

DELLA PENA E DEL PUNIRE*

di Giovannangelo De Francesco

(Professore ordinario di diritto penale, Università di Pisa)

Sommario: 1. I nessi tra la pena e la sua applicazione, alla luce del pensiero di Beccaria, Feuerbach e Carrara. La ricostruzione di De Vero. – 2. Riflessioni critiche e precisazioni sulla categoria del c.d. ‘danno mediato’ e sull’ effettiva ‘necessità’ del punire. – 3. La prospettiva della non punibilità ed in particolare delle attività riparatorie. – 4. Rieducazione, giustizia penale, e tecniche di riparazione dell’illecito. – 5. Un differente percorso di legittimazione delle condotte riparatorie? – 6. La giustizia riparativa come superamento delle logiche tradizionali di risposta al reato; riverberi sui suoi rapporti con il progetto rieducativo. – 7. Il ‘dialogo’ tra autore e vittima come ‘sintesi’ tra riparazione e rieducazione. – 8. ‘Genealogia’ *versus* ‘nascita’ di un nuovo orizzonte penologico: prospettive definitorie.

Anzitutto, un pensiero di viva gratitudine per gli Organizzatori – i carissimi suoi Allievi – di questo splendido Incontro di studi dedicato a Giancarlo De Vero. Giancarlo riunisce in sé un insieme di qualità davvero difficili da imitare. E’ uno studioso di primo rango, un docente di grande efficacia e capacità comunicativa, un oratore suggestivo e coinvolgente, un Amico – non da ultimo – di raro spessore sul piano umano ed affettivo, che è possibile percepire nonostante, ed anzi, a ben guardare, proprio e soprattutto in virtù del suo naturale riserbo, e profondo rispetto, verso chiunque abbia il privilegio di godere della sua compagnia; ed è dunque per me un piacere immenso e un’ occasione irripetibile l’invito a partecipare a questo Convegno con la stima e la vicinanza che Giancarlo De Vero merita da parte di noi tutti.

1. Il titolo della presente relazione esige un chiarimento preliminare circa il significato dei due profili in cui viene ad articolarsi il binomio da esso evocato.

Con il richiamo alla pena abbiamo inteso, in particolare, porre l’accento sull’idea di configurare la sanzione penale come dato immanente a tutte le fasi in cui viene a manifestarsi la reazione all’illecito. Con la seconda locuzione ci si propone invece di prendere in esame la questione se alla previsione di una pena debba necessariamente seguire l’inflizione della medesima – e cioè appunto il ‘punire’ – in conseguenza della perpetrazione del reato.

Procedendo per rapide sintesi, si deve allora osservare, quanto al primo profilo, che esso s’ iscrive, a sua volta, in una duplice esperienza sul piano storico-politico, ossia,

da un lato, quella propria del giusrazionalismo di matrice illuministica, dall'altro, quella ispirata all'ideale della redenzione del colpevole, ovvero, in tempi successivi, più spiccatamente orientata verso una caratterizzazione su basi criminologiche dei destinatari della sanzione. In entrambi i casi, peraltro, la legittimazione del ricorso alla pena – e di quella detentiva, in particolare – non viene sostanzialmente scalfita. Semmai, viene in evidenza, in forza del rilievo via via attribuito agli effetti dell'esecuzione della pena, l'interesse verso una maggiore 'individualizzazione' del regime da riservare al colpevole: com'è stato, e non a caso, recentemente ribadito da un apprezzato cultore della storia delle dottrine giuridiche quale Michele Pifferi – come pure da uno studioso 'vigentista' quale Marco Venturoli – in pregevoli ricerche dal titolo omonimo. Tuttavia, e pur non sottovalutando l'importanza di simili questioni, preme adesso soffermarsi con maggiore attenzione sulle caratteristiche delle correnti di pensiero all'origine del movimento riformatore, le quali verranno a lasciare la loro impronta indelebile sull'intero sviluppo del diritto penale moderno.

Prenderemo dunque le mosse dalle riflessioni collegate alla visione preventiva della sanzione penale, a partire da quelle svolte dai più illustri rappresentanti del pensiero filosofico e giuspolitico in materia criminale, tra i quali, in primo luogo, Cesare Beccaria ed Anselm Feuerbach. Si tratta invero di un percorso acutamente suggerito dallo stesso Giancarlo De Vero, al quale è dedicato il nostro Incontro di studio.

Orbene, è necessario premettere, a tale riguardo, come le concezioni che andiamo considerando – in linea con quanto si era dianzi preannunciato – si muovano in una prospettiva di sostanziale indefettibilità dei 'passaggi' in cui si articolano le dinamiche della pena: dalla fase della minaccia, a quella dell'applicazione, a quella, infine, della sua esecuzione, il fondamento della pena viene a postulare, in effetti, un nesso di rigorosa consequenzialità; come osservava Feuerbach nel noto e prezioso saggio critico dal titolo 'Anti-Hobbes', se "la minaccia del male ha uno scopo, così l' *inflizione* della stessa dopo il fatto compiuto ne ha uno", desumibile dal fatto stesso che "colui che minaccia dei mali per garantirsi da future offese, si contraddirebbe se, una volta che viene compiuta l'offesa, non eseguisse la minaccia: infatti una minaccia può essere efficace come tale soltanto se il male in essa contenuto viene rappresentato come un *male che si verificherà effettivamente*. La pena deve perciò venire eseguita, se la minaccia non deve diventare un suono vuoto e se non deve venire immediatamente distrutto lo scopo che con essa ci si è prefissi". Tali affermazioni rendono dunque giustificato il rilievo di uno studioso insigne della storia del diritto penale come Thomas Vormbaum, secondo il quale l'archetipo alla base dell'Illuminismo penale reca "impresso" al proprio interno uno "specifico carattere di razionalità di scopo", tale da non ammettere l'influenza contingente di variabili sociali all'origine di conflitti o "tensioni tra mondo e uomo", e che viene dunque a legittimare un atteggiamento di

rigore (bensì radicalmente alternativo rispetto agli arbitrii della tirannide, ma) a suo modo comunque inflessibile.

Tuttavia, nel momento di porre a confronto le impostazioni adottate dai due grandi criminalisti, il Nostro sottolinea con particolare vigore il profilo differenziale che ne segna il rispettivo punto di vista in ordine al significato dell'inflizione della pena: nel senso che, mentre Beccaria considera tale inflizione come lo strumento per rendere operanti le istanze sul piano preventivo nei confronti (oltre che del reo) dell'insieme dei consociati, Feuerbach, giungendo a saldare in forma indissolubile "legalità e funzione della pena", realizzerebbe una "mirabile sintesi" fondata sul presupposto che proprio e soltanto la legge penale nella sua funzione intimidatrice – e non l'applicazione della pena in concreto (essendo questa nient'altro che il necessario 'seguito' della minaccia) – verrebbe a svolgere il ruolo di legittimare il perseguimento dello scopo preventivo da parte dell'ordinamento penale. Se la previsione per legge della sanzione risulta dunque comune a tutti i pensatori illuministi, il grande merito di Feuerbach sarebbe stato quello di attribuire alla legge, non soltanto la funzione di un argine garantistico a livello di fonte del diritto, ma anche quella di protendersi sulle condizioni necessarie perché la pena continui a risultare 'legalmente data': ossia, in altri termini, concepita in stretta corrispondenza con la finalità della minaccia, e non già rivolta ad assicurare un effetto preventivo nella sola logica del timore suscitato dalla sua applicazione *post patratum crimen*.

In virtù di simili premesse, De Vero giunge ad operare, per così dire, un raccordo tra 'vecchio' e 'nuovo', sotto forma di un duplice ordine di valutazioni: da un lato, cioè, egli ne trae spunto per contestare l'idea – sviluppata in particolare da Carrara – secondo la quale la teoria della prevenzione mediante intimidazione potrebbe rendere giustificata anche la condanna di un innocente, nella misura in cui, come osservava quel Grande, "se legittimamente si spoglia un individuo dei suoi diritti al fine di incutere spavento agli altri, non evvi più ragione di subordinare il conseguimento di questa grande utilità generale alla colpevolezza del condannato"; dall'altro lato, lo stesso De Vero invita poi a riflettere sulla moderna 'variante' in chiave funzionalistica propria della c.d. prevenzione integratrice, la quale, nel conferire alla stessa applicazione della pena un ruolo di 'stabilizzazione' e soddisfazione delle aspettative sociali e di restaurazione della fiducia nell'ordine costituito, non sembrerebbe di per sé incompatibile anche con l'eventuale sacrificio di una persona incolpevole, nella misura in cui questo possa rivelarsi "espressione di superiori e indefettibili esigenze di prevenzione generale, le quali, in base alla loro logica "interna", appaiano meritevoli di venire perseguite a discapito degli "stessi diritti di libertà individuale".

Orbene, la critica rivolta a quest'ultima concezione viene a fungere, a sua volta, nel pensiero del Nostro, da ulteriore conferma della correttezza dell'impostazione di

Feuerbach e della conseguente infondatezza delle obiezioni nei confronti di quest'ultima sollevate da Francesco Carrara. Si sottolinea, a tale proposito, che il massimo rappresentante della Scuola Classica sarebbe incorso in un radicale fraintendimento circa la portata della tesi del criminalista tedesco (e dei molti che ebbero a schierarsi a suo favore), derivante, ancora una volta, dall'implicito richiamo all'effetto preventivo collegato all'applicazione in concreto della pena, e dalla conseguente svalutazione dell'importanza riconosciuta alla minaccia di quest'ultima e alla sua intrinseca connessione con il paradigma della legalità. In realtà, osserva De Vero, sarebbe proprio la condanna dell'innocente ad apparire "totalmente aberrante in un sistema ispirato alla prevenzione generale in quanto veicolata dalla comminatoria legale" – e non invece dalla sola inflizione della pena – essendo evidente come il fondamento della minaccia, consistendo nel "trattenere i cittadini dal commettere i reati", verrebbe ad essere "travolto", ove si pretendesse di applicare la pena anche a coloro che, avendone "assecondato la funzione", debbano, per ciò stesso, considerarsi *legalmente* "innocenti" in quanto rispettosi del messaggio a loro inviato da parte dell'ordinamento penale. Una sanzione 'legittimata' in forza di una minaccia 'legale' volta ad impedire gli illeciti non potrebbe, insomma, venire inflitta anche a quanti non abbiano operato in maniera 'illegale'; come potrebbe, viceversa, accadere, qualora il compito di intimidire i consociati venisse affidato al giudice con l'irrogare la pena, anche a rischio di strumentalizzare la sofferenza e il discredito (accresciuto dallo stesso stigma del processo) che essa comporta a vantaggio delle politiche di deterrenza perseguite dall'Autorità costituita.

Alla luce di tali considerazioni, il nostro Autore viene ad assumere, in conclusione, una posizione critica anche nei confronti dell'assunto secondo il quale la ragione del punire verrebbe a fondarsi – come riteneva Carrara – sul c.d. 'danno mediato', vale a dire sul timore collegato alla 'ripetizione' dell'illecito: il timore, più in particolare, che, da un lato, l'autore possa tornare a delinquere od altri soggetti "male inclinati" siano tentati di imitarlo, e, dall'altro, che i cittadini onesti perdano la propria fiducia nella capacità dell'ordinamento di scongiurare il rischio di ulteriori aggressioni ai propri diritti. Una soluzione del genere si porrebbe in contrasto, per vero, con la circostanza che la dinamica della pena – essendo collegata al presupposto della minaccia di quest'ultima – dovrebbe esigere che lo scopo di dissuadere dal compimento dell'illecito non venga a riferirsi alla sola 'ripetizione' del reato, bensì abbia ad oggetto, per l'appunto, *la rinuncia a commettere già il primo fatto* corrispondente al divieto penale.

2. Orbene, simili rilievi, per quanto assai penetranti sul piano teorico e politico-culturale, non possono tuttavia esimere da alcune riflessioni ulteriori, volte a porne in

discussione, sia pure in parte, l'attitudine a fornire una risposta del tutto convincente alle problematiche che ci siamo proposti di analizzare. Ad uno sguardo più attento, non è difficile accorgersi, in effetti, come le vicende successive alla minaccia della sanzione lascino emergere uno scenario di più ampia portata in merito alle condizioni richieste affinché le esigenze sul piano generalpreventivo possano considerarsi adeguatamente soddisfatte.

A tale proposito, occorre infatti tenere ben presente la distinzione tra i due profili che vengono a caratterizzare il significato assunto dalla prevenzione generale nell'ottica del rapporto tra la fase della minaccia e quella del successivo momento del giudizio. Certo: tale fondamentale distinzione viene ritenuta necessaria dallo stesso De Vero e, più in generale, da tutti gli Autori sensibili alle ragioni del garantismo penale: come osserva Padovani, il primo profilo si fonda sulla constatazione in base alla quale, qualora venga commesso il reato, sarebbe irragionevole che l'ordinamento non procedesse ad "asseverare la minaccia, mostrando così la credibilità del sistema"; mentre, il secondo profilo, questa volta riguardante le valutazioni 'interne' alla determinazione in concreto della sanzione, dovrebbe prescindere dall' 'utilizzo' del colpevole per intimidire gli altri consociati, pena altrimenti la violazione – prosegue l'Autore – di quel principio personalistico "che in ogni società civile moderna è alla base non solo della responsabilità penale, ma dello stesso ordinamento giuridico".

E nondimeno, ferma restando la plausibilità di tali affermazioni, non può sfuggire come la fase, per così dire, della 'decisione' sulla pena è destinata ad esprimere un ben diverso significato, a seconda che ci si muova in una logica generalpreventiva - indubbiamente censurabile - connessa all'applicazione della sanzione, ovvero in un'ottica, questa volta, di apertura verso possibili soluzioni alternative rispetto all' 'asseverazione' in ogni caso dei contenuti della minaccia.

Tale rilievo, per quanto ovvio possa sembrare, consente di valorizzare la portata di una questione – tuttora di grande interesse - strettamente collegata alla dimensione storica delle tendenze circa il fondamento e gli scopi della pena, dalle quali le presenti riflessioni hanno preso l'abbrivio. In particolare, esso aiuta a comprendere il più profondo significato della tesi di Carrara, nel momento in cui tale Autore veniva a ricollegare la funzione della pena allo scopo di impedire la ripetizione del reato. Ed invero, tale affermazione, in apparenza problematica, affondava le proprie radici nell'esigenza di introdurre una valutazione ulteriore in merito all'effettiva *necessità* di fare ricorso alla sanzione (pur) anteriormente minacciata. In sostanza, l'attenzione rivolta al 'danno mediato' proprio del reato – al quale avrebbe dovuto corrispondere, per dirla con le sue parole, una "forza morale oggettiva" volta a ripararlo – recava con sé un corollario ulteriore, logicamente e politicamente ineludibile; citando ancora le

sue stesse parole, “essendo il fine della pena il bene sociale” – quel bene, per l'appunto, che il danno mediato rischiava di compromettere - “quando applicare il rigore della pena, quantunque consentaneo a giustizia, produrrebbe alla società un danno maggiore”, ci si dovrà allora astenere dal ricorrere ad uno strumento che “recherebbe un disordine maggiore di quello che nascerebbe dall'omettere o moderare la punizione”.

In Carrara è fortissimo – ed Egli non manca più volte di avvertirne il lettore – il convincimento che la legittimità della pena si fondi sul presupposto della sua insostituibilità: nel senso, per l'esattezza, che le esigenze dell'ordinamento, oltre a postularne la previsione a livello legislativo, debbano condurre ad applicarla quando – e soltanto quando – non vi sia altra strada per fronteggiare il ‘danno mediato’ che il reato comporta. Il limite della c.d. ‘ripetibilità’ del fatto non determina, dunque, il rischio di far giocare la prevenzione generale sul versante applicativo; per Carrara quel limite funziona esclusivamente *in negativo*, ossia, per l'appunto, non già dall'angolo visuale di una ‘deterrenza’ ad opera del giudice, bensì nell'ottica della verifica circa la necessità del ‘passaggio’ dalla minaccia della pena alla sua applicazione: “giustizia” esige – conclude Carrara – che non si punisca “dove essa lo vieta”, ma non già “che si punisca sempre ove al comando” normativo “non risponde il bisogno della tutela giuridica”, risultando la pena non necessaria allo scopo. Insomma, ben si comprende, ragionando in tal modo, che, come suona il titolo del nostro intervento, una cosa è la pena, ed altra cosa è il punire.

Né si può fare a meno di osservare come, alla luce di simili premesse, risulti evidente l'inammissibilità di una lettura della concezione di Carrara alla stregua di una visione retributiva - o neo-retributiva - della sanzione penale. Al contrario, il radicale distacco dal paradigma retributivo viene a palesarsi proprio nella direzione indicata da Carrara: nel senso che, in virtù del richiamo al danno mediato, le dinamiche della pena – lungi dal legittimarne una ‘corrispondenza’ indefettibile con il reato – conducono, semmai, a postulare un criterio di proporzione già con lo stessa ‘necessità’ di applicarla, dovendo escludersi che, ove tale danno venga altrimenti a cessare, l'ordinamento abbia tuttora il potere di infliggere la sanzione per il ‘male’ arrecato.

Ad un esame più approfondito, la categoria del c.d. danno mediato sembra in grado di rivelare, d'altronde, una dimensione sistematica ancor più significativa rispetto a quella posta finora in evidenza. In particolare, risulta congruo affermare come la valutazione relativa a quel danno giunga a caratterizzare e a ‘plasmare’, per così dire, gli stessi elementi del reato, facendo sì che in questo vengano a riflettersi delle esigenze sul piano teleologico in grado di influenzarne e condizionarne la rilevanza. Par quasi che, per il tramite della suddetta categoria, venga a realizzarsi una sorta di anticipazione *avant lettre* della nota concezione sviluppata da Claus Roxin, ed anzi, a

ben guardare, l'attribuzione di un ruolo ancor più incisivo e qualificante alle valutazioni sul piano politico-criminale che l'Autore tedesco farà interagire con le componenti del reato.

E' difficile contestare, per vero, che, una volta che si consideri il 'danno mediato' come requisito essenziale perché un determinato fatto assuma rilevanza per l'ordinamento penale, la circostanza che la pena risulti idonea a 'rimuovere' quel danno induca a ritenere ch'essa sia destinata ad incidere, pur se in negativo, sullo stesso significato espresso dai contenuti dell'illecito. Il danno mediato potrebbe definirsi, da questo punto di vista, come la misura ed il 'termometro' sul piano politico-criminale del processo di 'osmosi' tra reato e pena: un processo destinato, peraltro, a condizionare l'intero percorso di legittimazione dello *jus puniendi*, grazie al fatto di permettere (ed anzi, di imporre) di sindacarne e 'rivalutarne' i fondamenti anche nel momento di decidere se applicare o meno la pena, dovendosi invero stabilire se - a prescindere da quest'ultima - sia dato riscontrare la presenza di circostanze tali da rivelarsi parimenti idonee a neutralizzare la portata di quel danno.

Né sarebbe ammissibile, come uno sguardo superficiale potrebbe indurre a supporre, ravvisare in una simile parabola evolutiva del danno mediato il rischio di esporlo ad un'indebita manipolazione della sua rilevanza rispetto a quella attribuitagli dallo stesso ordinamento penale. Volendo operare, ancora una volta, un riferimento ad alcune tendenze proprie dei tempi d'oggi, torna opportuno ricordare, per vero, l'ammonimento proveniente da illustri studiosi, in base al quale il giudizio di disvalore insito nel precetto penale, pur implicando la comminatoria di una sanzione, non richiede, tuttavia, necessariamente che detta pena debba protendersi sull'intera vicenda conseguente all'illecito: nel senso che il 'destino' proprio di quest'ultima si presta (e si deve prestare) a venire riconsiderato, riesaminato, 'diacronicamente' e criticamente vagliato, nella misura in cui le finalità dell'ordinamento appaiano suscettibili, per l'appunto, di venire ugualmente soddisfatte anche in mancanza di una riaffermazione inderogabile dei contenuti della minaccia.

3. Siamo così pervenuti, passo dopo passo, a toccare la fondamentale tematica della non punibilità. Non è nostra intenzione - è bene sottolinearlo - affrontare le molteplici questioni che interessano una simile problematica, né, tanto meno, procedere ad un esame più o meno analitico dell'amplessissimo novero di figure che costellano in ogni dove l'universo normativo del reato senza pena. Piuttosto, due sono i profili salienti che in questa sede meritano di essere particolarmente evidenziati.

Il primo, di carattere generale, rimonta all'interrogativo se la punibilità debba essere davvero considerata - secondo un noto brocardo - come il 'dover essere' della pena

dopo la commissione del reato. Ebbene, a noi sembra che una risposta positiva a tale riguardo, come del resto si evince da quanto detto sinora, non possa sfuggire ad un'obiezione di fondo; ed invero, appare difficile negare come l'idea di un dover essere conduca, già in partenza, a rendere problematica – in quanto contrastante con le premesse – la stessa possibilità di sottrarsi al 'passaggio' dal reato alla pena: a meno che non si giunga ad ammettere che in quel postulato deontologico s'incardini soprattutto l'ammonimento a valutare le ragioni invocate per derogarvi secondo una logica selettiva ispirata al massimo rigore, con la conseguenza di permettere una simile deroga in situazioni del tutto eccezionali e con la riserva, magari, di provvedere al più presto ad un loro superamento (ad es. valorizzando l'alternativa di soluzioni a livello extrapenale). Tuttavia, le difficoltà immanenti alla rigidità di tale impostazione rendono indubbiamente preferibile una lettura più sensibile alle prospettive sul piano teleologico da cui dipendono la pena e l'effettivo punire; una lettura, cioè, della punibilità non più in termini di dover essere, quanto invece di 'poter essere' della pena pur in presenza di un reato.

Ciò non significa, beninteso – è appena il caso di rilevarlo – che in una simile prospettiva l'esenzione da pena possa venire riconosciuta in maniera arbitraria, al di fuori, cioè, di un adeguato controllo circa la plausibilità delle soluzioni adottate sul piano dei principi costituzionali e della conformità ad esigenze politico-criminali razionalmente ed empiricamente fondate. Piuttosto, e ferma la necessità di simili valutazioni, interessa porre in evidenza come la dinamica della non punibilità appaia suscettibile, a ben guardare, di venire articolata in due distinti ordini di fenomeni, destinati entrambi, peraltro – anche in virtù del loro potenziale sul piano 'deflattivo' – a ricevere una considerazione crescente da parte dell'odierno legislatore.

Il primo, collegato alla c.d. 'esiguità dell'illecito' – o, se si vuole, alla particolare 'tenuità' del fatto – sembra avvicinarsi all'idea che lo stesso requisito della punibilità configuri un 'quarto' elemento del reato. Pur potendosi dubitare, a nostro avviso, della fondatezza delle opinioni volte a postulare in ogni caso tale appartenenza, non sembra irragionevole affermare che il parametro dell'esiguità venga a presentare, in effetti, una più diretta correlazione proprio con il modo di atteggiarsi dei contenuti del reato. È interessante ricordare, a tale riguardo, come già lo stesso Carrara sottolineasse, ad es., come le ipotesi di c.d. *culpa levissima* non potessero giustificare la punibilità del fatto, dal momento che, essendo la maggioranza dei consociati consapevole del rischio di incorrere facilmente in qualche leggera disattenzione, la condotta dell'autore non fosse in grado di suscitare un 'allarme' presso la collettività idoneo ad integrare il requisito del 'danno mediato'; da tale punto di vista, appare dunque evidente come – alla stregua di una siffatta concezione – nella particolare ipotesi di un grado 'minimo' di colpa la mancata verifica di tale danno venisse a dipendere, per l'appunto, dallo

stesso modo di presentarsi dei coefficienti (in questo caso, della colpevolezza) propri del reato. Ispirandosi all'idea del grande criminalista, sembra allora fondato ritenere, più in generale, che, nella logica dell'esiguità, l'inerenza della punibilità al reato sia dovuta al porsi della medesima in connessione con i suoi stessi elementi, sul presupposto che questi debbano essere valutati (e 'rivalutati', anche in concreto) in relazione al significato da essi assunto alla luce delle esigenze teleologiche collegate alla pena: esigenze che potranno ben suggerire l'astensione da quest'ultima ove venga appunto a mancare, in ragione di tale esiguità, l'effettiva 'necessità' di riaffermarle tramite il ricorso in ogni caso allo stigma della sanzione.

Il secondo versante della non punibilità concerne, viceversa, situazioni rilevanti in una prospettiva 'esterna' rispetto alla dimensione dell'illecito: situazioni che, oltre a ricorrere nel settore delle più 'classiche' cause estintive (quali l'amnistia o la prescrizione), assumono un particolare significato nell'ottica della realizzazione di comportamenti antagonistici o 'riparatori' rispetto all'offesa (avendo adesso riguardo, soprattutto, a quelli maggiormente connessi alle dinamiche del procedimento), anch'essi variamente dotati di un effetto estintivo o comunque di esclusione (sopravvenuta) della punibilità. In esse, la dinamica della non punibilità appare caratterizzata dal fatto di venire ad incidere *ex post* sulle conseguenze delle condotte proprie del reato, in guisa tale da far giocare il relativo intervento come espressione di una scelta, sia pur tardiva, collegata alle esigenze di tutela perseguite dall'ordinamento penale: una prospettiva, com'è agevole constatare, che appare consentanea ad una visione in senso 'positivo' della generalprevenzione, in quanto volta a legittimare una rinuncia alla pena in nome del soddisfacimento per altra via delle aspettative ad una 'riaffermazione' del significato degli interessi presi di mira dal compimento del reato.

4. Tuttavia, fermo quanto si è detto riguardo alle esigenze sottese alla minaccia della pena, e, soprattutto, alla possibilità di soddisfarle altrimenti astenendosi dall'applicarla, non si può fare a meno di riflettere circa l'idoneità delle predette 'alternative' *lato sensu* riparatorie a contribuire, altresì, al perseguimento di un programma 'rieducativo'.

E' il caso di ricordare, a tale proposito, come la stessa Corte costituzionale abbia ammesso una funzione rieducativa anche rispetto a misure dotate delle caratteristiche or ora evidenziate, sul presupposto che sarebbe pur sempre riscontrabile una loro attitudine ad esplicare un ruolo efficace in termini di specialprevenzione. Né potrebbe obiettarsi, per altro verso, che un contenuto sanzionatorio, per quanto più 'tenue' – non stigmatizzante, cioè, ma pur sempre sintomatico di un apprezzabile sacrificio da parte del destinatario – si riveli incompatibile con una verifica della colpevolezza

ancora ‘incompleta’, non essendo invero necessariamente richiesto un accertamento definitivo del reato corrispondente. In effetti – ha proseguito la Corte – un timore del genere non terrebbe conto della circostanza che, mancando un verdetto di condanna, le predette misure verrebbero a risolversi nell’applicazione di un trattamento di favore, il quale, peraltro, potrebbe sempre venir meno in conseguenza di un eventuale ‘ripensamento’, per così dire, da parte dello stesso soggetto che pur avesse inizialmente mostrato la disponibilità a sottoporvisi.

Orbene, e prescindendo dall’approfondire ulteriormente tale ultima questione (riguardante soprattutto i casi in cui si prescinda da un effettivo riconoscimento della colpevolezza), una più specifica attenzione merita, in questa sede, il riferimento alla portata rieducativa delle condotte postdelittuose.

Per una migliore comprensione del problema, è opportuno richiamare alcune osservazioni circa il paradigma della rieducazione, che proprio Giancarlo De Vero ebbe a svolgere in un saggio di notevole interesse, le cui conclusioni lo stesso Autore è giunto a riproporre nel suo importante Manuale. Respingendo le visioni tendenti ad ‘isolare’, per così dire, il significato di tale principio da una prospettiva teleologica di carattere unitario e ‘globale’, osserva dunque il nostro Studioso: “le norme incriminatrici si rivolgono in funzione preventiva ad una generalità di soggetti per sollecitare l’acquisizione da parte di tutti e di ciascuno della *personale* consapevolezza di quanto sia necessario astenersi da determinati comportamenti”: “quando poi un reato viene tuttavia commesso, l’applicazione e l’esecuzione nei confronti del singolo della pena già comminata intendono semplicemente riallacciare più in concreto questo rapporto di interlocuzione e responsabilizzazione avviato dalla comunità statale con i suoi componenti e interrotto traumaticamente dal crimine. La funzione rieducativa – segnalata (apparentemente solo) a questo punto dall’art. 27, comma 3, Cost. – non è quindi una sorta di più o meno imbarazzante incomodo, o comunque di limite estrinseco che si profili solo ad un certo momento della fenomenologia della pena: essa è piuttosto la *naturale prosecuzione* di un processo di *orientamento culturale ai valori* intrinsecamente unitario e continuo, diretto, sin dalla comminatoria, a dislocare su tutti e ciascuno dei consociati la responsabilità e la garanzia primarie del mantenimento delle condizioni irrinunciabili della convivenza civile”.

L’ampia citazione era necessaria per conferire spessore problematico al seguente interrogativo: è davvero possibile, alla luce di tale impostazione – che pur si fa ammirare per il suo nitore razionale e per la coerenza con le premesse - coltivare l’obiettivo di una più o meno ampia ‘dissociazione’ tra la pena minacciata ed il ricorso, in sede applicativa, a condotte ‘riparatorie’ di tenore differente, variabile, e inevitabilmente disomogeneo, rispetto ai contenuti della minaccia? Anche a prescindere dalla questione della compatibilità di tali misure con la stessa idea del

‘passaggio’ dalla minaccia edittale alla sua effettiva attuazione, esse parrebbero, invero, ancor più ‘dissonanti’, quanto a contenuti e dinamiche operative, rispetto a quel necessario *continuum* tra prevenzione generale e speciale, in cui dovrebbe riflettersi la stessa fisionomia del processo rieducativo.

Vero è che il Nostro giunge ad adottare, attraverso il richiamo alla prevenzione generale nel suo aspetto ‘positivo’, un modello che è sembrato anche a noi particolarmente appropriato per instaurare una relazione più ‘aperta’ tra il momento precettivo e le modalità con cui soddisfarne le finalità di tutela. Ma resta il fatto che la prospettiva di ‘orientamento culturale’ quale emerge dall’analisi di De Vero reca pur sempre al suo interno un nesso di correlazione particolarmente intenso tra la fase della comminatoria e il regime applicabile ai trasgressori del divieto; una prospettiva, insomma, dalla quale vengono ad emergere le tracce di un parametro ispirato ad una tendenziale omogeneità tra il tenore della pena minacciata e la risposta in concreto al fatto illecito che ne è seguito.

Ma le perplessità in ordine ai rapporti tra rieducazione e condotte riparatorie non concernono esclusivamente i rilievi sinora formulati. Con particolare riguardo alle condotte di risarcimento del danno ed a quelle volte a rimuovere le conseguenze dell’illecito, un penalista come Giovanni Fiandaca ha fatto recentemente osservare come non possa escludersi “che la volontaria scelta di riparare possa essere frutto di un calcolo meramente opportunistico”, e come, per altro verso, l’opzione riparatoria si riveli difficilmente conciliabile con l’idea di un processo di “risocializzazione o reinserimento sociale”, tanto più con “riferimento agli autori di reato che in larga maggioranza hanno alle spalle situazioni di emarginazione”, ovvero di “disagio psichico”, come tali bisognose di ben altri ‘trattamenti’ ed iniziative di sostegno in funzione specialpreventiva. In buona sostanza, sembrerebbe dunque di capire come, a conti fatti, mentre l’ottica riparativa non sarebbe funzionalmente adeguata alla posizione dei soggetti socialmente ‘integrati’ – rispetto ai quali dovrebbe risultare preminente il profilo ‘intimidativo’ della risposta all’illecito – essa si porrebbe, viceversa, in contrasto con l’esigenza di avviare ad un percorso risocializzativo coloro che abbiano infranto la legge sotto la spinta di condizioni particolarmente svantaggiate, e che, per tale ragione, piuttosto che essere stimolati a ‘dare’, dovrebbero, semmai, ‘ricevere’ dalle pubbliche istituzioni un contributo al superamento delle difficoltà all’origine del comportamento deviante.

Nonostante la sensibilità mostrata verso la tematica della rieducazione, a noi sembra, tuttavia, che le tendenze finora considerate – per quanto diverse tra loro – finiscano, in realtà, col trascurare proprio quegli aspetti problematici che la visione tuttora prevalente del canone rieducativo ha imposto all’attenzione della più moderna penologia. A tale proposito, sembra invero difficile negare come un simile paradigma

venga a soffrire di una sorta di antinomia o contraddizione interna, per così dire, la quale, per poter essere superata, dovrebbe richiedere un sostanziale mutamento di prospettiva rispetto agli schemi e alle modalità d'intervento che ne hanno finora condizionato la fisionomia. Non si dice certo cosa nuova ricordando come il modello in questione venga infatti ad esibire due 'volti': da un lato, cioè, esso esprime indubbiamente un significato sul piano umano ed etico-sociale tale da rendere ormai improponibile una dimensione puramente afflittiva e stigmatizzante della risposta al reato; dall'altro lato, però, sarebbe irrealistico negare come il modello rieducativo presenti, ancor oggi, il carattere di un' iniziativa promossa e 'governata' dallo Stato stesso, e come tale destinata a riflettersi sui contenuti caratterizzanti il percorso al quale il soggetto verrà appunto chiamato ad uniformarsi.

Tale circostanza ha fatto dire, non senza fondamento, a studiosi quali Lüderssen, Mannozi e Mazzucato, che la visione della giustizia penale quale massima espressione della pubblica autorità non può non riverberarsi sulle stesse caratteristiche attribuite alla rieducazione; nella logica di un intervento governato 'dall'alto' l'azione rieducativa giungerebbe invero a riprodurre, sotto la patina della mitezza e della flessibilità, il volto medesimo di quella insistente presenza 'istituzionale', che – si è concluso – verrebbe a sconfessare l'intrinseca vocazione "emancipatrice" (dalla soggezione alla colpa) che l'idea rieducativa, ove concepita alla stregua di un progetto avente come proprio artefice la stessa persona interessata (e vedremo meglio in qual senso), dovrebbe invece necessariamente privilegiare.

5. I rilievi che precedono toccano, come ben si comprende, un 'nervo scoperto' del problema della rieducazione. Un problema, per vero – sia qui detto senza impegnarsi in approfondimenti – che sembra sfidare, addirittura, qualsiasi tentativo, per quanto generoso, volto ad attribuire pur sempre alla stessa esecuzione della pena detentiva (sia pur 'addolcita' in vario modo da soluzioni volte ad attenuarne o limitarne l'impronta custodialistica) la vocazione ad esplicitare un'azione rieducativa: a tal punto da aver condotto ad asserire che detenzione e rieducazione risulterebbero difficilmente compatibili, onde si potrebbe fare ricorso alla prima soltanto laddove manchino i presupposti per intervenire con maggior successo (e con minori costi sul piano umano e sociale) nei confronti dell'autore dell'illecito.

Non è questo, peraltro, l'aspetto principale della questione sul quale intendiamo adesso soffermarci. Anzi – verrebbe da dire - proprio il 'varco' aperto in direzione di soluzioni 'alternative' alla pena quali si prospettano nella forma di attività a contenuto riparatorio, dovrebbe giustificare, almeno a prima vista, un maggiore ottimismo nell'ottica della loro potenzialità a favorire un percorso rieducativo.

E tuttavia, se è pur vero che le attività riparatorie – complice la scelta di configurarle come un'alternativa consensuale alla pena – si presentano indubbiamente meno esposte alle incongruenze poc'anzi segnalate, sarebbe eccessivo ritenere ch'esse possano rimanere del tutto esenti da quelle contraddizioni con il 'senso' più profondo della rieducazione quale traspare dalle considerazioni degli Autori dianzi citati in fine di paragrafo.

Già non è un caso che siano in molti a rilevare come alla base delle predette attività si riscontri sovente una sollecitazione ad adempiere gravata pur sempre – oltre che dalla minaccia implicita di ricorrere altrimenti alla pena – dal contenuto particolarmente oneroso delle stesse prestazioni richieste: un contenuto, soprattutto, che viene per lo più ad atteggiarsi nella forma di itinerari a carattere sostanzialmente 'vincolato', per così dire, ossia devoluti, per l'appunto, alle determinazioni degli stessi organi preposti all'amministrazione della giustizia. E non è, del resto, ancora una volta, priva di significato la circostanza che, per evitare possibili 'truffe delle etichette', taluno abbia proposto di 'tagliare alla radice' il problema, proponendo il ricorso a livello 'edittale' a sanzioni di tipo prescrittivo – tra cui il risarcimento od altre condotte riparatorie – in modo tale da conformare già in partenza l'intervento penale ad un modello sanzionatorio differente rispetto alla pena tradizionale: un modello, più esattamente, che, evitando di assegnare al giudice il compito di 'gestire' in prima battuta eventuali impegni in funzione riparativa, venga a rispettare, ad un tempo, l' 'identità' del tipo di sanzione comminata, e l'esigenza di non occultarne e mascherarne i contenuti dietro una scelta fondata sulla non punibilità.

Tale ultima soluzione – è bene dirlo fin d' ora – è apparsa, tuttavia, foriera di ulteriori e non meno gravi inconvenienti, a tal punto che, anche da parte della dottrina più garantista, si è esortato a prenderne il più possibile le distanze: motivi legati al profilo – pur sempre meritevole di venire rispettato e salvaguardato – della funzionalità, questa volta, in termini generalpreventivi, della comminatoria delle predette misure a livello edittale. Invero, procedendo 'a ritroso', per così dire, nel valutarne le condizioni di efficacia, essa è apparsa discutibile proprio nell' ottica 'iniziale' di un adeguato potenziale dissuasivo di siffatte prescrizioni; sia pure con riguardo ad una proposta più specifica (sulla quale non è il caso di intrattenersi in questa sede) si è obiettato, in effetti, come la previsione "di un trattamento più mite a seguito di condotte riparatorie" non possa "far parte del messaggio precettivo fondamentale rivolto alla generalità dei consociati". L'annuncio 'anticipato' di un simile trattamento – questa la valutazione di sintesi – dovrebbe considerarsi, in realtà, controproducente e "disfunzionale se pensato nei confronti di chi si accinga a delinquere". In ultima analisi, si dovrebbe dunque concludere come la soluzione criticata rischi di sottovalutare il significato 'motivante' dell'appello normativo – e le

connesse aspettative di tutela – all'interno della comunità sociale, nel senso che, pur coltivando un disegno concettualmente lineare, essa non sarebbe in grado di soddisfare l'esigenza di un effettivo 'riconoscimento' da parte dei consociati del peculiare contenuto di disvalore dei fatti minacciati con pena.

Sembrerebbe dunque di trovarsi, alla fine del discorso, di fronte ad un *impasse* difficilmente superabile. Da un lato, un'opzione fondata su soluzioni alternative a livello 'editale' dovrebbe essere considerata poco confacente alle finalità sul piano generalpreventivo della minaccia penale. Dall'altro lato, però, la valorizzazione delle tecniche riparatorie nella fase successiva a tale minaccia – allorquando, cioè, quest'ultima sia stata disattesa dai suoi destinatari – mostrerebbe, a sua volta, elementi critici a confronto con una visione rieducativa volta ad affrancarsi – per dirla ancora con Lüderssen – dai vincoli e dalle suggestioni derivanti tuttora dalle logiche della "Ragion di Stato": e non è mancato, anche in Italia, il monito di chi ha esortato a "non abbassare la guardia" rispetto alle predette misure dato che "nelle loro pieghe, più sofisticate ed in apparenza civili, possono annidarsi forme di controllo" eccessivamente penetranti e persino "modalità retributive occulte".

Ad evitare simili difficoltà, ci si dovrebbe dunque domandare se sia possibile concepire, *in sede applicativa*, dei percorsi riparatori differenti (o comunque ulteriori) rispetto a quelli attualmente più diffusi, i quali non si esauriscano, in altri termini, in un programma rieducativo che veda (nel suo allestimento e nelle modalità di attuazione) come 'controparte' privilegiata la stessa autorità preposta all'esercizio della repressione; e ciò, perché quest'ultima soluzione tenderebbe a promuovere, come si è autorevolmente ribadito, atteggiamenti permeati da un più o meno accentuato 'conformismo' (sebbene 'indotto' e non imposto con la forza), il quale mal si concilia con una strategia rieducativa che si vorrebbe aliena – nello stesso spirito della Costituzione – da schemi e metodi di intervento tuttora debitori di una visione di fondo di stampo 'paternalistico'.

6. Orbene, sono proprio siffatte considerazioni a far emergere con particolare evidenza il contributo fondamentale di quella corrente di pensiero volta a legittimare l'introduzione nel nostro sistema di quel modello di vera e propria 'giustizia riparativa', che, essendo frutto di una libera ricerca di un' intesa con la stessa vittima del reato, sarebbe finalmente in grado di incarnare, nel suo 'umanesimo integrale' anche nell'ambito delle risposte all'illecito, le finalità ideali (oltre che pratico-operative) proprie di un autentico progetto rieducativo.

A tale riguardo, non sono mancate, per la verità, alcune controversie in merito ai rapporti tra giustizia riparativa – nella forma, in particolare, di un percorso di

‘mediazione’ come ‘sostitutivo’ rispetto alla giustizia tradizionale – e processo rieducativo: una controversia che trae spunto dall’osservazione secondo la quale siffatta mediazione rappresenterebbe, in realtà, un superamento dello stesso paradigma rieducativo per come è stato (ed è tuttora) generalmente concepito.

E tuttavia, non sembra incongruo ritenere come, a conti fatti, un simile dibattito conduca a sollevare una questione sostanzialmente priva di una reale consistenza. L’ esigenza della rieducazione resta pur sempre, in effetti, il fondamentale criterio di orientamento nella ricerca delle soluzioni più adeguate riguardo ai soggetti ritenuti autori di un reato: essa, in altri termini, configura, per così dire, la ‘casa comune’ – o, se si vuole, il necessario momento unificante – di ogni possibile intervento volto a favorire (né potrebbe essere altrimenti) il reinserimento del soggetto all’interno della comunità sociale.

Da questo punto di vista, non sembra appropriato identificare il *novum* della *restorative justice* facendo leva (tra l’altro) sui suoi aspetti differenziali rispetto allo schema della rieducazione, quanto piuttosto verificare se l’ideale rieducativo – comunque ineludibile – si presti ad essere perseguito attraverso un metodo di gestione del conflitto insito nel reato che superi le strettoie degli interventi sinora praticati; ed anzi, come i rilievi che precedono – e che ci accingiamo adesso a sviluppare – sembrano appunto suggerire, il modello della giustizia riparativa sembrerebbe, semmai, in grado di esaltare le virtualità del programma rieducativo, per il fatto stesso di coltivarlo in forme sempre più lontane da quel controllo e direzione ‘dall’alto’ dei suoi snodi operativi, che rischiano di mortificarne lo slancio ‘solidaristico’ verso la ricerca, su basi volontarie, di una soluzione soddisfacente per le vittime del reato e per la stessa comunità interessata a condividerla.

In effetti, e soffermandosi adesso con maggiore attenzione sulle caratteristiche della giustizia riparativa, a noi sembra che un simile modello debba venire emancipato da tutte quelle ricostruzioni circa la sua portata e fisionomia, le quali ne possano mettere in ombra il profondo significato innovativo nello scenario attuale delle risposte al reato. In particolare, la giustizia riparativa, se rappresenta, certo, la negazione del paradigma della vendetta, nemmeno si presta ad essere omologata alle antiche logiche ‘compositive’ che di quest’ultima, all’origine, rappresentavano un’alternativa; come già lasciava intendere Francesco Carrara, le composizioni di matrice medievale erano ben lungi dall’idea di un accordo su basi egualitarie tra i soggetti interessati, in quanto esse erano in realtà dominate – rimarcava l’Autore – dalla posizione di preminenza propria di coloro che, essendo socialmente più “potenti” e influenti, erano in grado facilmente di sottrarsi, per il tramite di prestazioni in denaro, al rischio di una punizione effettiva (ovvero, essendo vittime dell’illecito, erano abilitati ad esigere dalla controparte un ‘prezzo’ particolarmente elevato). Un

eventuale apparentamento tra i due fenomeni - anche laddove, sulla scia di alcune opinioni, si ritenesse più corretto attribuire alle antiche logiche compositive un peso maggiore rispetto alla violenza vendicatrice - si rivelerebbe, insomma, profondamente dissonante dallo spirito di fondo (oltre che, come si vedrà tra breve, dagli stessi contenuti dell'“accordo”) alla base delle rispettive forme di giustizia.

Né appare davvero convincente insistere nel ricercare elementi di affinità, facendo leva sulla contrapposizione tra giustizia ‘negoziale’ e giustizia ‘pubblica’ amministrata dallo Stato. Anzitutto, già sotto un profilo di carattere metodologico, non sembra corretto far leva sul dato comune *negativo* dell'esclusione dei caratteri propri della ‘giustizia pubblica’ per suffragare ed accreditare *in positivo* l'omogeneità tra le antiche composizioni e la giustizia riparativa. Che se poi si volga lo sguardo al merito della questione, è opportuno in ogni caso avvertire come la fondatezza di tale concezione difficilmente possa trovare conferma - malgrado essa lo adduca come un argomento decisivo - nell'esame dei rapporti tra le logiche della vendetta e gli assetti della giustizia penale statale. In effetti, anche a voler sostenere - come si evince dalla predetta opinione - che il potere punitivo venga ad integrare sotto altre forme lo stesso schema del ricorso alla violenza, risulterebbe problematico desumerne elementi a favore della postulata analogia tra l'antica pratica compositiva e il modello che andiamo considerando; invero, mentre la prima, anche se via via ritenuta ‘preferibile’ alla vendetta, non ne escludeva - come si desume dalle sue stesse origini storiche - un nesso di reciproca interazione (che non appare smentito, com'è ovvio, dall'ipotesi che la cultura della vendetta abbia poi trovato nello Stato un ‘nuovo’ interprete qualificato), il secondo, ossia la giustizia riparativa, appare del tutto svincolato dalla presenza parallela di uno *jus vindicandi*, e tende, semmai, a sviluppare, rispetto alla giustizia pubblica, ulteriori e più aggiornati motivi di censura (del tutto scollegati dall'archetipo della vendetta) volti a porre in luce una scarsa attitudine a soddisfare le reali esigenze avvertite dalle vittime di un reato. In effetti, che proprio tali esigenze meritino oggi, *inter alia*, una particolare considerazione, è dimostrato dalla circostanza che, prima ancora (e di poi anche insieme all'affermarsi) del modello riparatorio nei suoi aspetti più innovativi, sia stata sempre più evidenziata, sia a livello nazionale che sovranazionale, la necessità di predisporre una serie di interventi a favore delle vittime (sotto forma di garanzie contro la loro vulnerabilità: a livello di risorse probatorie, di tecniche aggiornate di comunicazione, di assistenza durante e dopo il processo, di corresponsione di indennizzi adeguati, etc.) volti, quanto meno, a lenire ed attutire i disagi collegati ad un pur regolare e ‘prudente’ esercizio della giurisdizione penale.

In tale prospettiva, non è allora difficile accorgersi come queste ed altre carenze od inconvenienti possano venire, in realtà, efficacemente rimossi proprio attraverso una più accentuata valorizzazione dell'attuale modello ‘riparativo’ di giustizia. In

effetti – e rimarcandone ulteriormente il connotato qualificante – la giustizia riparativa è destinata a battere in breccia, facendole apparire ormai anacronistiche, tutte le esperienze e i paradigmi disciplinari che interessano (o hanno interessato) le altre forme di reazione all'illecito.

La sua autonomia consiste, più precisamente – come mostrano le suggestioni europee ed i rilievi della dottrina più consapevole – nel configurare la posizione delle parti alla stregua di un vero e proprio 'diritto' umano a poter accedere ad un dialogo (sovente) funzionale alla ricerca di un percorso di 'mediazione', ed, auspicabilmente, ad una soluzione conciliativa. Non più, pertanto, un diritto nella tradizionale visione garantistica di una posizione associata alla difesa dell'individuo *dall'esercizio* del potere, bensì un diritto "a" poter partecipare all'incontro con l'Altro, in vista della risoluzione concordata del conflitto derivante dal reato: un diritto, ancora, oltre che, com'è ovvio, della vittima del reato – e che si sostanzia nell'aspettativa ad un intervento riparatorio, non senza l'invito all'offensore a dar conto del proprio gesto, sì da permettere di comprenderne le motivazioni, e rielaborare la sofferenza che ne è derivata – dello stesso soggetto che tale sofferenza abbia provocato: come emerge dal rilievo – opportunamente sviluppato da Luciano Eusebi – secondo il quale in un "contesto relazionale", come quello che interessa i soggetti implicati nella vicenda conflittuale, "per la prima volta può trovare spazio il *dovere* dell'ordinamento giuridico di restituire a chi pure abbia delinquito" – e che dunque potrà vantare un diritto corrispondente – un'occasione di incontro e di comunicazione reciproca, dalla cui mancanza deriverebbe un ulteriore pregiudizio alle condizioni personali di chi sia interessato a quel dialogo.

Sulla base del riconoscimento in via preliminare della fondamentale 'dignità' di ogni individuo – dignità che qui non sembra soffrire di quell'eccessiva vaghezza o 'genericità' di contorni che le vengono, forse un po' troppo schematicamente, attribuite – il modello riparativo attinge il piano di una vera e propria 'cultura' dei rapporti interpersonali, in grado di conferire un più profondo spessore valutativo a quella stessa immagine della 'bilancia' con cui la giustizia viene sovente rappresentata: una bilancia che raggiunge il proprio equilibrio, non già 'compensando' le ragioni con un corrispettivo equivalente, bensì attraendo in una rinnovata sintesi di contenuti il senso di un accordo raggiunto mediante un'interlocuzione paritaria (che il mediatore deve garantire) tra i protagonisti del conflitto. Come tale (e chiariamo così un profilo già poc'anzi accennato) essa non presenta i caratteri – propri di epoche ormai trascorse – di una sorta di 'trattativa' volta a chiudere una faccenda incresciosa allontanando la minaccia di eventuali e più gravi conseguenze; piuttosto, il suo compito è quello di preparare il terreno, e progressivamente di fecondarlo, per un incontro in grado di accrescere la consapevolezza in merito alle esperienze di vita, alle particolari

condizioni, alle circostanze motivanti – e alle reazioni, più o meno intense e durature – che hanno riguardato la persona dell'Altro, in modo da poter raggiungere una soluzione condivisa in grado di ripristinare l'equilibrio compromesso.

Per dirla con poche battute, ecco dunque affiorare i tre obiettivi fondamentali che il modello in esame pone alla base del suo programma 'alternativo': *responsabilizzazione versus responsabilità, partecipazione attiva versus soggezione ad un male irreversibile, riconoscimento ed intesa con l'Altro versus separazione definitiva dei destini* dell'offensore e dell'offeso.

7. Alla luce delle argomentazioni sinora sviluppate, non appare azzardato attribuire alla giustizia riparativa un ruolo ancor più significativo rispetto a quello che le tendenze prevalenti si sono mostrate finora propense a riconoscerle. In particolare, se è pur vero che l'istanza rieducativa esprime una finalità irrinunciabile in ogni possibile tipo di risposta all'illecito, risulta congruo affermare come la forma riparativa della giustizia venga a presentarsi come il modello maggiormente adeguato al perseguimento di un simile obiettivo.

Occorre invero ribadire come l'idea portante della mediazione (in funzione) riparativa non possa non essere quella di lasciare alle parti la definizione dei termini della controversia: di modo che l'impegno ad accordarsi in proposito sembra veramente porsi come elemento qualificante di un percorso cui lo stesso autore, insieme alla vittima, abbia conferito l'attitudine a promuovere il superamento del conflitto e il recupero dei rapporti all'interno della comunità.

Ciò non significa, beninteso, che l'ordinamento possa lasciare completamente 'mano libera' – come ha evidenziato Francesco Palazzo - ai soggetti interessati, quasi si trattasse di una questione ormai svincolata dall'accadimento illecito che pur l'aveva determinata. Piuttosto, è necessario avere ben chiaro che il contributo da parte delle istituzioni dovrebbe essere in prevalenza quello (oltre che di conferire una veste 'giuridica' ai risultati della mediazione/riparazione) di dettare garanzie e limiti 'esterni', per così dire, rispetto al formarsi e al consolidarsi dell'intesa riparativa: garanzie (desumibili, a partire dalla delega, dalla stessa, recente riforma della giustizia) concernenti i criteri di 'accesso' e di disciplina dei programmi in materia, ivi compresi il libero consenso delle parti, lo svolgimento di un dialogo rispettoso del necessario *fair play*, la riservatezza delle dichiarazioni formulate, e, non ultima, un' adeguata formazione dei soggetti 'mediatori', avendo questi l'onere di preparare e guidare il progressivo snodarsi della vicenda conciliativa.

Ma, per l'appunto, una volta salvaguardate tali fondamentali garanzie, l' 'incontro' tra i soggetti dovrebbe propiziare un 'farsi' dell'accordo che li veda come i reali

protagonisti, e che si traduca in una soluzione (e di poi nel rispetto di quest'ultima) che ne esalti il momento 'poietico', 'formativo' dei contenuti caratterizzanti un simile accordo: con lo scopo, in definitiva, di far sì che questo denoti una presa di coscienza delle ragioni del conflitto, ed un'elaborazione delle modalità per superarlo, in grado di far apparire il progetto rieducativo alla stregua di un 'bisogno' percepito come tale dallo stesso soggetto per cui risulta concepito, e che giunga per ciò stesso a comunicarsi alle iniziative consensualmente rivolte a soddisfarlo.

Simili rilievi non implicano – come si lascia arguire dal contesto - la conseguenza che la giustizia riparativa debba atteggiarsi come un modello tendenzialmente 'sostitutivo' rispetto alla giustizia ordinaria: nel senso di immaginare (come accade in alcune esperienze extraeuropee) ch'essa venga ad operare sulla base di un invio non formalizzato ai percorsi di mediazione, in modo da far sì che la vicenda compositiva venga a svolgersi essenzialmente al di fuori del circuito giudiziario.

E ciò, a ben vedere, nonostante che i più convinti sostenitori di tale modello si mostrino comunque perplessi di fronte all' 'innesto', per così dire, del ricorso alla mediazione, insieme ad una serie di adempimenti ulteriori, all'interno dello stesso procedimento ordinario; invero – così si afferma – una soluzione del genere (ravvisabile, ad es., nel nostro istituto di messa alla prova) rischia di 'snaturare' e svilire l'indole più autentica della giustizia riparativa, vuoi perché destinata a coesistere con altri tipi di condotte postdelittuose, vuoi perché di modesta rilevanza nell'economia complessiva degli sviluppi e degli esiti del procedimento, vuoi, infine, perché dal 'sincretismo' e della sovrapposizione degli interventi deriverebbe una scarsa attenzione per gli specifici bisogni propri delle vittime, ed un contestuale ritorno ad una prospettiva di tipo 'reocentrico', peraltro non immune, a sua volta, da malcelate componenti afflittive.

E tuttavia, pur apprezzando il nitore di simili riflessioni (e non senza l'auspicio di una maggiore considerazione dei profili critici da esse evidenziati), sembrerebbe tuttavia consigliabile evitare di esasperarne i motivi polemici; anche se – com'è stato osservato – sembrerebbe, a sua volta, eccessiva l'obiezione rivolta a contestare la suddetta opinione, in nome della rigidità del vincolo di obbligatorietà dell'azione penale, non essendo impossibile, giusta il parere di insigni processualisti, sviluppare la ricerca di più maturi equilibri, senza restare imprigionati in una visione 'integralista', ed ormai francamente anacronistica, del ruolo giocato dalla previsione costituzionale. Semmai, come si è pure rilevato, la preoccupazione principale – e maggiormente conforme ad un'impostazione più realista e 'pragmatica' - dovrebbe essere soprattutto quella di incentivare il più possibile (specialmente nel settore privilegiato dei conflitti di carattere 'interpersonale'), le occasioni per fare ricorso allo strumento della giustizia riparativa; da tale punto di vista, anche laddove queste vengano ad inserirsi nelle

dinamiche interne al procedimento, dovrebbe già ritenersi, in buona sostanza, un risultato soddisfacente la circostanza che, in virtù (non solo di un maggiore impegno da parte del legislatore, ma soprattutto) dell'allestimento di risorse adeguate alla loro implementazione, e di un cospicuo incremento degli sviluppi positivi dei percorsi intrapresi, esse vengano ad acquisire un ruolo ed un significato prioritari a confronto di altre attività a contenuto riparatorio.

8. Giunti alla fine di queste nostre riflessioni, non ci si può sottrarre all'impressione che la pena – e la giustizia penale – sembrino oggi richiedere l'adozione di un punto di vista necessariamente più aperto e lungimirante rispetto a quello di posizioni scientifiche o concezioni filosofiche propense a guardare con sospetto – quando non addirittura con dichiarato scetticismo – alla ricerca di nuove frontiere nelle risposte all'illecito.

Il tema proposto ci ha invero stimolato a sviluppare una sintetica ricostruzione delle dinamiche di sviluppo che dalla minaccia penale si protendono sul terreno problematico dell'effettivo punire, ovvero dell'astensione dalla sanzione originaria: ed in questa prospettiva, una volta concentrata l'attenzione sull'esigenza rieducativa, ci è sembrato che questa si sia andata 'definendo' nei suoi tratti peculiari come l'espressione, nel merito e nel metodo, di un progetto destinato a trovare il suo più autentico 'campo di elezione' nel modello, sia pur di recente emersione, proprio della giustizia riparativa. Un tentativo – quello di definire il contenuto e i rapporti tra i fenomeni considerati – frutto di una pretesa culturalmente velleitaria, come studiosi di rango hanno più volte sottolineato? E' Giovanni Fiandaca, soprattutto, che ci ha ricordato l'ammonimento di Nietzsche (ripreso, è il caso di aggiungere, nel cupo affresco di Oswald Spengler) secondo il quale i significati della pena e della punizione si sono succeduti nel tempo in forme sempre mutevoli e polisemiche, sottraendosi in tal modo – in quanto storicamente condizionati – a quell'opera di "definizione" che può concernere soltanto "ciò che non ha storia".

E tuttavia, pur senza sottovalutare la finezza dell'argomento, sembra legittimo affermare che "qualcosa di nuovo", e di profondamente diverso rispetto al passato, sia apparso sul proscenio del nostro universo disciplinare. L'idea della rieducazione come un autentico diritto si sposa oggi all'assunto ch'essa debba implicare un vero e proprio 'diritto umano' al confronto con la vittima, in grado di preludere ad una soluzione alternativa alla pena frutto di una scelta condivisa. Scusate se è poco, verrebbe da soggiungere!

E' un nuovo mondo che si è dischiuso al nostro sguardo, un mondo che le stesse garanzie sovranazionali a tutela dei diritti della persona – non a caso interferenti con

il tema che ci occupa – invitano ad abbracciare e a coltivare con dedizione crescente negli anni a venire. E non sembrerà, allora, un atteggiamento inconcludente proprio quello rivolto a ‘definire’ i connotati qualificanti di questa particolare forma di ‘giustizia senza pena’, la quale – pur venendo ad emergere dal medesimo campo di ricerca delle risposte alla devianza - si è andata tuttavia emancipando dalla vischiosità dei richiami ad esperienze storiche sempre più incapaci di far luce sui bisogni più profondi dei tempi nostri; esperienze, soprattutto, che, malgrado l’insistenza sul loro mutevole atteggiarsi all’interno di un percorso frammentato ed aperto ad una molteplicità di significati, non autorizzano, questa volta, a rimanere nel dubbio circa la portata innovativa di un modello che giunge per primo a coniugare la fiducia nella persona umana e la vocazione ad innalzarla – grazie alla parola e all’impegno che ne scaturisce – al rango di un ‘agente’ privilegiato nel compimento dei disegni della ‘giustizia’.

Sia consentita un’ultima osservazione. Di fronte a pericolose tendenze centrifughe che tornano nuovamente a manifestarsi – in adesione ad un programma scellerato di ‘regionalismo’ e di localismo a livello di politiche di governo – urge con forza la necessità di rivalutare il significato, anche sotto il profilo simbolico, di una riforma organica – e viepiù sensibile alle indicazioni eurounitarie - della parte generale della nostra disciplina. Forse, come si è già detto, e come traspare dalla recente normativa introdotta con la Riforma Cartabia, non è ancora venuto il momento di rivoluzionare le previsioni a livello edittale, ed anzi, probabilmente, non è neanche opportuno che ciò avvenga, perché la tensione preventiva della comminatoria legale – in un contesto sociale non ancora preparato a recepire e interiorizzare il ‘diritto dei giuristi’ – sembra dipendere tuttora da un messaggio sufficientemente dissuasivo, per quanto necessariamente aperto ad innovazioni e riequilibri sul piano sanzionatorio per troppo tempo rimasti confinati nel libro dei sogni. E, d’altra parte, malgrado le critiche ricorrenti, restiamo dell’idea che il ruolo della prassi nella gestione della penalità appaia sempre più meritevole di venire preservato e valorizzato, come mostra, del resto, la recente riforma della giustizia, nel momento in cui riconosce, tra l’altro, l’importanza dell’ ‘Ufficio per il processo penale’, nel quale s’intravede l’intento di coniugare il credito attribuito alla *law in action* con l’apprestamento di ulteriori garanzie per l’assolvimento delle funzioni giudiziarie.

Piuttosto, non ci parrebbe azzardata una scelta, la quale – nel contesto di una riforma del codice penale – giungesse a contemplare nella sua parte generale un settore dedicato alle condotte riparatorie, ora con riguardo ai comportamenti suscettibili di attenuare od escludere la sanzione, ora riprospettando una normativa *ad hoc* sulla giustizia riparativa, quale terreno particolarmente favorevole, specialmente in certi ambiti, per una risposta all’illecito maggiormente interattiva ed ‘inclusiva’ rispetto ad

una strategia in chiave ‘disciplinare’ da sempre inficiata dal carattere unidirezionale delle misure volte a perseguirla.

**Testo della Relazione svolta a Messina in occasione dell’Incontro di studi per Giancarlo De Vero’, dal titolo ‘Ragionando sulla parte generale del diritto penale’ (7 – 8 Ottobre 2022)*

ILP