

La sfida di ogni riforma: dalle *paper rules* alle *real rules*.

Un'introduzione a MediaRes 1/2023.

Federico Reggio*

Con il numero 1/2023**, *MediaRes* inaugura il suo terzo anno di attività nel nuovo formato digitale e *open-access*, e con il nuovo editore, Primiceri. Il momento è significativo, per quanto concerne l'ordinamento italiano, il quale, a seguito della Riforma Cartabia e del suo progressivo entrare a regime, vede estendersi l'importanza – anche sistemica – di strumenti di soluzione dialogico-consensuale della controversia, sia in ambito penale che civile¹.

In questo contesto, torna di attualità la distinzione tra le 'norme viventi' (*real rules*) e le 'norme di carta' (*paper rules*), con cui il giurista americano Karl Llewellyn ci invita a non perdere di vista l'importanza di tenere ben distinta la norma giuridica nella sua testualità scritta dalla sua effettiva applicazione nella prassi². Chiaramente, nell'ottica dell'Autore statunitense, diffusamente espressa nel testo *'The Theory of Rules'*, la distinzione è funzionale anche a puntare l'attenzione sull'esigenza di un approccio empirico (se non empirista) alla dimensione giuridica: il diritto, quello vero, è il diritto effettivamente praticato e reso efficace nell'esperienza. Del resto, la riflessione di Llewellyn si colloca in un contesto di *common law*, dottrinalmente orientato a una dominante visione giusrealista,

* Professore Associato e docente di Filosofia del Diritto, Università di Padova - Direttore Scientifico di *MediaRes*.

** Mentre stavamo apponendo gli ultimi ritocchi a questo numero della Rivista, siamo stati raggiunti dalla notizia della scomparsa di Jacqueline Morineau, ideatrice del modello umanistico di mediazione, pioniera del settore, instancabile promotrice di una cultura della trasformazione nonviolenta dei conflitti, anche attraverso anni di attività nella formazione di mediatori, in Francia, Italia e altri Paesi europei. In attesa di realizzare, speriamo presto, un più strutturato omaggio alla sua Figura, la ricordiamo con affetto e riconoscenza per quanto ha fatto nella sua lunga avventura nel mondo della mediazione.

¹ Anche se prevalgono, nel presente numero della Rivista, considerazioni rivolte al versante penalistico, *MediaRes* 1/2023 ospita contributi anche rivolti al settore civilistico, con uno sguardo prevalentemente metodologico, come nel caso degli articoli di Massimo Antonazzi (sulla dimensione psicologica del tempo nei processi negoziali) e di Marco Cosentino con Antonio Maria Quondamstefano (in tema di arbitrato e antitrust). Seguono anche riflessioni e aperture al dibattito (una in tema di negoziato, l'altra sui rapporti tra processo e A.D.R.), nella sezione 'Note e Discussioni', ad opera di Giuseppe Valenti.

² Cfr. Llewellyn 2011.

per la quale, in massima sintesi, il diritto vigente va ricercato nell'effettiva prassi giuridica, e in particolare giudiziale.

Quello che però rende particolarmente provocatoria, nell'ottica del nostro breve scritto, la distinzione tra 'regole di carta' e 'norme viventi', è un aspetto ricordato da Frederick Schauer nella prefazione di *'The Theory of Rules'*: Llewellyn, secondo Schauer, "era 'scettico' sul fatto che l'analisi empirica riuscisse a mostrare che le '*paper rules*' hanno effettiva incidenza sul diritto effettivamente vigente (*'significance in the law'*)"³. Le norme scritte su carta - come quelle di un testo legislativo per capirsi - incidono sulla prassi giudiziale ma "non costituiscono un fattore fortemente incidente (*'not much of a difference'*)", soprattutto "se paragonate a un ampio numero di fattori umani e istituzionali" che, invece, sarebbero ben più determinanti⁴.

Non entriamo, qui, nel merito di ciò che la teoria di Llewellyn analizzasse come fattori determinanti però facciamo sua la provocazione, tanto più attuale quanto più si passa dalla 'testualità' di una riforma annunciata (non da ultimo perché parzialmente dilazionata nella sua entrata in vigore) alla 'fattualità' della sua incidenza nel cambiamento della prassi giuridica e sociale. In altri termini, ciò che il monito dell'Autore statunitense ci ricorda è di non pensare che la mera enunciazione testuale di una riforma - né il cambiamento che essa annuncia di realizzare - siano in quanto tali in grado di modificare 'automaticamente' la realtà, né di farlo controllando effettivamente le modalità o gli esiti di tale cambiamento.

Ciò vale ancor più per due ambiti su cui la Riforma incide in modo significativo e 'prudentemente ambizioso'⁵, come la Giustizia Riparativa e la Mediazione, che sono al cuore degli interessi di questa Rivista: ambedue, infatti, seppur in modo e misura differenti, richiedono un 'cambiamento di prospettive' sull'esperienza del conflitto, sulle modalità della sua conversione in controversia, sul rapporto di necessaria e complessa interazione che sussiste tra profili giuridici, esperienziali e relazionali coinvolti nelle vicende che si è chiamati ad affrontare attraverso questi strumenti di composizione della lite. Giustizia riparativa e mediazione, in altri termini, richiedono l'adozione di un modo di guardare, di un metodo, di una mentalità, senza i quali è facile che questi approcci alla conflittualità intersoggettiva vengano ridotti a meri strumenti, e per di più asserviti a

³ Schauer 2011: 16.

⁴ Schauer 2011: 7.

⁵ Cfr., al riguardo, Presutti 2022.

finalità estrinseche o solo parzialmente compatibili con il loro nucleo prospettico, valoriale e metodologico.

Non va dimenticato che la Riforma si lega anche a obiettivi che da più parti vengono iscritti nelle priorità dell'azione amministrativa, e in particolare a un recupero di efficienza ed efficacia del sistema giuridico (e giudiziale), per cui non è malizioso nutrire il timore che, ad esempio, la giustizia riparativa venga letta prevalentemente alla luce di istanze di deflazione del carico di lavoro delle corti penali, oltre che di esigenze di contenimento della popolazione carceraria, atteso che la lentezza dei processi e il sovraffollamento delle carceri sono note piaghe del sistema italiano, più volte fatte oggetto di contestazione (e condanna) sia politica che giuridica in ambito internazionale. Sebbene i due problemi sopra menzionati siano effettivamente delle urgenze per il nostro sistema giuridico, rispetto al quale la giustizia riparativa può offrire un contributo valido alla schizofrenica alternativa tra aumento delle pene edittali e istanze depenalizzanti, entro cui il legislatore si è spesso dibattuto, non da ultimo sulla scia di forme di populismo penale, ridurre la giustizia riparativa a un'istanza deflativa o di depenalizzazione significa tradirla fin dal principio⁶.

Il pericolo è, da un lato, di usarla come 'nome relativamente nuovo' per 'rimarchiare' prassi esistenti, e, dall'altro, di svuotarla di significato, alimentando così le critiche – non sempre motivate e circostanziate – di quanti la vedono con sospetto per una pluralità di motivi, non sempre convergenti: (1) il rischio di compellere le garanzie difensive degli accusati (ma su questo mi piacerebbe che gli alfieri del garantismo ci spiegassero il loro punto di vista sull'ampio ricorso a istituti come il patteggiamento); (2) il pericolo di offrire una comoda via d'uscita a pericolosi autori di reato (ma anche qui vorrei capire come una effettiva riparazione – materiale, simbolica e relazionale – dell'offesa compiuta possa essere più comoda di una pena, tante volte meramente ridotta a 'paper punishment' per una pluralità di meccanismi del nostro sistema penale); (3) il rischio che l'approccio riparativo si riveli inefficace rispetto a una pluralità di finalità normalmente ricondotte alla *ratio* della pena, tra cui quelle di retribuzione, deterrenza, rieducazione (e anche qui sarebbe

⁶ C'è il pericolo di obliare, invece, quella esigenza di una 'giustizia penale a misura d'uomo' della cui esigenza ha argomentato (esternamente al dibattito sulla *restorative justice* ma contribuendo al suo sviluppo) Albin Eser, come ci ricorda *infra* Giovanni Angelo Lodigiani, ripercorrendo alcune riflessioni in merito espresse anni orsono dal giurista tedesco, da poco scomparso.

interessante capire se e in che misura tali istanze siano garantite, per esempio, dal sistema carcerario).

Chi scrive, insomma, teme che la promessa della giustizia riparativa non sia pienamente mantenuta, soprattutto se non si valuta bene cosa può e non può promettere, e come si possa effettivamente consentire al paradigma *restorative* di operare 'mandando a effetto' gli elementi intorno a cui questo costituisce il suo modo di concepire e configurare la risposta al reato. Ciò significa, peraltro, rammentare che i pilastri della giustizia riparativa sono, da un lato, *la promozione e il recupero della dimensione dialogica* (reso visibile dalla proposta di strumenti partecipativi e consensuali, volti a coinvolgere attivamente autore di reato, vittima e comunità) e, dall'altro, *la riparazione dell'offesa*, colta nelle sue tre auspicabili dimensioni: materiale, relazionale, simbolica. Perdere di vista la problematicità e la strutturale controversialità di questi tre elementi comporta, peraltro, un ulteriore rischio, che opera da monito soprattutto per gli 'entusiasti' della giustizia riparativa: quello di farle promettere troppo, ossia di prospettare il suo potere di 'rimettere magicamente a posto' ciò che sinora non è stato risistemato dal tradizionale modo di rispondere alla violenza scaturita nel reato, bensì spesso addirittura aggravato da essa. Il pericolo di un buonismo irenista è dietro l'angolo, mentre dev'essere chiaro che (ri)costruire un dialogo, cercare un consenso, attuare una riparazione sono obiettivi tutt'altro che scontati e automatici⁷, non da ultimo perché hanno a che fare proprio con quel fattore che massimamente mostra la propria criticità nella violenza, nel reato: la libertà e la responsabilità umane, le quali sono anche, dolorosamente, libertà di rifiutare il dialogo, di rifiutare il consenso, di rifiutare la riparazione⁸.

⁷ Che il dialogo possa essere occasione di un lento e progressivo cammino di revisione personale, aperto, in varie forme, alla ricerca di una riparazione degli effetti delle passate condotte, emerge da due interessanti vicende ripercorse nella sezione "Note e Discussioni": qui, nel presentare il libro "Io ero il Milanese" (di Lorenzo S. e Mauro Pescio, Mondadori, Milano 2023), Ileana Bertasini dialoga con Lorenzo, ora mediatore penale e attivo promotore della giustizia riparativa, con un passato nella criminalità. Più avanti, Michela De Lisa presenta "Il terrorista e il Professore" (Ares, Milano 2021), storia del dialogo tra Arrigo Cavallina, qui brevemente intervistato, e il suo ex professore di scuola, Cesare Cavalleri (che con l'occasione ricordiamo con affetto, a pochi mesi dalla scomparsa, nel dicembre 2022): un dialogo destinato a catalizzare un'inquietudine di Arrigo verso la ricerca di un cambiamento, che lo porterà a dissociarsi dal terrorismo di ispirazione comunista, sino a diventare un attivo contributore del volontariato penale veronese.

⁸ Sul rapporto tra libertà, reato e pena rinvio alle riflessioni di Stefano Fuselli nel presente numero della Rivista. Sul rapporto tra impulso e intenzionalità, in dialogo con antiche elaborazioni filosofiche e con la recente dottrina in tema di giustizia riparativa, si veda, *infra*, anche il contributo di Giovanni Grandi.

Mi si consenta, peraltro, di porre l'accento in particolare sull'elemento riparativo, di nuovo evidenziando la sua pluralità di forme e dimensioni (materiale, relazionale, simbolica): i primi teorizzatori del paradigma *restorative* (penso a Howard Zehr nel suo fondamentale *Changing Lenses*⁹, e a Martin Wright nel suo *Justice for Victims and Offenders*¹⁰) hanno chiaramente messo in evidenza l'importanza di una giustizia orientata a '*making things right*' - ossia a *rimettere le cose a posto*, ricordandoci come il solo dialogo, il solo consenso, non siano automaticamente in grado di farlo, se non a prezzo di dimenticarsi ciò che effettivamente il reato ha lesionato sul piano delle relazioni (reificando, direttamente, o indirettamente, la vittima), sul piano simbolico (che si estende anche al piano giuridico e sociale dell'illecito quale dimenticanza della reciprocità intersoggettiva che anche il diritto è chiamato a tutelare), sul piano materiale (ovvero quello dei 'danni', di varia natura, che il reato stesso viene a cagionare sotto una pluralità di piani distinti ma intersecati)¹¹.

Uno dei pionieri europei della *restorative justice* - Lode Walgrave - ha più volte invitato a ricordare che le prassi, i programmi *restorative*, non vanno valutati solamente nelle loro modalità attuative (evidenti, per esempio, nella volontarietà, consensualità, dialogicità) bensì anche nei loro esiti, ossia nell'effettiva capacità di porre rimedio alle lesioni cagionate dal reato¹². Perché siano valutabili gli esiti, tuttavia, deve essere chiaro il principio della *restorative justice*, altrimenti il rischio dell'eterogeneità dei fini è dietro l'angolo, soprattutto in un contesto, come quello italiano, che ancora poco conosce della giustizia riparativa come *paradigma di giustizia*, e che ancora troppo è caratterizzato dall'utilizzo di occhiali molto diversi da quelli della *restorative justice* nel guardare al reato e alla sua risposta, tanto nella prassi giuridica quanto in altri ambiti, teorici e non¹³.

Il pericolo - mi rendo conto che ho usato di aver usato molto spesso questa parola - è, insomma, non solo quello che le norme, anche quelle sottese a una riforma, restino *paper rules*, non traducendosi in *real rules*: bensì che accada ciò che per Giambattista Vico avviene

⁹ Zehr 1990.

¹⁰ Wright 1991.

¹¹ Sulla problematicità di queste terminologie, in particolare dei concetti di '*harm*' e '*justice*', nel presentare la *restorative justice* ai giuristi, rinvio al contributo di Katerina Soulou nel presente numero della Rivista. Del resto, come argomenta *infra* anche Carlo Lunardelli, nel suo confronto con la proposta del *Dialogic Teaching*, l'insegnamento della *restorative justice*, anche a livello *undergraduate*, richiede l'adozione di metodologie dedicate, informate appunto alla prospettiva *restorative*.

¹² Walgrave 2008.

¹³ La sfida della visione *restorative*, invece, è sistemica e profonda, come osservato in Coppola - De Vanna 2019.

quanto la *auctoritas* entra in conflitto con la *ratio* (anche la *ratio* di una riforma): ossia che le *leges* si tramutino in *monstra legum*¹⁴.

Per evitare questo rischio – di *mostruose legalità*, in effetti, non abbiamo bisogno! – occorre che i soggetti cui spetta la correlazione tra *paper rules* e *real rules* si lascino sfidare dalla diversa prospettiva che la *restorative justice* invoca e propone: cosa non facile, perché comporta, tra l'altro, l'abbandono di schemi rassicuranti e la messa in discussione di ruoli e finalità talora assunti come indiscutibili.

Per parte nostra speriamo che a questo cambio di mentalità e di prospettive contribuiscano anche gli studi pubblicati nella nostra Rivista – non da ultimo nel presente numero, che si arricchisce anche di una fitta sezione '*Note e Discussioni*'. Questa ospita, tra gli altri, interventi di alcuni partecipanti alla seconda edizione della online Winter School '*Transforming 21st Century Conflicts*', di cui *MediaRes* è partner¹⁵. Nella loro giovane età, rappresentano lo sguardo delle nuove generazioni, e il fatto che esso sia capace di essere tanto critico quanto creativo e aperto alle novità, senza eccedere in irrealistici entusiasmi, costituisce un motivo in più per ben sperare.

¹⁴ "*Auctoritas cum ratione omnino pugnare non potest. Nam ita non leges essent, sed monstra legum*", scrive Vico nel *De Uno Universi Juris Principio et fine uno*, caput LXXXIII (1720). Per una riflessione sul rapporto tra *auctoritas* e *veritas* in Vico rinvio a Bellofiore 1954 e Reggio 2021.

¹⁵ La winter school "*Transforming 21st Century Conflicts*" è stata ospitata, nelle edizioni del 2022 e 2023, dall'Università di Padova, Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto, in collaborazione con *partners* accademici e non-accademici. In questo numero della Rivista intervengono, tra gli altri, un partecipante alla I edizione (Carlo Lunardelli), una collaboratrice della II edizione (Ileana Bertasini) e tre partecipanti alla II edizione (Milana Bagdasarian, Arslan Suleymanov e Eda Isik Hacer).

Cfr., per una presentazione, <https://www.dirprivatocritica.unipd.it/winter-school-transforming-21st-century-conflicts>

Bibliografia

- Bellofiore, L., (1954), *La dottrina del diritto naturale in G.B. Vico*, Milano: Giuffrè
- Coppola, A., - De Vanna, I., (2019), *Riparazioni. Riparare il dolore e i legami sociali: la sfida della giustizia riparativa*, Bari: Radici Future
- Llewellyn, K. (2011), *The Theory of Rules*, Chicago: University of Chicago Press
- Presutti, A., (2022), *Riforma della giustizia penale e paradigma riparativo: una svolta coraggiosa per un prudente progetto di ammodernamento del sistema punitivo*, in "Medi@res" 2/2022, pp. 1-14
- Reggio, F., (2021), *Il paradigma scartato. Saggio sulla filosofia del diritto di Giambattista Vico*, Padova: Primiceri
- Schauer, F., (2011), *Introduction*, in Llewellyn, K., *The Theory of Rules*, Chicago: University of Chicago Press, 1-27
- Walgrave, L., (2006), *Restorative Justice, Self Interest and Responsible Citizenship*, London: Routledge
- Wright, M., (1991), *Justice for Victims and Offenders*, Philadelphia: Open University Press
- Zehr, H., (1990), *Changing Lenses. A new Focus on Crime and Justice*, Scottsdale: Herald Press