵⁰.

Ecco, allora, che la Corte sottolinea che “la posta in gioco è ancora più radicale, giacché, in termini ordinamentali, sono in questione le condizioni alle quali la pena perpetua può dirsi compatibile con la Costituzione; mentre, dal punto di vista del condannato, è in discussione la sua stessa possibilità di sperare nella fine della pena”; dall’altra parte, nondimeno, “proprio per il profilo da ultimo sottolineato, è qui in esame l’accesso al ben diverso istituto che determina, all’esito positivo del periodo di libertà vigilata, l’estinzione della pena e il definitivo riacquisto della libertà, e non semplicemente, come nel caso del permesso-premio, la concessione di una breve sospensione della carcerazione, senza interruzione dell’esecuzione della pena, in costanza dei connessi controlli”.

Pertanto, a maggior ragione in questa fattispecie, viene ad essere censurata la natura assoluta della presunzione operata dal legislatore, di cui si segnala al Parlamento la necessità di un superamento in vista della definizione di un parametro probatorio che richieda l’“acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l’attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino”.

Tuttavia, l’impatto di sistema che avrebbe un intervento demolitorio, in particolare alla luce delle esigenze di sicurezza e prevenzione generale che pure sono rilevanti

¹⁴⁹ Per un punto di vista di insieme dell’attività della Corte nel 1997, si può fare riferimento al discorso di R. GRANATA, *La giustizia costituzionale nel 1997 (Conferenza stampa del presidente della Corte costituzionale)*, ne *Il Foro Italiano*, n. 3/1998, 133-134.

¹⁵⁰ Così A. CARDONE - E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, cit., 87. Sul punto, v. anche S. TALINI, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell’ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2019, 931 ss.

ogniquale volta si parli di criminalità organizzata mafiosa ed eversiva, spinge la Corte a fornire un anno di tempo al legislatore per ridefinire la disciplina secondo un equo e ragionevole bilanciamento (a ciò è seguita, peraltro, l'ulteriore proroga della trattazione della questione all'8 novembre disposta dall'ord. 122/2022).

Ecco, dopo la scadenza della legislatura (che ha visto caducare il disegno di legge presentato per “rispondere” alle sollecitazioni della Corte), il Governo, espressione della nuova maggioranza politica ha adottato il decreto-legge n. 162/2022, che ha ri-disciplinato la materia in esame.

In particolare, è stato innanzitutto ampliato, invece che ridotto, l'ambito di operatività dell'ostatività penitenziaria, in una prospettiva di diritto penale emergenziale antitetica alla rieducazione costituzionale, includendovi anche quei delitti che, pur non essendo previsti nell'art. 4-bis, 1° comma, ord. pen., sono avvinti ai medesimi da un nesso teleologico.

Il legislatore, inoltre, intende collocarsi (almeno apparentemente) nel solco delle indicazioni della Consulta del 2019, superando la presunzione assoluta di pericolosità correlata alla mancata collaborazione, con la previsione che i richiedenti misure alternative dimostrino di avere adempiuto “alle obbligazioni civili e agli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna, ovvero l'assoluta impossibilità di tale adempimento”, e allegghino elementi specifici tali da consentire di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto in cui il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi. Questo onere di allegazione, peraltro, risulta essere parametrato alle circostanze personali e ambientali, alle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, alla revisione critica della condotta criminosa e a ogni altra informazione disponibile. Ancora, tali elementi specifici dovranno essere diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'associazione di eventuale appartenenza.

Come è stato sin da subito opportunamente osservato, “il tessuto della norma, tuttavia, è a tal punto carico di aggettivi, frasi, concetti elastici (ad esempio, il «contesto nel quale il reato è stato commesso» o i «collegamenti indiretti»), privi di riferimenti a una materialità dimostrabile, da far sorgere il legittimo sospetto che il legislatore iperfasico (Franco Cordero *docet*) abbia inteso sostituire l'ergastolo ostativo con una corsa a ostacoli difficilmente percorribile sino al traguardo. Insomma, che si sia passati dalla presunzione assoluta di pericolosità sociale alla prova impossibile di non pericolosità”¹⁵¹.

Occorre altresì ricordare, per quanto attiene a quanto rilevato da ultimo dalla Corte costituzionale, che la recente novella, da un lato, innalza la soglia edittale da ventisei a trenta anni per l'ammissione alla liberazione condizionale, e, dall'altro, pur aumentando la soglia di pena da espiare, “offre al detenuto non collaborante una possibilità che non era

¹⁵¹ Così R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questioni di giustizia*, 2 novembre 2022. Il riferimento può farsi, *inter alia*, a F. CORDERO, *Il brodo delle undici. L'Italia nel nodo scorsoio*, Torino, 2010, *passim*.

prevista dalla disposizione in vigore al momento della commissione del fatto: fruire comunque della liberazione condizionale”¹⁵².

Alla luce delle novità legislative, allora, la Corte costituzionale non ha potuto fare altro che restituire gli atti al giudice *a quo*: “le nuove disposizioni (...) incidono immediatamente e direttamente sulle norme oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, trasformando da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità che impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative a favore di tutti i condannati (anche all’ergastolo) per reati cosiddetti ‘ostativi’, che non hanno collaborato con la giustizia. Costoro sono ora ammessi a chiedere i benefici, sebbene in presenza di nuove, stringenti e concomitanti condizioni, diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo. Gli atti vengono dunque restituiti alla Cassazione, cui spetta verificare gli effetti della normativa sopravvenuta sulla rilevanza delle questioni sollevate, nonché procedere a una nuova valutazione della loro non manifesta infondatezza”¹⁵³.

Resta il fatto, tornando alla questione più generale da cui si sono prese le mosse, che nell’ottica della nostra Costituzione reintegrare chi ha commesso un reato nella trama di rapporti sociali conformi a legalità, significa (anche) fare prevenzione. Infatti, una persona recuperata rappresenta un elemento di contraddizione rispetto alle scelte criminose, che rafforza l’autorevolezza dell’ordinamento giuridico, dimostrando che la legge è in grado di convincere e non solo di costringere.

Lavorare per il recupero, dunque, significa lavorare per la prevenzione. Il fatto che una persona sappia rielaborare criticamente il reato commesso, aprendosi a disponibilità riparative ed a seri cambiamenti di vita, delegittima le scelte criminose e rafforza l’ordinamento giuridico¹⁵⁴.

Sembra rivivere, insomma, nel nostro ordinamento, l’antica lezione biblica: “Caino, l’assassino, non viene abbandonato a se stesso, non è escluso dalla premura di JHWH; il suo giudizio si manifesta nella duplice valenza della *tsedâqâh*: giustizia e salvezza insieme. La *tsedâqâh* di JHWH (...) non annienta il colpevole e non si vendica. Ma c’è di più. JHWH ha una sua pedagogia: condanna il male ma protegge il colpevole; per questo a Caino chiede di ricominciare un cammino che inizia da oriente, luogo dove nasce il sole”¹⁵⁵.

Le stesse motivazioni, evidentemente, sono alla base del rifiuto della pena di morte.

In fondo, è lo stesso *dictum* “rendete a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio” a sottrarre allo Stato “il diritto assoluto sulla vita, assegnandogli esclusivamente il compito di salvaguardarla”¹⁵⁶.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Così il testo del Comunicato stampa dell’9 novembre 2022 (il riferimento è a Corte cost., ord. 227/2022). Sul tema, v. anche G. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l’ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sistema penale*, 21 novembre 2022.

¹⁵⁴ L. EUSEBI, *Giustizia umana e misericordia*, cit., 58-59.

¹⁵⁵ F. OCCHETTA, *Le radici morali della giustizia riparativa*, cit., 446.

¹⁵⁶ G. PIANA, *La Chiesa cattolica di fronte alla pena di morte*, in P. COSTA (a cura di), *Il diritto di uccidere. L’enigma della pena di morte*, Milano, 2010, 123.

Accanto a queste considerazioni etiche di evidente matrice cristiana, non mancano due ulteriori fondamenti del ripudio della pena capitale, l'uno di matrice contrattualistica, l'altro di ispirazione anti-utilitaristica.

Sotto il primo profilo, spicca la celebre riflessione di Beccaria, per il quale la pena di morte si atteggia ad autentica “guerra” ingiusta che lo Stato muove verso il cittadino, sviluppando con radicalità il paradigma, già hobbesiano, secondo il quale è “proprio la tutela della vita (...) la ragione dell'artificio statale e del patto di convivenza”¹⁵⁷.

Continua Ferrajoli: “è per la tutela degli uomini naturali in carne ed ossa, e quindi del loro diritto naturale alla vita, che l'artificio statale è stato da essi stessi costruito. Ne consegue che la vita, come dirà Beccaria, non può essere messa ‘nel pubblico deposito’. Pena di morte e fondamento o ragion d'essere del diritto sono tra loro incompatibili”¹⁵⁸.

Sotto il secondo profilo, è stato Francesco Carrara a portare ai suoi esiti più compiuti, sul piano della riflessione giuspenalistica, l'idea kantiana dell'uomo come fine in se stesso: con Kant, e nel contempo oltre Kant, Carrara è pervenuto ad affermare che “la legge di natura non tollera che l'uomo faccia del copro dell'altro uomo uno strumento dei suoi fini”¹⁵⁹ ed “è ripugnante che la legge conservatrice permetta la distruzione dell'essere alla cui conservazione è diretta: la legge sarebbe contraddittoria a se stessa. La pena di morte è rejeta non da calcoli congiunturali, ma da un principio assoluto: da quel principio stesso che legittima la punizione”¹⁶⁰.

Ma è la visione cristiana, in particolare, a riassumere ed elevare questi paradigmi nella nettezza dell'affermazione della finalità eminentemente rieducativa della pena, che esclude di per sé la possibilità della pena di morte: “la pena non serve unicamente allo scopo di difendere l'ordine pubblico e di garantire la sicurezza delle persone: essa diventa, altresì, uno strumento per la correzione del colpevole, una correzione che assume anche il valore morale di espiazione quando il colpevole accetta volontariamente la sua pena. La finalità cui tendere è duplice: da un lato favorire il reinserimento delle persone condannate; da un altro lato promuovere una giustizia riconciliatrice, capace di restaurare le relazioni di armonica convivenza spezzate dall'atto criminoso”¹⁶¹.

Ha scritto, allora, Papa Francesco, nella Lettera ai partecipanti al XIX Congresso internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e del III Congresso dell'Associazione Latino-americana di Diritto Penale e Criminologia¹⁶²: “se il delinquente

¹⁵⁷ L. FERRAJOLI, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale*, in P. COSTA (a cura di), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, cit., 61. Sul pensiero di Beccaria, v., da ultimo, il volume di P. AUDEGEAN, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, Bologna, 2023.

¹⁵⁸ L. FERRAJOLI, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale*, in P. COSTA (a cura di), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, cit., 61.

¹⁵⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Firenze, 1907, 34, ricordato da L. FERRAJOLI, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale*, cit., 64.

¹⁶⁰ F. CARRARA, *Una lezione dettata nella R. Università di Pisa*, in ID., *Contro la pena di morte. Scritti di Francesco Carrara*, a cura di E. Palombi, Milano, 2001, 22, anch'esso ricordato da L. FERRAJOLI, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale*, cit., 64.

¹⁶¹ COMPENDIO DELLA DOTTRINA SOCIALE DELLA CHIESA, cit., 220. Cfr. C. MATARAZZO (a cura di), *La Chiesa in carcere. Il Documento base di pastorale nell'ambito del penale e prassi di misericordia*, Bologna, 2018.

¹⁶² Per un commento a questo e ad altri documenti papali, cfr. F. OCCHETTA, *La giustizia capovolta. Dal dolore alla riconciliazione*, Milano, 2016, 31 ss.

non viene sufficientemente aiutato, se non gli viene offerta un'opportunità perché possa convertirsi, finisce con l'essere vittima del sistema. È necessario fare giustizia, ma la vera giustizia non si accontenta di castigare semplicemente il colpevole. Bisogna andare oltre e fare il possibile per correggere, migliorare ed educare l'uomo affinché maturi da ogni punto di vista, di modo che non si scoraggi, affronti il danno causato e riesca a reimpostare la sua vita senza restare schiacciato dal peso delle sue miserie”.

Anche per questo, è la stessa pena dell'ergastolo a porre non pochi problemi (per usare un eufemismo) alla tenuta del principio costituzionale scolpito nell'art. 27, comma 3. Anche la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato le criticità dell'istituto, ma non si è mai “esposta” fino a dichiararne l'illegittimità, sostenendo, invece, che in tanto l'ergastolo può considerarsi conforme a Costituzione in quanto vi siano istituti, come la liberazione condizionale, che consentano, in presenza dei requisiti di legge, il pieno reinserimento sociale in libertà della persona anticipatamente.

La citata sent. 161/1997 afferma, infatti, che “se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale”.

Ciò nondimeno, la dottrina più accorta non ha mai esitato ad evidenziare questa tensione con il principio costituzionale della rieducazione della pena. Tra gli altri, Luigi Ferrajoli ha messo in luce i caratteri “premoderni” dell'ergastolo (ponendosi esso come erede della *damnatio ad metalla* e delle varie forme di segregazione praticate nel Medioevo), benché tale istituto sia stato codificato solo in età moderna in alternativa alla pena di morte. Un'alternativa non certo “umanitaria”, invero, se già autori illuministi come Beccaria, Bentham o Benjamin Constant poterono giudicarla in termini ancor più duri della stessa pena di morte. Costant, in particolare, pervenne a giustificare la pena di morte ma a condannare l'ergastolo, considerandolo un ritorno “alle più rozze epoche, un consacrare la schiavitù, un degradare l'umana condizione”. D'altronde, nella stessa Francia rivoluzionaria, l'Assemblea Costituente, pur mantenendo la pena capitale, espunse dall'ordinamento le pene perpetue.

Su questa scia, Ferrajoli contesta con nettezza sia la pena capitale sia la pena dell'ergastolo, sia da un punto di vista filosofico sia da un punto di vista giuridico-costituzionale.

Dalla prima prospettiva, infatti, lo stesso fondamento contrattualista dello Stato moderno comporta che esso venga meno alla “sua ragion d'essere”, rompendo il patto sociale (e dunque “dichiara guerra ai suoi cittadini, regredisce allo stato di natura”), ogniqualvolta esso “sopprime per sempre la vita o la libertà di un suo cittadino”¹⁶³ (di

¹⁶³ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016, 190.

talché il rifiuto della pena di morte e il ripudio dell'ergastolo si fondano sul medesimo assunto).

Nella seconda prospettiva, poi, il principio costituzionale della dignità della persona impedisce, kantianamente, che l'essere umano possa essere trattato come un mezzo invece che come un fine, senza contare, infine, che sia il principio di rieducazione, inteso come recupero sociale del reo attraverso la pena, sia lo stesso principio di uguaglianza – minato proprio dal regime differenziato, anzi discriminatorio, sussistente tra gli ergastolani in virtù del regime di ostatività – impongono una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'istituto.

D'altronde, la denuncia dell'ergastolo come istituto incompatibile con la Costituzione non è cosa affatto peregrina, se si pensa alla mozione parlamentare approvata, nel corso della X legislatura, alla Camera il 2 agosto 1989 (mozione 1-00310), il cui testo affermava espressamente che l'ergastolo viola il divieto di punizioni crudeli, disumane e degradanti, collocandosi tra quelle pene che “ripugnano alla coscienza democratica e al senso di umanità di ogni persona e comunque non costituiscono neppure un ragionevole deterrente al crimine, essendo invece un'esemplare manifestazione di brutalità dello Stato”.

Oltretutto, come bene è stato osservato, “guardando oltre il cortile di casa, ci si accorge che la pena perpetua, tanto più nei termini in cui è disciplinata nel nostro ordinamento, è un *unicum* tutto italiano. Nella maggioranza degli altri Paesi europei l'ergastolo non esiste più (Spagna, Portogallo, Germania, Danimarca, Norvegia, per esemplificare). La Corte Costituzionale tedesca, con sentenza del 21 giugno 1977, e la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno riconosciuto che una esecuzione della pena che precludesse al condannato ogni *chance* di poter tornare a partecipare alla libertà sarebbe contraria al principio costituzionale fondamentale della dignità umana (Corte di Karlsruhe) o al divieto di pene inumane e degradanti dell'art. 3 CEDU (Corte di Strasburgo)”¹⁶⁴.

In buona sostanza, allora, sono diverse le ragioni per ritenere incostituzionale la pena dell'ergastolo.

In primo luogo, in quanto pena *usque ad mortem*, essa si configura “come espressione di un estremismo punitivo che esclude a priori la possibilità stessa della risocializzazione”, in ciò condividendo “il connotato di tutte le altre pene perpetue (i lavori forzati, le deportazioni a vita) che, dato il loro comune carattere eliminativo, sono prive di finalità rieducativa, richiedendosi per tale scopo – quale condizione necessaria, anche se non sufficiente – la temporaneità del regime punitivo”¹⁶⁵.

Dal punto di vista edittale, infatti, per l'ergastolo la possibilità della risocializzazione è impedita per definizione (e la rieducazione si converte così in una mera opzione di emenda interiore che, però, per un ordinamento ispirato ai principi di uno Stato sociale di

¹⁶⁴ Così A. PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. CORLEONE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, 126.

¹⁶⁵ Così, condivisibilmente, A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in E. DOLCINI - E. FASSONE - D. GALLIANI - P. PINTO DE ALBUQUERQUE - A. PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza: l'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, cit., 89.

diritto, non rileva, attesa la assoluta incoercibilità della dimensione intima ed etica); né, certamente, si può ritenere soddisfatta la finalità costituzionale di cui all'art. 27, terzo comma, con il recupero del condannato alla (peraltro limitata) vita di relazione interna alla comunità carceraria: “in tal modo si realizzerebbe quello che – con neologismo di matrice anglosassone (*prison*) – è definito fenomeno di ‘prisonizzazione’, per cui il recluso abdica alla propria identità e finisce per identificarsi con l’istituzione penitenziaria, elevata a unica condizione esistenziale possibile”¹⁶⁶.

Ancora, trattandosi di una pena fissa e automatica, l’ergastolo entra in tensione “con le esigenze di individualizzazione (nella specie e nella durata) della pena, condizione essenziale per soddisfare la sua necessaria finalizzazione rieducativa”¹⁶⁷, in violazione – di nuovo – dell’art. 27, terzo comma.

È vero che il giudice può calibrare la risposta sanzionatoria attraverso l’applicazione delle circostanze attenuanti, ma si tratta di situazioni esterne alla dosimetria della pena, eventuali (e, dunque, rimesse alla valutazione del giudice) e in talune occasioni finanche paralizzate dalla legge.

Senza contare, poi, che “automatismo e fissità dell’ergastolo entrano in rotta di collisione pure con l’art. 27, comma 1, Cost.: affermando che ‘la responsabilità penale è personale’, il parametro include (anche) la necessità di un’individualizzazione della pena che – se finalizzata alla rieducazione come esige l’art. 27, comma 3, Cost. – deve essere quanto più commisurata alla specificità ed unicità della persona colpevole, oltre che all’entità del fatto di reato. A tal fine, si imporrebbe, anche qui, l’uso dei criteri dell’art. 133 c.p., preclusi invece dal ricorso (minacciato dal legislatore e obbligati per il giudice) alla pena fissa dell’ergastolo”¹⁶⁸.

Non si può trascurare, poi, che la perpetuità dell’ergastolo rappresenta anche una fonte di una inaccettabile disparità di trattamento, atteso che la effettiva durata della pena inflitta finisce col dipendere non tanto dalla gravità del reato commesso quanto dal dato, naturale e ineluttabile, della concreta durata residua della vita del condannato. L’applicazione dell’ergastolo tanto al reo sessantenne quanto al reo diciottenne produce una discriminazione che, nei fatti, si accompagna ad una sproporzione nel trattamento sanzionatorio: in questo modo, allora, viene meno anche quell’antico connotato retributivo/retribuzionistico della pena, giacché, pur in presenza di identica colpevolezza, “l’afflittività della sanzione” viene ad essere “direttamente proporzionale (non alla gravità del reato, bensì) alla durata della vita del soggetto in detenzione”¹⁶⁹, così ponendosi in violazione dell’art. 3 Cost. e dell’art. 27, primo comma, Cost.

6. Il bene come prevenzione del male. Verso un altro modello: giustizia riparativa e mediazione penale. Le novità della riforma Cartabia

¹⁶⁶ *Ibid.*, 89.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 90.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 90.

¹⁶⁹ *Ibid.*, 91.

Ecco, allora, che gli studiosi più avvertiti già da tempo si interrogano in modo fecondo sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio, non più incentrato esclusivamente sulla ritorsione e sulla risposta carceraria, ma aperto alla possibilità di un percorso progettuale che attraverso una diversificazione delle sanzioni accompagni colui che ha commesso il reato a maturare opportunità di recupero.

Sono state pertanto prese in considerazione sanzioni nuove, non solo aventi, per esempio, natura pecuniaria o interdittiva, ma tali da ricomprendere impegni riparativi, percorsi di formazione, lavori di pubblica utilità, un'utile messa alla prova.

Ma, più in generale, risulta assai interessante, come nuovo approccio al rapporto tra diritto penale sostanziale e diritto processuale¹⁷⁰, la modalità di risposta al reato che maggiormente sembra rispondere agli intenti di quella giustizia riparativa (*restorative justice*): ci riferiamo alla mediazione penale, sulla quale, in sede internazionale, s'è andato aggregando negli ultimi anni un notevole interesse. Modelli di giustizia riparativa, peraltro, hanno trovato modo di esplicitarsi in occasione di significativi processi di transizione politica: non può non ricordarsi, in proposito, l'esempio della Commissione per la verità e la riconciliazione nel Sudafrica post-apartheid, presieduta dall'arcivescovo Desmond Tutu¹⁷¹.

Tradizionalmente, gli strumenti principali della *restorative justice* possono essere analizzati secondo uno schema classificatorio di tipo gradualistico, dagli istituti parzialmente riparativi fino a quelli riconciliativi – in cui rientra la mediazione penale – passando per gli strumenti pienamente riparativi.

Vi rientrano, dunque, istituti come la *Victim-Offender Mediation*, cioè la mediazione diretta tra autore e vittima, definita dalla Raccomandazione n. 19 del 1999 del Consiglio d'Europa come un “procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo indipendente”, oppure gli incontri/forum tra autori di reato e vittime diverse (in cui, in mancanza di contatto diretto tra responsabili delle condotte criminose e relative vittime, prevalgono, a ben vedere, esigenze di prevenzione generale positiva), o ancora gli incontri di mediazione allargata e i gruppi di discussione (gli uni estesi ad altri soggetti coinvolti dal reato, gli altri anche a familiari e gruppi territoriali, così da realizzare funzioni positive sia general-preventive che special-preventive).

Il legislatore italiano ha cominciato ad intraprendere una simile strada, per esempio attraverso l'introduzione, nel 2017, dell'articolo 162-ter del codice penale, concernente l'estinzione del reato per condotte riparative. In particolare, il 1° comma prevede che “nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato,

¹⁷⁰ Su cui, v., tra gli altri, nella letteratura recente, M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione giustizia*, 2020; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale*, 2020.

¹⁷¹ È proprio Tutu ad illustrare l'“anima” della Commissione e del suo modello di giustizia riparativa: “Quando un africano vuole lodare grandemente qualcuno dice che tizio ha Ubuntu, cioè è compassionevole, generoso, benevolo. Noi diciamo che una persona è tale attraverso altre persone, noi non ci concepiano nei termini penso dunque sono, bensì sono umano perché appartengo, partecipo, condivido”. Cfr. D. TUTU, *Non c'è futuro senza perdono*, Milano, 2001, 32.

sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo”.

Già in precedenza, inoltre, la legge 76/2014 aveva esteso anche agli adulti l'istituto della messa alla prova dell'imputato, facendo riferimento espresso alla mediazione nel nuovo art. 464-bis del codice di procedura penale, il cui comma 4 – nel dettare i contenuti del programma di trattamento – menziona (lett. c) “le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa”.

Altri (ma limitati) spazi di giustizia riparativa si rinvencono nella disciplina dei reati procedibili a querela (atteso che il giudice di pace può avvalersi dell'attività di mediazione per poter giungere alla conciliazione delle parti) e nei casi di particolare tenuità del fatto.

Si è trattato di primi interventi normativi, ancora limitati e frammentari, di grande interesse, nel quadro di una più ampia prospettiva che deve essere volta a creare un contesto entro il quale sia possibile discutere del reato, tra chi ne sia ritenuto responsabile e chi ne sia stato vittima. Una discussione normalmente impraticabile nel processo, posto che qualsiasi apertura alla verità da parte di chi abbia trasgredito la legge sarebbe utilizzata, in quel contesto, a suo danno. In sede di mediazione invece resta riservato quanto si dice, come si legge anche nella citata raccomandazione n. 19 del Consiglio d'Europa del 1999 sulla mediazione penale.

La giustizia riparativa, or dunque, intende rappresentare “un modello di giustizia che coinvolge volontariamente il reo, la vittima e la comunità nella ricerca di soluzioni al conflitto, al fine di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza. Essa si pone oltre la logica del castigo, proponendo di considerare il reato non più come una condotta che lede l'ordine sociale, bensì come un comportamento deleterio imprudente che provoca alla vittima sofferenza e dolore e che sollecita il reo ad attivarsi con forme di riparazione dell'oltraggio causato”¹⁷². In tal senso, la *restorative justice* contribuisce a costruire un nuovo “umanesimo della giustizia”¹⁷³, attraverso un “rovesciamento (...) dell'approccio tradizionale alla questione della pena, perché pone al centro non la relazione proporzionale fra colpa e pena, ma il rapporto fra le persone del reo e della vittima del reato”¹⁷⁴.

Sul piano umano, la mediazione consente non solo che l'autore del reato si confronti con la sofferenza della vittima, ma anche che la vittima torni a vedere l'agente di reato non soltanto come un delinquente, bensì, a sua volta, come una persona con dei problemi e con una storia. Il vero bisogno della vittima non consiste in un'esigenza di corrispettività,

¹⁷² U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019, 203.

¹⁷³ *Ibid.*, 209.

¹⁷⁴ *Ibid.*, 204.

sebbene quest'ultima venga espressa sovente come bisogno di giustizia. La vittima ha bisogno, soprattutto, che sia riconosciuta, in concreto, l'ingiustizia di quanto accaduto, affinché ciò contribuisca, quantomeno, a evitare il ripetersi di fatti analoghi, a danno di altri, nel futuro.

Un riconoscimento che è tanto più efficace se coinvolge, addirittura, chi di quell'ingiustizia sia stato responsabile e se si apre a una verità non soltanto, per così dire, esteriore sui fatti, ma in grado di investire la storia personale di chi in quei fatti ebbe parte¹⁷⁵.

Orbene, si registra oggi finalmente un significativo impegno in materia di giustizia riparativa, nella prospettiva di una disciplina più organica e inquadrata nel sistema.

La c.d. riforma Cartabia, infatti, ha inteso sin da subito, nell'art.1, comma 18, della legge-delega 134/2021, costruire un più compiuto assetto normativo della giustizia riparativa, ponendosi come attuazione anche della direttiva 2012/29 UE del 25 ottobre 2012¹⁷⁶, il cui art. 2 fa rientrare nella giustizia riparativa “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”.

Come è stato osservato, la giustizia riparativa-conciliativa “richiede al condannato una personale rielaborazione critica della condotta criminosa, corroborata da atti riparatori in senso lato e da una valorizzazione della sua capacità di operare scelte libere e volontarie, anche in un'ottica di maggiore rispetto del principio di colpevolezza”; in tal modo, “la giustizia conciliativa si propone di fare scattare, nell'individuo, un autonomo processo di riflessione sul fatto commesso, e stimola una sua decisione di agire diversamente in futuro”¹⁷⁷.

Nella prospettiva della riforma, allora, gli istituti di giustizia riparativa finalmente assumono una natura generale, atteso che la legge delega ha previsto (v. art. 1, comma 18, lettera c) la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa “in ogni stato e grado del procedimento penale” ed anche durante l'esecuzione della pena¹⁷⁸, “su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lettera a)” dello stesso art. 1, comma 18, della legge.

Vale la pena di rilevare, peraltro, come opportunamente ha messo in luce proprio il consigliere giuridico della Ministra Cartabia, che per l'attuazione della disciplina in tema di giustizia riparativa la legge (v., sul punto, l'art. 1, comma 19) prevede un'autorizzazione di

¹⁷⁵ Cfr. L. EUSEBI, *Giustizia umana e misericordia*, cit., 60.

¹⁷⁶ Si veda più approfonditamente sul punto F. FIORENTIN, *Giustizia riparativa, riforma attesa che allinea l'Italia alle regole europee*, in *Guida al diritto*, n. 45/2022, 57.

¹⁷⁷ M. BUONO - P. SABRA PIAZZA, *Giustizia riparativa*, in A. CONZ - L. LEVITA (a cura di), *La riforma Cartabia della giustizia penale. Commento organico alla legge n. 134/2021*, Roma, Dike Giuridica, 2021, 244.

¹⁷⁸ Su cui, v. F. FIORENTIN, *Punizione o riparazione? La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: luci ed ombre nella prospettiva della riforma “Cartabia”*, in *Diritto penale e uomo*, 2022, 1-28.

spesa per oltre quattro milioni di euro: si tratta di un dato, questo, non privo di significato, “se si considera che nel passato proprio la mancanza della necessaria copertura finanziaria ha ostacolato lo sviluppo della giustizia riparativa, inclusa nella riforma Orlando, e che, nel contesto dell’attuale riforma, coperture finanziarie sono previste solo per l’ufficio per il processo e, per l’appunto, per la giustizia riparativa”; il che, evidentemente, “testimonia la forte determinazione politica e la rilevanza strategica e culturale dell’intervento, che promette di elevare la qualità e l’efficienza della giustizia penale”¹⁷⁹.

Il decreto legislativo n. 150 del 2022, attuativo della legge-delega Cartabia, ha, conseguentemente, dedicato ampio risalto alla disciplina della giustizia riparativa¹⁸⁰.

Di là dagli aspetti di interesse più spiccatamente processualistico (v. la disciplina dello svolgimento dei programmi di giustizia riparativa e della valutazione dell’autorità giudiziaria: artt. 53-58) e tecnico-professionale ed organizzativo (v. la disciplina della formazione e dei requisiti dei mediatori: artt. 59-60; e la disciplina dei servizi e dei centri per la giustizia riparativa: artt. 61-67), merita segnalare alcune novità significative, anche dal punto di vista dell’inquadramento sistematico e dell’attuazione dei principi costituzionali.

Anzitutto, deve essere sottolineato un primo dato di ordine generale, e cioè che la *restorative justice* ha una struttura basata su due componenti necessarie: “il processo riparativo e l’esito riparativo”. Come è stato osservato, infatti, “il processo riparativo che non sfoci in un risultato riparativo è un mero ‘tentativo’ di giustizia riparativa; un esito dai contenuti riparatori che sia stato raggiunto al di fuori di un percorso riparativo non può dirsi assolvere alla dimensione dialogica, di ascolto e riconoscimento reciproco che connota la *restorative justice*. Questo secondo asserto è fatto chiaro dal legislatore italiano che definisce come esito riparativo ‘qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa’”¹⁸¹.

In questo senso, allora, si può asserire che “è riparativo ogni accordo che si colloca ad esito di un processo riparativo; a questo dato strutturale il legislatore aggiunge un elemento funzionale, quando richiede che l’accordo sia ‘volto alla riparazione dell’offesa e idoneo a rappresentare l’avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti’. La locuzione mira a confermare la tensione finalistica verso l’obiettivo riparativo, ma richiede altresì una valutazione di idoneità condotta alla luce di due criteri: il primo ribadisce l’intimo nesso tra esito riparativo e processo riparativo come momento di riconoscimento dell’altro; la seconda valutazione che deve essere condotta

¹⁷⁹ Così G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘legge Cartabia’*, in *Consulta Online*, n. 3/2021, 832.

¹⁸⁰ Su cui, v. anche A. AGNESE - F.P. MARINARO, *La giustizia riparativa nel d.lgs. 150/2022. Riflessioni e critiche a prima lettura*, Roma, 2023.

¹⁸¹ V. BONINI, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi (artt. 42-46)*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale – codice di procedura penale – giustizia riparativa*, Pisa, 2022, 729.

sull'accordo riparativo è relativa all'idoneità a rappresentare la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti"¹⁸².

Inoltre, sempre entro un'ottica di inquadramento generale degli istituti, l'art. 53 evidenzia che i programmi di giustizia riparativa – che si conformino ai principi europei e internazionali in materia e vengano svolti da almeno due mediatori con le garanzie previste dalla legge – includono tanto la mediazione tra la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato, anche estesa ai gruppi parentali, ovvero tra la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima di un reato diverso da quello per cui si procede, quanto il dialogo riparativo, così come ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa.

L'attenzione del legislatore verso la posizione della vittima appare particolarmente interessante, in quanto consente la “messa a fuoco di una nozione che, nella sua caratura criminologica, ha fatto irruzione nel processo penale destando non poche tensioni e difficoltà di sistemazione, in quanto è chiamata a misurarsi da una parte con la dimensione accusato-centrica del rito penale e dall'altra con una serie di figure affini, ma non perfettamente sovrapponibili, che appartengono al novero dei comprimari processuali (persona danneggiata e parte civile, persona offesa, querelante)”¹⁸³.

Dopo aver fornito, all'art. 42, le definizioni fondamentali (secondo un approccio di tecnica legislativa sempre più seguito dal legislatore negli anni recenti), il legislatore detta i principi generali di disciplina (art. 43)¹⁸⁴, in conformità alle fonti europee ed internazionali, a partire dalla partecipazione attiva e volontaria e al consenso alla partecipazione, unitamente all'equa considerazione dell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa e al coinvolgimento della comunità nei programmi di giustizia riparativa¹⁸⁵.

¹⁸² *Ibid.*, 729. Il legislatore, inoltre, richiama il concetto di “ragionevolezza dell'esito riparativo”, che può essere chiarito alla luce dei documenti sovranazionali, da cui emerge una duplice connotazione in termini di “equità e realizzabilità” tra le qualità del risultato riparativo: “l'accordo raggiunto tra i partecipanti dovrà, dunque, essere fattibile, ossia prevedere azioni che possono trovare concreta attuazione dalla persona che a quelle si impegna; inoltre, l'equità pare essere il precipitato delle modalità equilibrate e paritarie lungo le quali si è sviluppato il percorso riparativo, che la cornice sovranazionale vuole improntato a *fairness*” (*ibid.*, 736).

¹⁸³ *Ibid.*, 730-731.

¹⁸⁴ Sul punto, si è osservato che “la nuova normativa rafforza l'idea che il diritto penale possa essere pensato non soltanto come strumento di coercizione e di pena ma anche come strumento che rimette in gioco le risorse relazionali delle persone, che fa della solidarietà, della cooperazione e della fiducia reciproca un tassello importante per ragionare attorno alla responsabilità del colpevole. Non si tratta di una rinuncia alla punizione o di collocare la giustizia riparativa fuori dalla legge ma si tratta invece (...) di tenere in conto di come il meccanismo sanzionatorio non riesca a esaurire la complessità del fenomeno giuridico e di come il precetto della norma possa essere valorizzato anche oltre la minaccia e l'uso della forza. Inoltre, rispetto alle già esistenti discipline orientate a una dimensione di riparazione sia verso le vittime che verso la collettività (...) la nuova disciplina pone per la prima volta al centro l'interesse di entrambe le parti, affermando l'“eguale considerazione dell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa” (art. 43 lett. b), ponendo la giustizia riparativa al di fuori di una visione solo reo-centrica, orientata a risolvere questioni legate alla punibilità del colpevole e/o alla sua rieducazione”. Così F. BRUNELLI, *Programmi di giustizia riparativa*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale – codice di procedura penale – giustizia riparativa*, cit., 758.

¹⁸⁵ Sottolinea F. FIORENTIN, *Giustizia riparativa*, cit., 58, che in questo modo il percorso riparativo si proietta “in una dimensione sociale che trascende il rapporto esclusivo tra autore e vittima ai fini dell'auspicato risultato riparativo”.

Quest'ultimo principio – che trova esplicazione nell'art. 45, dedicato alla disciplina dei partecipanti ai programmi di giustizia riparativa, includendovi anche “altri soggetti appartenenti alla comunità, quali familiari della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'offesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, rappresentanti o delegati di Stato, Regioni, enti locali o di altri enti pubblici, autorità di pubblica sicurezza, servizi sociali”, oltre che “chiunque altro vi abbia interesse” – sembra confermare, peraltro, la natura anche general-preventiva, oltre che special-preventiva dell'istituto, in una prospettiva pienamente conforme a quella funzione di integrazione sociale che la dottrina più accorta ha da sempre assegnato alla pena in uno Stato sociale di diritto, in virtù del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost.¹⁸⁶.

Anzi, qui può dirsi – ed è questo il dato particolarmente meritevole di riflessione – che il legislatore faccia un passo in avanti, giacché, prima ancora della comminazione della pena, consente che il procedimento stesso realizzi, grazie ad un contatto diretto tra autore e vittima del reato, allargato alla comunità, quelle funzioni (general-preventive) di orientamento culturale e (special-preventive) di rieducazione proprie della pena.

Ancora, il legislatore sancisce la riservatezza delle dichiarazioni e delle attività svolte nel corso dei programmi di giustizia riparativa, la ragionevolezza e proporzionalità degli eventuali esiti riparativi consensualmente raggiunti, l'indipendenza dei mediatori e la loro equiprossimità rispetto ai partecipanti ai programmi di giustizia riparativa, la garanzia del tempo necessario allo svolgimento di ciascun programma¹⁸⁷ (in attuazione del principio della ragionevole durata del processo).

La natura generale e universale dell'istituto è confermata dall'art. 44, ove si afferma che “i programmi di giustizia riparativa (...) sono accessibili senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità” (comma 1), “in ogni stato e grado del procedimento penale, nella fase esecutiva della pena e della misura di sicurezza, dopo l'esecuzione delle stesse e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-bis del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato” (comma 2). Peraltro, ove si tratti di delitti perseguibili a querela, ai programmi in questione “si può accedere anche prima che la stessa sia stata proposta”, sicché la *restorative justice* può realizzarsi in una fase pre-procedimentale, ed anzi indipendentemente dall'eventuale instaurarsi del procedimento penale.

Infine, il legislatore si preoccupa di individuare garanzie rafforzate per i minori (art. 46) e di disciplinare dettagliatamente il diritto all'informazione dei partecipanti ai programmi

¹⁸⁶ Su tutti, cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

¹⁸⁷ In proposito, meritano di essere ricordate le considerazioni di F. FIORENTIN, *Giustizia riparativa*, cit., 59, il quale osserva che ciò implichi la non biunivoca interdipendenza con le scansioni processuali, in favore, invece, della necessaria disponibilità di un tempo sufficiente e adeguato al perseguimento dell'obiettivo di riparazione, e ciò si pone potenzialmente in contrasto con l'obiettivo di velocizzazione dei processi che costituisce uno degli obiettivi della riforma.

di giustizia riparativa (art. 47) e le ulteriori necessarie garanzie, legate al consenso (art. 48), all'assistenza linguistica (art. 49), al dovere di riservatezza (art. 50) e all'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del programma (art. 51) ai fini del procedimento penale e dell'esecuzione della pena, fatti salvi i contenuti della relazione del mediatore e fermo quanto disposto nell'articolo 50, comma 1¹⁸⁸.

Una riforma importante, quella della giustizia riparativa, che, non priva di aspetti criticabili¹⁸⁹, è chiamata a misurarsi, nella futura prassi applicativa, anche con le “sfide” poste dal binomio, su cui si è provato a riflettere nel lavoro, “giustizia-misericordia”.

In buona sostanza, la strada tracciata è quella di una “giustizia di ascolto e di dialogo”, che “mira più a responsabilizzare in vista del futuro che a porre rimedio al passato”: chiare e cristalline, ecco, le parole di Ricoeur, in nome di una giustizia che, lungi dal costituire una rivendicazione della logica vittimistica, aspira a fondarsi sulla “relazione di ciascuno nei confronti di tutti”, nel quadro di una visione del potere come “capacità della relazione”¹⁹⁰.

7. Considerazioni conclusive

La giustizia riparativa, come concretamente delineata dal D.Lgs n. 150 del 2022. è attesa alla prova della sua concreta attuazione.

Tuttavia, può sin d'ora affermarsi che si tratti di un intervento da salutare come un passo in avanti nella direzione di un modello sanzionatorio sempre più conforme a “umanità” della pena e alla sua funzione di “rieducazione”, come tracciate dalla nostra Costituzione (art. 27 comma 3).

Il “senso di umanità” cui le pene non devono essere contrarie è generalmente considerato come un limite negativo posto dal Costituente, ovvero come la soglia minima di trattamento che non può essere superata quando venga in questione la applicazione della privazione della libertà personale.

Ciò nondimeno, non si esorbita realmente dal dettato costituzionale se si sostiene che da quella indicazione dell'art. 27 Cost. sia possibile trarre anche indicazioni positive circa modalità e compiti della pena.

¹⁸⁸ Il quale afferma che: “i mediatori e il personale dei Centri per la giustizia riparativa sono tenuti alla riservatezza sulle attività e sugli atti compiuti, sulle dichiarazioni rese dai partecipanti e sulle informazioni acquisite per ragione o nel corso dei programmi di giustizia riparativa, salvo che vi sia il consenso dei partecipanti alla rivelazione, che il mediatore ritenga la rivelazione assolutamente necessaria per evitare la commissione di imminenti o gravi reati ovvero che dichiarazioni integrino di per sé reato”.

¹⁸⁹ Sui quali si veda, per esempio, T. PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit., 12-13, il quale, pur salutando l'introduzione dei meccanismi della giustizia riparativa come una importante innovazione, evidenzia al contempo le limitate ricadute pratiche del relativo apparato di norme, in ragione del fatto che il raggio d'azione dell'istituto è necessariamente condizionato dalla presenza di una vittima persona fisica (con l'esclusione, quindi, dei reati in cui un tale soggetto non sia identificabile o non sia presente) e che la sua attrattività è pur sempre modesta perché il suo esito positivo non ha effetto estintivo del reato ma può tradursi al massimo in una circostanza attenuante o in una valutazione positiva nella determinazione della pena.

¹⁹⁰ Le citazioni sono tutte riprese da P. RICOEUR, *Il diritto di punire*, Brescia, 2012, 86-87.

L'affermazione risulta plausibile sol che si consideri che la giurisdizione, in particolare quella penale, esiste proprio per apprezzare fatti in occasione dei quali è in genere venuto meno, o si è quantomeno offuscato, l'“umano”, con negative ripercussioni sull'ordinata convivenza civile.

Si comprende, allora, che il “senso di umanità” a cui non devono essere contrari i trattamenti riguarda sì, secondo Costituzione, innanzitutto ed essenzialmente la fase dell'esecuzione della pena, ma non rimane estraneo al processo che la precede e alla decisione con cui la si irroga.

Coloro che partecipano all'esercizio della funzione giurisdizionale non possono derogare al senso di umanità che deve connotare gli atti del procedimento, a maggior ragione di fronte a condotte cui ha fatto difetto l'“umano”.

La giurisdizione, invero, non dovrebbe porsi sullo stesso piano dei fatti che giudica e dei loro autori, ma dovrebbe piuttosto offrire dimostrazione che è possibile trattare con umanità situazioni e persone che, viceversa, si sono connotate in concreto per nessuna o per scarsa umanità.

Lo schema classico della corrispettività della giustizia penale – quello che, in sostanza, si fonda su un modello di mera ripetizione del male (al male fatto si risponde con il male inflitto) – va costantemente ricalibrato alla luce della Costituzione.

In questa prospettiva, non sembri un fuor d'opera la considerazione che il processo come sistema fatto proprio nel tempo dalla stessa Costituzione (si veda il novellato art. 111 Cost.) non è opera della sola autorità giudiziaria, ma è il frutto del contributo di tutti gli interessati. L'aspetto più rilevante del processo penale riformato è il confronto tra le parti e l'impegno comune di ricerca della soluzione, cosicché la decisione non è manifestazione del sapere del solo magistrato che presiede il processo, ma viene predisposta con la partecipazione e l'apporto di tutti.

Se è così, non v'è chi non veda che la giustizia riparativa, come congegnata dal D.Lvo 150 del 2022, si collochi proprio nel solco, anche costituzionalmente tracciato, del coinvolgimento di tutti gli interessati al processo, in uno sforzo teso ad un recupero o ad una riaffermazione di “umanità” nei rapporti, per il tramite di un percorso con caratteristiche alternative rispetto a quelle che si sono manifestate in occasione del reato.

Si sottolinea la centralità del coinvolgimento di tutti gli interessati, perché non v'è dubbio che, tanto più efficaci potranno risultare le norme dettate in tema di disciplina della giustizia riparativa, quanto più consapevole ed avveduta sarà la partecipazione di tutti gli attori del processo: non solo la “vittima del reato” e la “persona indicata come autore del reato” (art. 42), che sono per ovvi motivi al centro di ogni programma di riparazione, ma anche i loro difensori (artt. 54 comma 2, 56 comma 5), il cui apporto nell'accesso ai programmi e nel loro svolgimento sarebbe determinante, nonché l'autorità giudiziaria (v. artt. 129 bis, 419 bis comma 3, 429 comma 1 lett. d-bis, 447 comma 1, 460 lett. h-bis, 552 lett. h-bis c.p.p.).

A tutto questo fanno da sfondo i criteri generali affermati dall'intervento legislativo, secondo cui i programmi di giustizia riparativa “tendono a promuovere il riconoscimento

della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona come indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità" (art. 43 comma 2), conformandosi a principi quali "l'equa considerazione dell'interesse della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa" (art. 43 lett. b) e "il coinvolgimento della comunità" (si veda, in particolare, l'art. 45, che prevede la partecipazione anche di "familiari della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa, persone di supporto segnalate dalla vittima del reato e dalla persona indicata come autore dell'offesa, enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato ...").

Pare, allora, di poter dire che, così costruita, la giustizia riparativa abbia in sé la potenzialità di realizzare la "umanità" della pena (art. 27 Cost.) dentro il contesto di un processo in cui il contraddittorio quale "metodo della giurisdizione" (art. 111 Cost.) è suscettibile, in una sorta – se si vuole – di implicita evoluzione costituzionale, di assumere il significato non solo di confronto dialettico nella attività di formazione della prova, ma anche di reciproco contributo alla composizione delle questioni derivanti dal reato: quasi che, infine, l'interesse di cui ciascuna parte è portatrice confluisca in un comune super-interesse, il quale, integrando (e per certi versi addirittura trascendendo) la logica della ricostruzione e della affermazione della verità, approdi ad un mutuo riconoscimento e, soprattutto, alla ricostruzione della relazione tra le persone.

Ma, come già si accennava sopra, si può, al tempo stesso, affermare che la giustizia riparativa si avvicini significativamente anche alla previsione della seconda parte dell'art. 27 comma 3 Cost., che attiene alla finalità rieducativa della pena.

Si tratta, forse, della modalità di risposta al reato – tra quelle man mano previste dal legislatore negli anni in affiancamento allo schema classico della pena detentiva e della pena pecuniaria – maggiormente conforme al modello costituzionale, perché non esclude affatto l'accertamento della responsabilità della "persona indicata come autore dell'offesa" (come avviene, per esempio, con la messa alla prova, a cui l'imputato può essere ammesso alla più semplice condizione che il giudice non debba pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., quando cioè risulti evidente prima del processo la innocenza dell'imputato).

Infatti, l'esito eventualmente positivo del programma di giustizia riparativa può essere valutato dal giudice, al termine del processo, come circostanza attenuante comune, ora espressamente prevista dall'art. 62 n. 6) c.p., ovvero può influire favorevolmente sulla quantificazione della pena secondo i criteri indicati dall'art. 133 c.p.; e, solo nei casi di reato perseguibile a querela di parte, può essere inteso come un caso di remissione tacita della querela (art. 152, comma 4, n. 2 c.p.).

Dunque, la pena non coincide con la rieducazione, non consiste nella rieducazione stessa (il che allontana ogni rischio di strumentalizzazione o manipolazione del soggetto).

Ma, conformemente all'art. 27 comma 3 Cost, l'esito positivo del programma di riparazione consente che la pena "tenda" alla rieducazione. Vale a dire che non esclude una sofferenza, una afflizione, una privazione inflitta a cagione del torto commesso, ma con la possibilità per il giudice di graduare la pena, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27

comma 3 Cost., tenendo conto dell'adesione del suo destinatario ad un processo che può senza dubbio definirsi di "rieducazione" (intesa come reintegrazione in una trama di rapporti sociali improntati a legalità) e che influisce anche sulla congruità della risposta sanzionatoria "personalizzata".

In questo modo, peraltro, si crea anche un fecondo rapporto tra rieducazione e umanizzazione, la quale ultima è necessaria alla prima ma non la esaurisce, perché la risocializzazione deve pur sempre consistere in un impegno rigoroso da parte dell'autore del reato.

Vi sono le premesse, insomma, per cui la giustizia riparativa, per la prima volta disciplinata in modo organico dal legislatore ordinario, sia suscettibile di diventare espressione di un modello diverso di giustizia, che sia capace di inglobare in sé la misericordia, la quale, come già sottolineato, non è affatto una immotivata condiscendenza o una generalizzata indulgenza.

Si tratta, piuttosto, di un modello di giustizia che trova il suo fondamento costituzionale nel riconoscimento dei diritti fondamentali della persona (art. 2), della dignità sociale di ciascun individuo svincolata dalla sua condizione personale o sociale (art. 3 comma 1), del compito dello Stato di rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo della persona (art. 3 comma 2) anche sotto forma di aiuto alla persona ad affrancarsi dai limiti della condizione umana.

E' in questo modo che può, in definitiva, realizzarsi *un'idea diversa di giustizia*, costituzionalmente fondata e incentrata sui due pilastri del *riconoscimento* e della *riconciliazione*, come acutamente delineati dalle stesse riflessioni di Marta Cartabia: "riconoscimento, perché senza una presa di coscienza del male compiuto, senza una sincera autocritica non può iniziare alcun cammino di ricostruzione"¹⁹¹; "riconciliazione", in quanto "lo scopo ultimo del diritto penale non può essere prima di tutto quello di far pagare il male commesso, quanto quello di ricostruire i legami spezzati dall'azione malvagia"¹⁹².

In questo modo, allora, potrà essere profuso lo sforzo di sperimentare la misericordia *nella* giustizia, nella prospettiva del celebre *dictum* dell'Aquinate "*miser cordia non tollit iustitiam, sed est quaedam iustitiae plenitudo*".

¹⁹¹ M. CARTABIA, *Riconoscimento e riconciliazione*, in M. CARTABIA - A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, cit., 98.

¹⁹² *Ibid.*, 102.