

SULLE STRATEGIE DI RISPOSTA AL REATO: IL CASO DELLA RIPARAZIONE

di Maria Giovanna Brancati
(*Dottoressa di ricerca in diritto penale,
Università degli Studi di Perugia*)

Sommario: 1. Premessa metodologica: umanizzazione e *law-in-context approach*. – 2. Riparazione: una possibile risposta al reato? – 2.1. Un *evergreen*: cos'è la giustizia riparativa? – 2.2. Difformità e convergenze tra giustizia penale e riparativa. In particolare: l'equivoco del giurista e le sue preoccupazioni costituzionalmente motivate. – 2.3. (Segue) proporzionalità della risposta al reato come presupposto di operatività del modello riparativo. – 2.4. Giustizia riparativa vs. sicurezza collettiva: ancora qualche incertezza. – 3. Modelli differenziali di riparazione e forme di innesto nel circuito penale. – 4. Il modello delineato dalla riforma Cartabia. – 5. Considerazioni conclusive: prove tecniche per un diritto penale con sempre meno pena.

1. Quello del «come rispondere al reato» è tutt'ora un «problema aperto»¹. A esso si suole dare seguito ragionando sulle finalità e sui contenuti che la risposta penale in senso stretto racchiude: i diversi fini assegnati alla “pena” quale reazione punitiva e conseguente al reato che, sia pure con sfumature differenti², hanno trovato spazio nel dibattito scientifico nel corso di un millennio e più possono essere sintetizzati nella triade retribuzione-prevenzione (generale e speciale)-rieducazione/risocializzazione³.

L'idea che interessa indagare in questo scritto parte da più lontano: ci si interroga, cioè, se il reato possa incontrare risposte diverse da quella prettamente punitiva⁴ e, nell'eventualità, in che modo queste siano destinate a impattare sul sistema penale vigente. L'interrogativo sembrerebbe di pregnante attualità, a fronte delle costanti

¹ Si riprende qui il titolo del Capitolo primo dell'opera di M. Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino 2017, 1.

² Per un recente affresco, si vedano i ricchi contributi collezionati nel volume *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Milano 2018.

³ Ancora attuale F. Cavalla, *La pena come problema*, Padova 1979, 25 ss.

⁴ In uno dei suoi recenti scritti sull'argomento, Giovannangelo De Francesco richiama l'idea di un possibile sdoppiamento tra la sanzione penale nella sua dimensione “ontologica” e immanente al reato e l'inflizione della stessa in conseguenza dell'effettivo verificarsi del reato, ragionando sull'opportunità di non-punire e, più radicalmente, di concepire la punibilità come un “poter essere” della pena, quand'anche si sia in presenza di un reato: v. G. De Francesco, *Della pena e del punire*, in www.lalegislazionepenale.eu, 17.10.2022, *passim*; spec. 7-9.

sperimentazioni di un “diritto penale senza la pena”⁵ o con pene sempre più deformate in senso cautelativo. D’altra parte, il quesito può condurre verso un crinale scivoloso, in cui l’opportunità di rispondere alternativamente al reato venga strumentalizzata per fini diversi dalla tutela della persona e – per un assurdo paradosso –, nel tentativo di sgravare l’individuo dagli esiti abnormi cui a volte il penale conduce, si finisca viceversa per sottrargli importanti porzioni di garanzie.

Nel tentativo di ricondurre tanto la riflessione teorica quanto la pratica del diritto penale verso tratti di umanità non di rado pretermessi od obliterati, l’analisi che segue intende porre la persona umana al centro della vicenda penale⁶, nella sua dimensione relazionale. La prospettiva dell’“umanizzazione”, del resto, investe già da tempo il dibattito penalistico: la stessa pena – è stato detto –, per essere rieducativa o risocializzante, deve anzitutto essere conforme al senso di umanità⁷.

Assumere il punto di vista dell’umanizzazione, però, implica prendere sul serio la necessità per il diritto di avvicinarsi alla pluralità *contestuale* delle forme di manifestazione ed esercizio dei diritti, dei bisogni (tanto della vittima quanto dell’autore di un’offesa, così come della comunità che ne risulta lesa) e dello stesso sviluppo dell’essere umano⁸. Si spiega così la sempre crescente attenzione sociologica ai contesti come fondamento del pensiero normativo⁹, che, a sua volta, è un dato che riflette l’accresciuta consapevolezza rispetto alla reale capacità performativa del diritto, anch’essa inevitabilmente legata a condizioni “situazionali”¹⁰.

⁵ D. Brunelli, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in *DPP* 2023, 60.

⁶ La prospettiva di metodo qui adottata sviluppa l’idea proposta da Gian Paolo Demuro nel rileggere il pensiero di Antonio Pigliaru sul valore morale della pena: «protagonista dell’intera vicenda penale è dunque la persona umana, dal momento della posizione della norma al punto più basso della sua parabola spirituale, la commissione del reato, e alla sua possibile rinascita morale. Il recupero di una dimensione di umanità durante tutto il percorso del diritto penale è dunque l’obiettivo di Pigliaru e in definitiva il contributo profondo che ci lascia questo intenso saggio»: v. G.P. Demuro, *Per un’umanizzazione del diritto penale: rileggendo (il "Saggio sul valore morale della pena" di) Antonio Pigliaru*, in *Diritto@Storia – Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 2017, 18.

⁷ Fra i tanti, F. Biondi, «*Piccoli gesti di normalità quotidiana*», *umanità della pena e finalità rieducativa. Nota alla sentenza n. 97 del 2020*, in *Nomos* 2020, 7-8.

⁸ Cfr. D. Gasper, *Human Rights, Human Needs, Human Development, Human Security: Relationships between Four International "Human" Discourses*, Garnet Working Paper, July 2007, n. 20.

⁹ Per tutti, T. Casadei, *Soggetti in contesto: vulnerabilità e diritti umani*, in *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, a cura di T. Casadei, Torino 2012, 90 ss.

¹⁰ Ricorda in un recente scritto Tullio Padovani: «[...] occorre rilevare come la formazione stessa della *notitia criminis*, il suo progredire verso uno sbocco finale, sia pure non conclusivo, rappresentato, al primo stadio, da una imputazione vera e propria, sia soggetta ad un atteggiamento ricostruttivo, tendenzialmente ispirato da una selettività immanente alle indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale. Tale atteggiamento performativo induce molto spesso alla determinazione di effetti finali che sono in realtà

La linea metodologica così circoscritta può a buon diritto inserirsi nella cornice epistemologica del cosiddetto *law-in-context approach*, vale a dire un metodo di osservazione del diritto e dei fenomeni giuridici ad ampio spettro, comprensivo delle questioni extragiuridiche e degli elementi di contesto che possono incidere sulla lettura del diritto medesimo¹¹; una tale metodica, invero, sembra poter dare un concreto contributo alla promozione di una penalità dal volto umano.

2. Tra le risposte al reato potenzialmente idonee a dare voce al «contesto relazionale»¹² del conflitto da esso generato ci si intende soffermare in particolare sul dibattuto tema della *restorative justice*, oggi posta di necessità all'attenzione del penalista dalla recente Riforma¹³. La chiave di lettura dei diritti umani, fra l'altro, si è già affacciata al dibattito scientifico in questa materia¹⁴, mostrando le sue potenzialità quale strumento idoneo a superare una visione eccessivamente retorica o formalistica della tutela che l'ordinamento si propone di fornire in sede penale e incaricandosi di ripristinare la fisiologia del rapporto dialogico-relazionale che permea ogni vicenda umana.

Si avverte sin da subito che questo lavoro non vuole porsi in seno alla nutrita

dipendenti esclusivamente dalle scelte compiute, o non compiute, nel corso delle indagini»: T. Padovani, *Introduzione*, in *Tra principi del diritto penale e teoria del reato. Atti del Convegno per Giovannangelo De Francesco, Pisa 6 maggio 2022*, a cura di A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino e A. Vallini, Pisa 2022, 12; e, d'altra parte, osserva G. Palombella, *La tutela dei diritti, le discriminazioni, l'uguaglianza. Dai diritti umani ai diritti fondamentali*, in *Ragion pratica* 2004, 396 che «i diritti (o gli stessi diritti) non sono fondamentali in qualsiasi sistema», ma una volta che «diventano fondamentali in un ordinamento essi appartengono di fatto non più a una teoria della morale, ma ad un articolato sistema di priorità etiche»: essi sono divenuti *fondamentali* perché il contesto ne ha fatto emergere la pregnanza storica, poi storicizzata dall'ordinamento mediante il diritto.

¹¹ Secondo la definizione offerta dal dizionario Cambridge: «A contextual approach involves treating legal subjects broadly, using materials from other humanities and social sciences, and from any other discipline that helps to explain the operation in practice of the particular legal field or legal phenomena under investigation». L'impostazione qui accolta va oltre, nel tentativo di mantenere in tensione due esigenze: in primo luogo, si ritiene che la teorizzazione sociale delle pratiche giuridiche sia di vitale importanza per comprendere le connessioni tra strutture giuridiche e sociali e per rivelare ciò che il diritto significa e fa per i vari attori sociali. D'altra parte, non ne consegue che le conoscenze in tal modo acquisite possano essere assunte come diretto fondamento per (ri)modellare le pratiche giuridiche, in assenza di ulteriori argomenti che tengano conto della specificità del diritto: su questa struttura metodologica si rinvia a D. Nelken, *Beyond Law in Context. Developing a Sociological Understanding of Law*, London-New York 2017.

¹² L'espressione è di L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 13.1.2021, 23.

¹³ La «disciplina organica» contenuta nel d.lgs. 10.10.2022 n. 150, su cui si dirà meglio *infra*, par. 4, era destinata a entrare in vigore a partire dal 30.6.2023 (art. 92).

¹⁴ G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.6.2021, 6 ss.

letteratura in argomento con pretese ricognitive, ma soltanto abbozzare alcune considerazioni – in chiave critica – su potenzialità, criticità e limiti del modello riparativo come possibile risposta al reato.

2.1. Per accostarsi al tema della giustizia riparativa e del suo rapporto con la materia penale rifuggendo ogni retorica, è necessario passare attraverso l'interrogativo che attiene alla dimensione – per così dire – *ontologica* della tematica.

Come è noto, tra i cultori della materia non vi è perfetta convergenza sulla definizione di giustizia riparativa; piuttosto si tende a ritenere che la nozione in sé rappresenti un fenomeno evolutivo¹⁵, atto a ricomprendere “cose” assai diverse fra loro. Istituti di diritto, strumenti para-giuridici, approcci teorici: in via generalissima, insomma, metodi di risoluzione di un conflitto, che, in ragione della loro stessa funzione teleologica – quella, appunto, di risolvere il conflitto –, sono sottoposti a costante mutamento e aggiornamento alla luce dei contesti sociali e temporali.

Esistono tuttavia delle caratteristiche che sono ritenute proprie della giustizia a vocazione «riparativa» con un elevato grado di condivisione nella comunità scientifica¹⁶: la riparazione di ciò che è stato leso tramite un processo attivo e partecipato da parte dell'autore della lesione, la piena volontà di tutte le parti alla ricomposizione di ciò che è stato diviso, il coinvolgimento della comunità e, in definitiva, il ripristino dell'armonia all'interno della stessa. Ciascuna di queste componenti presuppone a sua volta altrettante qualità particolari che il processo di giustizia riparativa possiede; Mannozi e Lodigiani hanno in proposito individuato cinque parole chiavi per comprendere la giustizia riparativa: ascolto, empatia, riconoscimento dell'altro, vergogna, fiducia¹⁷.

Rinviando all'istruttivo volume dei due illustri Autori per la trattazione approfondita di ciascuna di esse, qui interessa cogliere i tratti essenziali del paradigma riparativo, onde valutare come esso possa al meglio intersecare la materia dei delitti (e delle pene).

Se in termini strettamente definitivi permane una certa disarmonia, altrettanto non

¹⁵ G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, 90.

¹⁶ J.P. Bonafè Schmitt, *La médiation: une justice douce*, Paris 1992; J. Braithwaite, *Crime, Shame, Reintegration*, Cambridge 1989; M.S. Umbreit, *Mediating Interpersonal Conflicts*, St. Paul 1995; L. Walgrave, *Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship*, Cullompton 2008; *Repositioning Restorative Justice*, a cura di L. Walgrave, Cullompton 2003; M. Wright, *Justice for Victims and Offender*, Philadelphia 1996; H. Zehr, *Changing Lenses*, Scottsdale 1990.

¹⁷ G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa*, cit., 111 ss.

può dirsi con riferimento al *concetto* di giustizia riparativa. In effetti, spostandosi dal piano semiotico a quello semantico, pur in presenza di pluristratificate elaborazioni teoriche¹⁸, è possibile individuare un nucleo concettuale comune in grado di chiarire immediatamente quale sia il referente extralinguistico del lessema «giustizia riparativa»: l'idea, cioè, di una «giustizia che rinuncia alla ritorsione, che immagina risposte costruttive al conflitto orientate sui bisogni delle vittime e che si alimenta di forme di riparazione simboliche prima ancora che materiali»¹⁹.

Dunque, il punto di partenza per accedere a questo orizzonte concettuale è l'esistenza di un conflitto, una frattura all'interno della comunità che necessita di essere ricomposta. Non vi è necessariamente un reato, ma un fatto che ha lesso la sfera di interessi di una persona, generando un sentimento di ostilità all'interno della comunità di appartenenza che deve essere gestito. Vi è poi una scelta di metodo nel rinunciare alla ritorsione: la gestione del conflitto insorto – secondo questa metodica – passa dalla comprensione profonda del male arrecato, per potervi porre rimedio in modo attivo, per poter ricucire la ferita apertasi nella comunità, ammettendo forme di riparazione puramente simboliche, purché rispondano ai reali bisogni della persona che ha subito il torto. Questo modello accoglie un tipo di risposta relazionale, perché presuppone la partecipazione (volontaria e attiva, lo si ribadisce) di tutte le parti interessate dal conflitto; l'aspetto di particolare interesse è che le parti così considerate potrebbero non aver avuto alcun legame tra loro in precedenza: è grazie al conflitto che quelle persone vengono a contatto, si incontrano, si riconoscono come appartenenti alla stessa comunità – eventualmente intesa in accezione ampissima di *umanità*²⁰. Il conflitto, quindi, è insieme momento di frattura e momento di (primo) incontro: rappresenta la scintilla che instaura la relazione, il seme accidentato che può far germogliare un frutto buono. Esso può costituire occasione di incontro e di dialogo tra istanze divergenti, potenzialmente conflittuali, appunto, e – attraverso la loro gestione costruttiva – di crescita della comunità tutta.

Da questo angolo visuale, è intuitivo il richiamo ai concetti di ascolto, empatia,

¹⁸ Per una attenta analisi con particolare riguardo al modo in cui il termine «giustizia riparativa» si è cristallizzato, assestandosi in equilibrio tra le plurime oscillazioni semantiche cfr. G. Mannozi, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *RIDPP* 2015, 137-153; tema ripreso anche in G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa*, cit., 73-88.

¹⁹ G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa*, cit., 84.

²⁰ Sulla centralità dell'«umano» nell'economia di questa riflessione si veda *supra*, par. 1; per altre considerazioni v. anche *infra*, parr. 2.2. e 5.

riconoscimento dell'altro, vergogna, fiducia: sentimenti che illuminano la relazione e ne indicano lo sviluppo secondo un andamento sano ed equilibrato. Del pari, si comprende il ripudio dell'idea punitiva, stigmatizzante e coercitiva come risposta al fatto lesivo. Se questo è vero, la giustizia riparativa non può ontologicamente condurre a esiti sanzionatori in senso stretto: in altri termini, *la giustizia riparativa non è mai giustizia penale*²¹. Ciò non implica, tuttavia, che fra i due insiemi non possano esserci punti di intersezione o che il reato non possa avere come esito una risposta riparatoria, anziché penale; o che, invece, le due risposte non possano coesistere.

2.2. L'innesto di strumenti riparativi nel circuito della giustizia penale è un fenomeno sempre più diffuso e invocato: prima attraverso il filtro di settori particolarmente permeabili alla ricerca di percorsi e soluzioni differenziate²², poi tramite l'utilizzo orientato in via riparativa di istituti propri della giustizia penale ordinaria²³. L'interesse verso forme di giustizia riparativa ha incontrato sempre

²¹ Giorgio Del Vecchio, filosofo i cui scritti precedono temporalmente l'idea di *restorative justice*, utilizza il termine «giustizia riparatrice» in alternativa al termine «giustizia penale» (G. Del Vecchio, *La Giustizia*⁴, Roma 1951, cap. XI). Questo utilizzo apparentemente fungibile dei due termini ha indotto alcuni Studiosi a intravedere nel pensiero del filosofo un sostegno all'idea per cui la "pena" è indefettibilmente anche "riparazione" (in argomento, per tutti, F. Cavalla, *La pena come riparazione*, in F. Cavalla, F. Todescan, *Pena e riparazione*, Padova 2000, spec. 96 ss.). Secondo la lettura offerta da G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa*, cit., 80 ss., invece, è proprio in questo utilizzo antitetico che può leggersi nella riflessione di Del Vecchio un'anticipazione della giustizia che ripara come autentica alternativa alla giustizia che punisce; di questo stesso avviso, già E. Weitekamp, *Can Restitution Serve as a Reasonable Alternative to Imprisonment? An Assesment of the Situation in the USA*, in *Restorative Justice on Trial*, a cura di H. Messmer e H.U. Otto, Dordrecht-Boston-London 1992, 83; K. Moen, *Choice in Criminal Law: Victims, Defendants, and the Option of Restitution*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy* 2013, 741, 747 e 749.

²² Il riferimento corre al procedimento a carico di imputati minorenni e alla giustizia penale di pace. Sul primo versante, si veda il *Documento di Studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, Roma 2018; sul procedimento dinnanzi al giudice di pace si vedano invece E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli 2017, 259 ss.; V. Bonini, *Giustizia penale di pace e obiettivo conciliativo: una sperimentazione lunga vent'anni?*, in *CP* 2021; da ultimo, v. anche E. Dolcini, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *RIDPP* 2020, 1223.

²³ Si pensi agli istituti delle condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter Cp e della messa alla prova di cui agli artt. 168-bis ss. Cp e 464-bis ss. Cpp, che operano per una serie indistinta di fattispecie criminose, secondo il criterio limite della gravità espressa con un rinvio *quoad poenam*. Di particolare interesse è la valorizzazione *in bonam partem* di comportamenti di tipo riparatorio nell'ambito della criminalità ambientale: in proposito v. M.C. Amoroso, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006*, in *DPenCont* 2015; C. Mazzuccato, *La giustizia riparativa in ambito penale ambientale. Confini e rischi, percorsi e potenzialità*, in *Aa.Vv., La mediazione dei conflitti ambientali. Linee guida operative e testimonianze degli esperti*, Milano 2016, 134 ss. O ancora, ampie sono le valorizzazioni di condotte riparatorie da parte dell'ente che debba rispondere di una responsabilità da reato ai sensi del d.lgs. 8.6.2001 n. 231: in argomento v. P. Severino, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in, *La pena, ancora: fra attualità e*

maggior sensibilità, non solo tra gli studiosi della materia penale²⁴ ma anche nelle sedi istituzionali – complice l'impulso di matrice europea²⁵ –, tanto che il legislatore ha fatto sempre più ricorso a espressioni evocative quali “rimozione delle conseguenze dannose o pericolose”, “condotte riparatorie”, fino ai più densi richiami alla “mediazione” e alla “conciliazione”, pur senza mai soffermarsi compiutamente sul loro significato.

Da ultimo, come è noto, la cosiddetta riforma Cartabia ha squarciato il velo della timidezza legislativa, introducendo una disciplina organica della materia²⁶, stimolando altresì la critica di quei commentatori che – a fronte di una tale coraggiosa presa di posizione – si sarebbero aspettati ben più meditato esito. Si deve ammettere, in effetti, che i rischi insiti nell'ingresso del paradigma riparativo nel circuito della giustizia penale non sono pochi, ed è ragionevole che questi non siano ignorati o sottovalutati.

Si è posto l'accento, in particolare, sul perdurante attrito che il paradigma riparativo instaura con alcuni capisaldi della materia penale: fra di essi, particolare attenzione è posta a presunzione di non colpevolezza e diritto di difesa, intese come precipitato dell'intero sistema delle garanzie processualpenalistiche a tutela dell'imputato²⁷. Si

tradizione, cit., II, 115; A. Presutti, A. Bernasconi, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano 2018, 210 ss.

²⁴ Gli esponenti della dottrina penalistica e processualpenalistica che hanno manifestato interesse per la materia sono in numero sempre crescente; fra i molti, senza alcuna pretesa di completezza e oltre ai contributi già menzionati nelle note precedenti, si richiamano almeno R. Bartoli, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *RIDPP* 2016, 96 ss.; M. Donini, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *DPenCont* 2015, 236 ss. (pubblicato in forma ridotta anche in *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozi e G.A. Lodigiani, Bologna 2015); Id., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in www.questionegiustizia.it, 29.10.2020; G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in www.sistemapenale.it, 28.11.2020; F. Palazzo, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *PD* 2017, 349 ss.; G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit.; V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa in materia penale*, in *Processo penale e giustizia* 2022, 111 ss.; Ead., *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi*, in Aa.Vv., *La riforma Cartabia*, Pisa 2022, 725 ss.

²⁵ Molteplici i documenti sovranazionali che evocano il paradigma riparativo: tra gli strumenti di *soft law*, si ricordano la *Risoluzione delle Nazioni Unite ECOSOC Res.2000/14, recante principi base per l'uso dei programmi di giustizia riparativa* e la *Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec2018/8 sulla giustizia riparativa nella materia penale*; tra quelli di *hard law*, invece, spicca la Direttiva UE 2012/29 sui diritti delle vittime nel procedimento penale. Per un quadro completo, si rinvia a G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa*, cit., 99-105.

²⁶ Per un commento riassuntivo all'indomani dei decreti attuativi, v. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in www.sistemapenale.it, 2.11.2022, spec. 14 ss.

²⁷ Sebbene antecedenti ai decreti di attuazione, meritano un richiamo le considerazioni svolte in V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.6.2021, 24 ss.; molto critico O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *AP* 2022, spec. 24-26.

osserva, da un lato, che il riconoscimento dei fatti proprio della logica riparativa, laddove abbia a oggetto fatti suscettibili di integrare un reato, confligga con l'idea per cui l'imputato debba considerarsi non colpevole fino a sentenza definitiva di condanna, posto che questi sarebbe in qualche misura chiamato ad ammettere l'accaduto; dall'altro, che la difesa tecnica dell'imputato indirizzato verso percorsi riparativi venga per ciò stesso depotenziata, stante il carattere dialogico del processo riparativo che di per sé escluderebbe la presenza di un difensore.

Ora, per affrontare con realismo il contenuto di questi opportuni rilievi, occorre anzitutto partire da una considerazione di fondo. Quanto visto nel paragrafo precedente mostra come la giustizia riparativa debba essere intesa quale paradigma a sé²⁸, strumento autonomo di risoluzione di un conflitto derivante da un fatto illecito, nella sua accezione lata di fatto che cagiona un danno ingiusto. Sicché qualunque immissione di logiche riparative nel circuito della giustizia penale non può ignorare questa prospettiva. Se è lecito decidere di ricorrere al lessico del diritto penale²⁹ per delimitare il perimetro di impiego degli strumenti riparativi in ambito penalistico, il suo utilizzo assume in questo contesto un valore puramente descrittivo: ad esempio, il termine "reo" equivale al significato dell'espressione "colui il quale – se l'ipotesi accusatoria risulta confermata secondo le regole operative del diritto e del processo penale – chiameremmo reo". Non ha senso, dunque, preoccuparsi che la normativa di riferimento utilizzi il termine "reato", anziché "fatto illecito", poiché è come se essa ritenesse implicita nella natura dello strumento riparativo la dizione di conflitto derivante da "fatto illecito", che – nel caso di specie – discende dall'essersi verificato un fatto che, ove si giungesse a sentenza di condanna secondo gli strumenti del processo penale, chiameremmo "reato".

Fatta questa premessa, le (pur lecite) preoccupazioni del giurista possono essere grandemente ridimensionate. Anzitutto, come si vedrà tra breve, la funzione teleologica del processo di riparazione deve essere tenuta distinta da quella propria del processo penale, ancorché quest'ultimo possa in concreto incrociare le vicende fattuali del primo ed esserne dipendente³⁰.

²⁸ Si esprime in questi termini anche R. Bartoli, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in www.sistemapenale.it, 29.11.2022.

²⁹ Come in effetti accade con riferimento ai termini "reo", "vittima", "reato", tanto nella letteratura di riferimento in tema di *restorative justice*, quanto nelle fonti normative: su questo ultimo punto e con particolare riferimento alla Direttiva UE 2012/29, tuttavia, si vedano le considerazioni critiche di G. Mannozi, G.A. Lodigliani, *Giustizia riparativa*, cit., 102-105.

³⁰ Sul diverso ruolo che i processi mediativo/riparativo e penale sono chiamati a svolgere e sulle loro possibili

Bisogna poi riconoscere che il fatto umano che ha causato il turbamento e/o il conflitto è solo eventualmente suscettibile di integrare un fatto che costituisce reato: l'orizzonte naturalistico dell'offesa di cui si richiede la piena condivisione non coincide con il reato nei suoi elementi tipici, può essere più ampio³¹ o addirittura più ristretto. La giustizia riparativa può accontentarsi di elementi "situazionali", i quali non sarebbero mai da soli idonei a fondare la penale responsabilità – e, dunque, a giungere a un giudizio di condanna soddisfacente per gli interessi dell'offeso. Questi stessi elementi, nondimeno, potrebbero essere i soli a far emergere il reale disvalore del fatto (umano), irriducibile alla mera offesa al bene giuridico.

Un esempio valga a chiarire quanto detto³². Il furto della cosa mobile altrui è lesivo in quanto il nostro ordinamento possiede una fattispecie criminosa che punisce il fatto di colui il quale sottragga la cosa mobile altrui per trarne profitto per sé o per altri; ove la cosa mobile sottratta da Tizio fosse un oggetto caro alla vittima per ragioni, in certo senso, "non riparabili" (si pensi al braccialetto d'oro appartenuto al figlio della vittima, morto tragicamente, che il ladro ha fatto fondere), la condotta di furto recherebbe altresì una ulteriore e diversa lesività, irriducibile al disvalore espresso dalla fattispecie criminosa, che ha a che fare con il legame profondo di Caio con l'oggetto sottratto e sarebbe tale perfino se il reato di furto non esistesse affatto. Né, d'altra parte, Caio potrebbe mai trovare soddisfazione nella condanna penale di Tizio, anche a fronte dell'integrale risarcimento del danno (che potrebbe anche essere decisamente esiguo, magari perché il braccialetto era di scarso valore in termini assoluti).

Di là della portata parossistica dell'esempio – ma non del tutto implausibile, se si vuole –, esso mostra con estrema lucidità quale sia il compito della giustizia dialogica: ancor prima che riparare, dare un'identità all'offesa spersonalizzata e restituire un volto alle parti in conflitto.

Rimane ferma, beninteso, la necessaria separazione tra i due circuiti: intendendo perciò che il modello riparativo fornisce una "eventuale" risposta al reato, sia perché essa è un'opzione volontaria che le parti potrebbero scegliere di non attivare, sia perché essa potrebbe viceversa essere l'unica risposta attivata o attivabile nei casi in cui il reato non venga accertato (ma il conflitto da esso generato permanga).

A questo punto si può ragionevolmente ritenere che la risposta riparativa – se opportunamente interpretata secondo queste direttrici – non si ponga in frizione con

interazioni, si veda *infra*, par. 3.

³¹ Così sembra esprimersi V. Bonini, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa*, cit., 27.

³² Si ringrazia il Revisore per l'acuto suggerimento dell'esempio riportato nel testo.

alcuno dei principi costituzionali; al contrario, proprio nell'architettura costituzionale può trovare fondamento e legittimazione.

2.3. Ragionare sulle frizioni costituzionali che il modello riparativo importa può forse indurre a una visione parziale e compartimentistica della vicenda penale. Se è vero che la valenza di un sistema di garanzie a tutela della persona accusata di aver commesso un reato in sede di accertamento della sua penale responsabilità è un traguardo di civiltà giuridica non negoziabile, la sua stessa esistenza perde di senso ove – per questa via – a essere violati siano i principi che sorreggono la stessa responsabilità penale³³.

La prospettiva, quindi, meriterebbe di essere rovesciata. Il tema della conformità a Costituzione del modello riparativo *in action* (che è la declinazione che ragionevolmente appassiona e preoccupa i più) dovrebbe essere preceduto da altra discussione, relativa alla (il)legittimità costituzionale della sanzione penale a fronte di un possibile percorso di riparazione capace di ridurre o addirittura azzerare l'offesa subita.

È noto come le norme che regolano la risposta sanzionatoria all'illecito penale siano sottoposte a un vaglio di costituzionalità incentrato sul criterio della ragionevolezza³⁴, che investe tanto la selezione dei fatti illeciti alla luce degli interessi tutelati e la scelta della tecnica di tutela (in particolare con riguardo all'alternativa tra sanzioni penali e amministrative), quanto la determinazione della misura e della tipologia di sanzione applicabile. Esso, quale proiezione esplicita del principio di proporzionalità³⁵, consente

³³ Si richiama qui il passaggio argomentativo di Massimo Donini, il quale, nel criticare la tendenza del processo di cognizione di primo grado a ripiegarsi eccessivamente sui profili di accertamento "oggettivo" del fatto, afferma che «non ci sono solo esigenze "di garanzia" (il cd. diritto penale del fatto), ma anche di applicazione della personalità della responsabilità penale e dello stesso volto umanistico della giustizia»: v. M. Donini, *Pena agita e pena subita*, cit., 19, nt. 40.

³⁴ Tra i casi emblematici più risalenti si richiama C. cost. 27.6.1974 n. 218, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 penultimo co. r.d. 5.6.1939 n. 1016 (Testo unico delle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia), modificato dalla l. 2.8.1967 n. 799, limitatamente alla parte in cui si riferisce al soggetto che, pur avendo l'assicurazione, è sorpreso a cacciare privo dei soli documenti dimostrativi. La Corte ha accolto la questione incentrata sulla ingiustificata parificazione dei due trattamenti sanzionatori, affermando che è nella discrezionalità del legislatore – sia pure «con il limite di una ragionevole differenziazione rispetto alla fattispecie di chi caccia senza essere assicurato – lo stabilire con quale sanzione debba essere punito chi, pur essendo assicurato, è sorpreso a cacciare privo dei documenti dimostrativi»: per un'analisi della pronuncia v. A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di uguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.* 1974, 2163 ss.

³⁵ In dottrina, nella vasta letteratura sul tema, cfr. soprattutto l'indagine di V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, ove si racchiude l'inquadramento del principio di offensività come canone di

di valutare quando la risposta penale risulti inconferente con le medesime ragioni di tutela poste a presidio del bene per cui la singola norma penale è stata concepita³⁶.

Il giudizio di proporzionalità, superata la prima fase del suo necessario ancoraggio all'art. 3 Cost.³⁷, è divenuto canone di apprezzamento della razionalità intrinseca di ciascuna fattispecie criminosa, sia nella sua dimensione astratta³⁸ che nel momento punitivo concreto³⁹. Tuttavia, l'inesistenza di un criterio che permettesse di commisurare con esatta precisione la gravità del reato al tipo e al *quantum* di pena ritenuta "giusta" ha indotto la necessità di costruire un sistema di risposte punitive secondo una scala decrescente, che si mantenesse quanto più coerente, ferma l'impossibilità di parametrare la punizione all'offesa nei delitti più gravi⁴⁰. La connessione teleologica che si instaura tra proporzionalità e offensività rende quest'ultima criterio di conformazione interna delle norme penali: essa è strumento di quantificazione della proporzionalità, e il loro combinato disposto costruisce parametro di invalidazione delle norme non conformi al volto costituzionale della sanzione penale⁴¹. Da questo punto di vista, l'offesa al bene tutelato riflette non solo il bisogno di pena per la condotta tipizzata, ma anche la meritevolezza di risposta punitiva per il comportamento lesivo in effetti attuato⁴². La Corte costituzionale nel

politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di ragionevolezza. Per una riconsiderazione della tematica proprio nell'ottica del principio di proporzione, invece, si può guardare il recente studio monografico di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino 2020.

³⁶ Si veda V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013*, a cura di R. Garofoli e T. Treu, Roma 2013, 104, secondo la proporzionalità della sanzione è soltanto una delle proiezioni del principio di ragionevolezza, dato che «l'idea-limite che lo anima ne coltiva le prestazioni in un ambito sovraordinato e ben più esteso rispetto a quello dell'adeguatezza della pena, attestandolo come canone fondamentale per la stessa giustificazione del diritto penale» (corsivo aggiunto).

³⁷ Criticamente F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP* 1998, 376 ss.

³⁸ W. Naucke, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, 49 ss., ove si individua nella proporzionalità sanzionatoria il limite generale alle decisioni di politica criminale, posto a garanzia del bilanciamento tra i possibili effetti «positivi» dell'incriminazione con i sacrifici che la pena implica per i diritti fondamentali dell'individuo.

³⁹ F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPenCont* 2017, 64 ss.

⁴⁰ M. Donini, *Il delitto riparato*, cit., 238; nonché D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *RIDPP* 2016, secondo cui la risposta punitiva che segua un canone di sostenibilità etica non potrà mai eguagliare la gravità dei massimi delitti: si deve dunque accettare che la risposta all'illecito penale possa essere sproporzionata per difetto.

⁴¹ D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *DPenCont* 2017, 50.

⁴² V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *RIDPP* 2007, 751, ove ancora una volta si evidenzia come il controllo di ragionevolezza si sia sovente innestato su ulteriori canoni di matrice penalistica: offensività, *extrema ratio*, colpevolezza, rieducazione.

1994⁴³ ha riconosciuto come questo duplice intreccio avesse delle necessarie ripercussioni sull'efficacia della finalità rieducativo-risocializzante, posto che una prospettiva teleologicamente orientata della pena finisce col plasmare le valutazioni di congruità di un dato perimetro edittale; nel caso di specie, in particolare, si metteva in relazione l'offesa tipica con la conseguenza sanzionatoria, ritenendo sproporzionata già la decisione legislativa di punire una condotta riconducibile a un grado di offensività piuttosto tenue con una sanzione penale di per sé afflittiva⁴⁴, asserendo che un sacrificio alla libertà personale palesemente eccessivo collidesse con il medesimo fine della sanzione penale.

Più di recente, l'iter argomentativo seguito dalla Corte è stato ripreso e ulteriormente sviluppato nella sentenza n. 236 del 2016⁴⁵, ove si è precisato che il principio di proporzionalità della pena opera come limite alla potestà punitiva statale, richiedendo quindi una pena adeguata all'effettiva responsabilità del colpevole, da questi percepibile come giusta reazione all'illecito commesso⁴⁶.

Per questa via, tanto il legislatore quanto l'interprete in sede applicativa sono chiamati a escludere ogni esito sanzionatorio che risulti intrinsecamente irrazionale, sproporzionato e contrario al canone di colpevolezza, pena l'assoluta inconsistenza dell'intero sistema punitivo.

Ora, il giudizio di proporzionalità sanzionatoria può essere meglio inteso come

⁴³ Si tratta della sentenza n. 341, concernente il minimo edittale per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale: C. cost. 22.7.1994 n. 341, in *FI* 1994, I, 2585; cfr. anche E. Gallo, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.* 1995, 3202, nonché G. Ariolli, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, in *CP* 1995, 25 ss.

⁴⁴ Tema oggi di estrema attualità, non solo per le conseguenze della riforma Cartabia in materia di 131-bis, per cui si rinvia a D. Brunelli, *Le modifiche alla non punibilità*, cit., ma anche in ragione delle frequenti sollecitazioni giurisprudenziali volte a sottolineare la pregnanza delle ipotesi tenui ai fini della non punibilità; si veda, ad es., l'ordinanza del Tribunale di Roma, VIII sezione penale, 18 luglio 2022, con la quale si solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 629 co. 1 e 2 Cp, nella parte in cui non prevedono una diminuzione quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità: l'ordinanza è consultabile su www.giurisprudenzapenale.com, 22.2.2023.

⁴⁵ Per un commento F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPenCont* 2017, 65 ss.

⁴⁶ Con le parole della Corte: «Laddove la proporzione tra sanzione ed offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta, del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso». Così la Consulta aggancia l'incostituzionalità dell'art. 567 co. 2 Cp all'art. 27 co. 3 Cost.; cfr. C. cost. 10.11.2016 n. 236, § 4.2.

giudizio di proporzionalità della risposta all'illecito penale *tout court*: da questa prospettiva, la soluzione offerta dalla giustizia riparativa pare essere la sola in grado di restituire coerenza ai principi di proporzionalità, offensività e uguaglianza in tutte quelle situazioni in cui una conseguenza dell'illecito autenticamente penale risulti per qualche ragione distonica o comunque non praticabile. Se, infatti, si ammette che la coerenza del sistema dei delitti e delle pene dipende non solo dalla congruenza astratta tra offesa tipizzata e sanzione comminabile – in una progressione logica di scelte incriminatrici –, ma anche dalla razionalità della conseguenza sanzionatoria in termini di ragionevolezza, uguaglianza e proporzione rispetto all'offesa prodotta, non sembrerà assurdo ritenere che un simile assunto possa estendersi alla conseguenza *tout court*, quand'anche essa dovesse cessare di essere “sanzionatoria” e divenisse piuttosto “riparatrice”. È come se, anche laddove non possa ritenersi superata la soglia minima per la meritevolezza di sanzione penale, l'ordinamento si facesse carico di offrire ugualmente una risposta pubblicistica alla frattura generata dalla condotta di astratto rilievo penale, sottraendola all'arbitrio della giustizia privata⁴⁷. Per questa ragione la “contaminazione” del paradigma riparativo non solo è conforme a Costituzione, ma è altresì in grado di esaltare i più alti valori contenuti nella Carta fondamentale e di ritrovare qui la propria autentica legittimazione.

2.4. Accanto alle problematiche di compatibilità costituzionale di cui si è fatto cenno, vi sono alcune obiezioni politico-criminologiche che possono essere mosse a fronte della prospettiva di un ricorso alla giustizia riparativa come risposta all'illecito penale.

Tra di esse trova sicuro spazio il peso che la rinuncia alla pena può avere nella percezione del livello di sicurezza pubblica. Il tema, come è noto, ha radici profondissime ed è stato battuto dai più autorevoli studiosi⁴⁸. La sua costante riproposizione riflette l'idea per cui ogni reato conserva un *quantum* di offesa pubblicistica all'interesse statale per la propria conservazione, foriera di una disobbedienza che merita per ciò stesso censura⁴⁹. Questa concezione, per quanto

⁴⁷ M. Donini, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, in www.sistemapenale.it, 20.12.2022, 3 ss.; v. anche G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., 16 ss.

⁴⁸ Fra i molti cfr. almeno *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bologna 2011; L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019; nonché la recente indagine, anche in prospettiva storica, di F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli 2020.

⁴⁹ Da ultimo A. Cavaliere, *Punire per ottenere 'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive*

opinabile, non è priva di fondamento giuridico, né di legittimazione politica. Innanzitutto, la funzione teleologica del diritto penale orientata alla “difesa sociale” e al mantenimento di un dato assetto (ordine!) pubblico viene sublimata nel binomio sicurezza-prevenzione speciale negativa⁵⁰, tentando di quietare le coscienze attraverso il più alto grado di neutralizzazione del pericolo di offesa raggiungibile. Un meccanismo di espansione della tutela penale che si giustifica per la sua carica coesiva e che non trova (apparenti) ostacoli nel tessuto costituzionale.

D'altra parte, sul piano della legittimazione, una simile impostazione trova ampio consenso sociale e politico non soltanto nelle frange più reazionarie, ma anche in seno a formazioni classicamente definite “liberali” o “democratiche”⁵¹. La promessa che lo Stato avrebbe garantito un diritto alla sicurezza, più che la sicurezza dei diritti⁵², ha spostato l'orizzonte dell'aspettativa individuale verso una tutela quasi assoluta e non bilanciabile dei propri beni, sublimata nel concetto di “sicurezza”: della propria incolumità personale, della propria abitazione, della propria salute, della propria identità, e così via.

A dispetto delle apparenze, il tentativo di costruire risposte all'illecito penale diverse dalla sanzione punitiva, se inserito in un quadro programmatico più ampio⁵³, può in realtà offrire un concreto contributo a una sostanziale inversione di rotta nell'atteggiamento collettivo.

Vi sono almeno due ragioni a sostegno di questo assunto: da un lato, assicurare alla comunità la capacità di gestire i conflitti che si verificano al suo interno – pur mantenendo su tale gestione la garanzia del controllo pubblicistico – restituisce coesione e riduce il senso di insicurezza collettiva derivante dalla percezione di un rischio vittimizzazione⁵⁴; dall'altro, promuovere un modello di risposta al reato razionale dona serietà e credibilità al sistema penale medesimo, in cui la risposta

alternative, in www.la legislazione penale.eu, 20.4.2021, 17-18.

⁵⁰ W. Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 74 ss.

⁵¹ A. Cavaliere, *op. cit.*, 24; a questi si rinvia anche per l'ampia critica al modello di «diritto penale liberale», spec. 30 ss.; cfr. anche M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in www.discrimen.it, 24.5.2019.

⁵² Il riferimento è naturalmente al celebre saggio di Alessandro Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Milano 2001, 19 ss.

⁵³ Fatto di strumenti extrapenalici (soprattutto di natura economica, sociale e culturale) a carattere propositivo: v. A. Cavaliere, *op. cit.*, 24.

⁵⁴ J. Robert, *Public Opinion, Crime and Criminal Justice*, Boulder 2000.

punitiva appare realmente residuale, efficace, ed effettiva⁵⁵.

3. Anche il paradigma riparativo riflette di necessità la molteplicità delle forme di manifestazione del reale. Di conseguenza, è ragionevole ipotizzare che all'interno dello stesso paradigma riparativo possano sussistere diversi modelli di riparazione, purché rispondenti alla logica propria del modello unitario: la letteratura specialistica ha avanzato più di una classificazione, ciascuna basata su un aspetto della metodologia riparativa. Ad esempio, se si guarda al *tipo* di riparazione riconosciuta come valida si possono distinguere forme di riparazione materiale, simbolica o formale⁵⁶. Esistono poi differenti strumenti di attuazione dei programmi, in cui mutano i soggetti coinvolti, la fase in cui si interviene, gli stili di conduzione del dialogo, le modalità operative e i risultati ottenibili⁵⁷. Non solo i modelli sono pluralistici, lo sono anche le forme di innesto nel circuito penale⁵⁸. È questa un'idea che – seppur non tematizzata – esiste già nel tessuto applicativo degli strumenti di riparazione: la giustizia minorile offre un modello che, per molti versi, è considerato un archetipo nel nostro sistema⁵⁹; gli ambiti di sperimentazione offerti dal giudizio dinanzi al Giudice di pace divergono da quell'archetipo, così come gli istituti *lato sensu* riparativi via via innestatesi nel processo penale “ordinario” (fra tutti, la messa alla prova per adulti) possiedono caratteristiche che li rendono idonei a quel tipo di contesto e non ad altri.

Potremmo quindi sostenere l'opportunità (e l'utilità) della costruzione di *modelli differenziali di riparazione quale risposta al reato*.

⁵⁵ Sul punto v. anche *infra*, par. 5.

⁵⁶ G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa*, cit., 222 ss.

⁵⁷ In via del tutto sommaria possiamo individuare tre macro-modelli: la mediazione autore-vittima; i *restorative circles* (cd. «dialogo riparativo»); i *family group conferencing*. Il primo è un modello duale che vede a confronto direttamente vittima e autore – nel dialogo con un mediatore, con l'obiettivo di giungere a una interpretazione condivisa del conflitto; gli altri due sono strumenti collettivi, che coinvolgono di norma più di due soggetti (nel caso dei *family group*, ad esempio, si includono i familiari della vittima) e si svolgono secondo la logica dei *circles* (modalità di soluzione dei conflitti tipica delle *native communities* canadesi e nordamericane, basata sul dialogo tra gli appartenenti alla comunità che, seduti in cerchio, si confrontano tra loro senza gerarchie o triangolazioni: in argomento si veda M.S. Umbreit, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey Bass, San Francisco 2001, 302); per un'analisi approfondita di ciascun modello e dei sotto-modelli ipotizzabili rinvia G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa*, cit., *passim*.

⁵⁸ Come del resto avviene nel circuito penale in senso stretto, ove l'ordinamento ha pensato a diverse tipologie di “pena” comminabili. Per una riflessione alla luce della “ristrutturazione” offerta dalla riforma Cartabia, si veda G. De Vero, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20.2.2023.

⁵⁹ N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino 2014, 18.

La costruzione di tali modelli è questione altamente tecnica⁶⁰ e investe naturalmente entrambi i profili (sostanziale e processuale) del circuito penale⁶¹. Appurato che la riparazione possa costituire adeguato strumento di risposta al reato, dal punto di vista del diritto sostanziale, occorre comprendere che tipo di incidenza un evento riparativo possa avere *sul* reato.

Deve premettersi che, in questa fase, siamo già entrati nella sfera di dominio del diritto penale: non si parla più di giustizia riparativa in quanto strumento di composizione di un conflitto (sia esso dato dall'essersi verificato un fatto di reato o meno), ma di strumenti di giustizia riparativa che si affacciano alle valutazioni del giure penale. Un fatto astrattamente qualificabile come reato, quindi, si è verificato e un giudice è stato chiamato (o lo sarà presto) al suo accertamento.

Fatta questa premessa, astrattamente si possono immaginare almeno tre vie di incidenza dell'evento riparativo sul fatto di reato: 1) non punibilità; 2) attenuazione della responsabilità; 3) elemento commisurativo della pena ai sensi dell'art. 133 Cp⁶². Esse, piuttosto che autoescludersi tra loro, possono più efficacemente essere concepite come progressione di risposta all'offesa.

La strada della non punibilità è sorretta dai principi di ragionevolezza e proporzionalità della risposta sanzionatoria. Avremmo quindi la costruzione di "fattispecie a sanzione positiva" in cui l'effetto della mancata applicazione della pena discenderebbe dal verificarsi di un fatto tipizzato nella norma come, ad esempio, l'aver compiuto un percorso di riparazione e l'aver, quindi, risolto il conflitto derivante dal reato in un luogo diverso dal processo penale⁶³.

⁶⁰ Come ricorda Francesco Palazzo, la relazione che si instaura tra giustizia penale e giustizia riparativa è un tema che impegna la comunità scientifica in una riflessione tecnico-giuridica sui possibili punti di incontro/scontro: F. Palazzo, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa*, cit., 67 ss.; Id., *Sanzione e riparazione*, cit., 349 ss.

⁶¹ R. Bartoli, *Una breve introduzione*, cit., 11-12.

⁶² Ve ne è un'altra che assume rilevanza nel contesto dell'esecuzione della pena, che qui accenniamo soltanto: i percorsi riparativi possono assumere rilievo nell'ambito di un più ampio programma di trattamento ai sensi dell'art. 1 Op.

⁶³ Questo modello pone il problema della eventuale sclerotizzazione del meccanismo nella sua applicazione pratica, con perdita di garanzie per l'imputato: in pratica, il presunto autore di reato si troverebbe ad "ammettere" la propria penale responsabilità in un luogo non garantito al pari del processo penale, consegnando così la propria colpevolezza al giudice. Il problema, però, è soltanto virtuale. La categoria della non punibilità ha come presupposto logico la rinuncia del legislatore a perseguire penalmente taluno (D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino 2019, 306-307), talché, a fronte dell'inattualità della meritevolezza di pena per quell'offesa, non ha senso immaginare un'ammissione di responsabilità penale per un fatto che il legislatore ha valutato come non (più) penalmente perseguibile. Va rilevato altresì che le mere cause di non punibilità discendenti dalla necessità di non punire un fatto di reato per ragioni inerenti alla stessa tutela del bene offeso

L'evento riparativo (non conseguito) può altresì assumere rilevanza attenuante, almeno nei casi in cui la mancata riuscita di tale percorso o l'impossibilità di condurlo/portarlo a termine non siano ascrivibili alla volontà dell'autore.

Da ultimo, l'eventualità di una condotta volta a riparare l'offesa può funzionare come autentico strumento perequativo, che può orientare il giudizio commisurativo *in melius*, tenendo in considerazione il comportamento (positivo) tenuto dal reo *post delictum*.

Le questioni che attengono al momento in cui si verifica l'evento riparativo comportano specifiche conseguenze di natura processualistica, e da questa prospettiva richiederebbero opportuna meditazione.

Ciò che deve tenersi a mente, però, è che i modelli sono differenziali proprio perché possono innestarsi in ogni fase e grado del procedimento (non solo del processo) penale. È perciò opportuno che se ne preveda una operatività differenziata e concreta a seconda del momento in cui l'evento riparativo ha luogo⁶⁴. Ciò implica altresì che i diversi attori della giustizia penale (avvocati, magistrati, operatori penitenziari) si facciano seriamente carico di promuovere i percorsi di giustizia riparativa, senza retorica ma anche senza pregiudizi, ciascuno nella propria sede.

4. In attuazione delle direttive fissate dall'art. 1 co. 18 della legge delega 27.9.2021 n. 134, il d.lgs. 10.10.2022 n. 150 ha introdotto una disciplina definita «organica» della giustizia riparativa, sancendo il suo ingresso ufficiale nell'ordinamento giuridico italiano⁶⁵.

da quel fatto di reato hanno una funzione residuale (*ibid.*, 335) che interviene a esito dell'accertamento dell'esistenza di un fatto di reato. Nessuna ammissione indebita, dunque: sarà eventualmente il processo a condurre verso un proscioglimento per ragioni diverse dalla non punibilità. A conferma di quanto detto, si rileva che, d'altronde, la medesima preoccupazione dovrebbe aversi anche, ad esempio, nei casi di non punibilità per particolare tenuità del fatto. In effetti, nello schema concettuale della riparazione ci sembra possa ravvisarsi la medesima logica sottesa all'art. 131-bis Cp: si tratta pur sempre di muoversi nell'ambito di un giudizio latamente commisurativo, che attiene alla meritevolezza, giustizia, utilità della conseguenza autenticamente penale a fronte di un determinato accadimento di segno positivo che ha neutralizzato la valenza (rieducativa, specialpreventiva) del precetto per quel dato soggetto a fronte di quello specifico fatto; per ulteriori rilievi sull'interferenza tra le due sfere, con particolare riguardo al modello di diritto positivo adottato dalla Riforma Cartabia, si veda *infra*, par. 4.

⁶⁴ Il momento in cui l'evento riparativo interviene può condizionare le conseguenze sul reato. Si possono distinguere almeno tre momenti in cui esso può dar luogo a esiti diversi dal punto di vista procedimentale/processuale: (I) fase antecedente alla chiusura delle indagini; (II) fase di giudizio; (III) fase *post iudicium*.

⁶⁵ L'elaborazione è stata affidata al sapiente coordinamento di Adolfo Ceretti, massimo esperto della materia, con il Decreto del Ministro della Giustizia del 28 ottobre 2021 – *Costituzione presso l'Ufficio Legislativo di cinque*

All'interno della nuova architettura, possiamo distinguere in particolare:

a) norme procedurali, volte a disciplinare gli istituti, i principi e gli obiettivi, nonché i programmi e le garanzie interne alla giustizia riparativa: capi I-III del titolo IV del decreto;

b) norme organizzative, dirette a regolare la formazione dei mediatori esperti e i servizi per la giustizia riparativa: capi IV e V del titolo IV del decreto.

Rinviamo ad altri Autori per una più analitica disamina dei singoli articoli⁶⁶, qui interessa mettere in luce quelle disposizioni che consentono di cogliere i tratti essenziali del modello che la Riforma sembrerebbe accogliere.

Da questo punto di vista, è interessante soffermarsi anzitutto sulle definizioni (art. 42).

Partiamo dai soggetti destinatari delle prescrizioni. I protagonisti della giustizia riparativa in chiave Cartabia sono (soprattutto) la «vittima del reato» e la «persona indicata come autore dell'offesa». La prima è descritta come la «persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non patrimoniale» o anche «il familiare della persona fisica la cui morte è stata causata dal reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona». Dalla rappresentazione offerta si comprende come il riferimento al “reato” non abbia che carattere puramente

gruppi di lavoro per l'elaborazione di schemi di decreto legislativo: un primo, per l'elaborazione di modifiche normative in materia di indagini preliminari, di udienza preliminare e di controllo giurisdizionale della legittimità della perquisizione; un secondo, di modifiche normative in materia di giudizio di primo grado, processo in assenza e notificazioni; un terzo, di modifiche normative in materia di procedimenti speciali, impugnazioni, amministrazione dei beni in sequestro ed esecuzione della confisca, diritto all'oblio degli indagati e degli imputati e deindicizzazione in caso di archiviazione, non luogo a procedere o assoluzione; un quarto, di modifiche al sistema sanzionatorio penale; un quinto, recante la disciplina organica della giustizia riparativa, disponibile in www.giustizia.it. Tra i molti contributi dello Studioso sul tema si vedano A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, Milano 2000, 1 ss.; M. Cartabia, A. Ceretti, *Un'altra storia inizia qui*, Firenze-Milano 2020.

⁶⁶ Oltre a M. Gialuz, *op. cit.*, § 4, si vedano almeno M. Bouchard, *Commento al Titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa*, in www.questionegiustizia.it, 7.2.2023; G. De Francesco, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, www.lalegislazionepenale.eu, 2.2.2023; A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella “riforma Cartabia”*, in www.lalegislazionepenale.eu, 28.11.2022; M. Iannuzziello, *La disciplina organica della giustizia riparativa e l'esito riparativo come circostanza attenuante comune*, *ivi*; D. Guidi, *Profili processuali della giustizia riparativa*, in www.discrimen.it, 16.11.2022; A. Presutti, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in www.sistemapenale.it, 14.11.2022; M. Bortolato, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in www.questionegiustizia.it, 10.9.2022, F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte i. «disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale*, in www.sistemapenale.it, 27.2.2023.

descrittivo⁶⁷: la vittima *del* reato, infatti, non coincide necessariamente con la persona offesa in senso processualistico (né tantomeno con la parte civile o con il danneggiato dal reato), ma riguarda in maniera aspecifica chiunque subisca un danno diretto derivante dal reato⁶⁸, indifferente la natura del danno stesso⁶⁹. Inoltre, ai programmi di giustizia riparativa può accedere anche la persona offesa di un reato diverso da quello per il quale si procede o per cui si avvia il programma (così espressamente l'art. 53 del decreto), in ossequio al meccanismo della *surrogate victim*⁷⁰. Si consente alla persona che ha subito un danno in conseguenza del verificarsi di *un* reato – ancorché diverso da *quel* reato per il quale sia iniziato il procedimento penale – di ricevere soddisfazione anche laddove l'autore rimanesse ignoto o il reato trovasse in giudizio diverso riconoscimento. Questa prescrizione non solo fortifica la vittima nella sua posizione altrimenti debole, ma conferma altresì l'indipendenza (concettuale ma anche) strutturale della giustizia riparativa rispetto alla giustizia penale su cui si innesta: a prescindere dalle sorti processuali del singolo reato⁷¹, si ritiene che la persona che abbia subito un danno da un comportamento astrattamente qualificabile come reato sia legittimata a ricevere cura e attenzione.

Il secondo dei protagonisti può essere «1) la persona indicata come tale dalla vittima, anche prima della proposizione della querela; 2) la persona sottoposta alle indagini; 3) l'imputato; 4) la persona sottoposta a misura di sicurezza personale; 5) la persona condannata con pronuncia irrevocabile; 6) la persona nei cui confronti è stata emessa 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». Un catalogo omnicomprensivo che

⁶⁷ Cfr. *supra*, par. 2.2.

⁶⁸ Questa nozione “ampia” ha naturalmente valenza soltanto nell'ambito dei programmi di giustizia riparativa in materia penale, in virtù dell'espresso vincolo di delega.

⁶⁹ Nella “Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150” si esplicita che la dizione volutamente ampia è stata pensata per ricomprendere «ogni possibile effetto dannoso del reato stesso», in linea con l'art. 1 co. 1 lett. a, alinea i e ii della Direttiva 2012/29/UE: cfr. *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, 532.

⁷⁰ Una “vittima surrogate” è generalmente definita come una persona che ha subito un danno effettivo, ma non dall'autore del reato che partecipa al programma riparativo: v. M. S. Umbreit, R. B. Coates, B. Vos, *Restorative justice dialogue: A multi-dimensional, evidence-based practice theory*, in *Contemporary Justice Review* 2007, 23-41; A. Saulnier, D. Sivasubramaniam, *Effects of victim presence and coercion in restorative justice: An experimental paradigm*, in *Law and Human Behavior* 2015, 378-387.

⁷¹ Esso, in corso di giudizio, potrebbe ad esempio essere riqualificato in altra fattispecie, senza che ne risulti mutata l'“offesa” sofferta dalla sua vittima e, perciò, il bisogno di quest'ultima di proseguire lungo il percorso conciliativo eventualmente intrapreso, evitando interruzioni e/o *restart*.

tenta di fotografare tutti gli stadi “tipici” del procedimento penale, in coerenza con le fasi di accesso ai programmi⁷². Anche in questo caso, le nozioni utilizzate hanno valenza puramente descrittiva: ci si riferisce alla persona che il procedimento penale chiama “imputato” o “persona sottoposta a misura di sicurezza personale”, senza pretesa di fondarne la responsabilità. Va rilevato che il termine “persona” deve essere inteso in senso ampio, rifuggendo ogni tentativo di antropomorfizzazione non presente nella Riforma: anzi, per espressa volontà del legislatore, la persona indicata come autore dell’offesa può essere tanto una persona fisica, quanto un ente con o senza personalità giuridica⁷³; circostanza che, del resto, trova conferma nella clausola di estensione all’ente delle disposizioni processuali relative all’imputato, in quanto compatibili, contenuta nell’art. 35 del d.lgs. 8.6.2001 n. 231.

Particolare attenzione merita il n. 1): «la persona indicata come tale dalla vittima», addirittura «anche prima della proposizione della querela». Lungi dal consistere in una previsione stigmatizzante e accusatoria, essa costituisce la chiave di volta del sistema, utile perfino per superare talune (puntuali) perplessità in ordine al meccanismo concepito dalla Riforma.

È stato detto che uno dei punti deboli del modello introdotto con il d.lgs. 150/2022 è che l’esito riparativo non assuma alcuna rilevanza escludente la responsabilità penale, ma sia solo capace di attenuarla⁷⁴. In effetti, l’opportunità della non punibilità (salvo quanto si dirà tra breve), benché – come visto *supra* – idealmente praticabile, non sembra essere stata presa in considerazione dal legislatore delegato

⁷² L’art. 44 co. 2 d.lgs. 150/2022 prevede che «Ai programmi di cui al comma 1 si può accedere 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».

⁷³ Così esplicitamente *Relazione illustrativa*, cit., 533, dove si chiarisce inoltre che la stessa vocazione “organica” della disciplina introdotta impone di rendere fruibili i programmi di giustizia riparativa senza preclusioni di sorta, sia in relazione ai reati suscettibili di attivare i programmi che rispetto ai soggetti autori dei medesimi (nonché alle vittime, potendo anch’esse essere “collettive”, in accordo con la natura comunitaria della giustizia riparativa). L’opportunità di ricomprendere nel sistema riparativo anche le offese derivanti da crimini “collettivi” è, del resto, insindacabile: non solo perché il terreno della responsabilità derivante da reato commesso da/per un ente collettivo costituisce oggi lo scenario criminologico più diffuso; ma anche perché, con ogni evidenza, è proprio questo il luogo ideale in cui poter sperimentare forme di reazione al reato diverse dalla (e forse più efficaci della) pena. Il tema meriterebbe ben più approfondita analisi, volta soprattutto a indagare le migliori modalità di interazione tra i due microcosmi, nell’ottica di una tanto attesa “Riforma 231”; alcuni stimolanti spunti formulati prima dell’introduzione della disciplina organica della giustizia riparativa si trovano già in L. Ricci, A. Savarino, *Limiti e potenzialità della restorative justice nel sistema “231”*. *Spunti per una riflessione sulla scia della riforma Cartabia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 29.3.2022, spec. 12-16 e 22-27.

⁷⁴ F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 15-16.

(probabilmente costretto dai limiti della delega). Peraltro, si direbbe un controsenso nel contesto di una riforma che intende deflazionare il sistema penale.

Se si guarda alla Riforma nel suo complesso, però, è agevole notare come l'obiettivo della deflazione penale venga in realtà perseguito su più fronti, fra cui spicca l'incremento dei reati procedibili a querela di parte⁷⁵. L'accesso ai programmi di giustizia riparativa in fase pre-procedimentale, allora, richiede una lettura coordinata con il disposto di cui all'art. 162-ter Cp, divenendo una sorta di completamento della preesistente disciplina: da un lato, le condotte riparatorie effettivamente compiute sono suscettibili di rilevare ai sensi del predetto articolo, determinando la possibilità per il giudice di dichiarare il reato estinto anche in assenza di una remissione di querela espressa⁷⁶; dall'altro, il "mero" accesso al programma già in una fase embrionale del conflitto interrelazionale costituisce occasione per sanare lo stesso prima che esso diventi oggetto di un procedimento penale. L'opportunità di accesso a un programma di giustizia riparativa nei confronti della persona indicata dalla vittima come autore dell'offesa subita, anche quando la querela non sia stata (ancora) presentata, quindi, diventa opportunità per l'autore dell'offesa di non divenire mai indagato, imputato, condannato, e per l'ordinamento di non condurre estenuanti procedimenti che si risolvono in un proscioglimento per remissione di querela⁷⁷.

Venendo all'«esito riparativo», esso è definito come «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, 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, ispirata al concetto di *restorative outcome* sorto in seno alle Nazioni Unite⁷⁸, tenta di assegnare valore relazionale al contributo riparativo, chiarendo che esso può avere qualunque tipo di contenuto, purché sia riconosciuto come soddisfacente dai partecipanti al programma. Viene infatti resa

⁷⁵ A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova*, cit.

⁷⁶ Sempre che la riparazione sia avvenuta «entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado» (art 162-ter co. 1 Cp).

⁷⁷ Rimane il dubbio circa l'opportunità di prevedere un espresso coordinamento *ex lege* tra il mero accesso al programma da parte della persona indicata come autore dell'offesa e l'operatività della causa di estinzione del reato di cui all'art. 162-ter Cp. Si può però rilevare che la scelta legislativa appare forse più coerente con il mantenimento di un'autonomia di struttura e funzione tra i sistemi di giustizia penale e riparativa, posto che il reato ancora non si è manifestato nella sua "dimensione giuridica"; vi è solo una persona indicata come autore di un'offesa astrattamente suscettibile di costituire reato, ma la querela potrebbe non essere mai presentata dalla vittima e il procedimento per il suo accertamento, quindi, non venire mai a esistenza, ove la mediazione andasse immediatamente a buon fine.

⁷⁸ *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000).

esplicita la possibilità che l'esito riparativo sia "simbolico" e/o "materiale" (art. 56) e si ammette che questo sia "eventuale", cioè che possa anche non aversi, senza che ciò possa produrre effetti pregiudizievoli in capo alla persona indicata come autore dell'offesa (art. 58 co. 2).

Il d.lgs. 150/2022 fornisce altresì una descrizione del concetto «giustizia riparativa» valevole ai fini della sua applicazione, dissipando così il dubbio definitorio che da sempre affligge la materia: in questo ambito, si intende «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore». L'enunciato è coerente con i principi che sorreggono la giustizia riparativa, quali volontarietà, partecipazione attiva, impegno per la risoluzione concordata del conflitto.

Nell'ambito dei doveri e delle garanzie dei mediatori e dei partecipanti, si inserisce la prescrizione relativa all'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso dei programmi nel procedimento penale e nella fase dell'esecuzione della pena (art. 51). Essa ha l'evidente intento di tutelare tanto la posizione della persona indicata come autore dell'offesa che dovesse trovarsi ad affrontare un procedimento penale per quegli stessi fatti, scongiurando effetti pregiudizievoli derivanti dalla sua partecipazione a un programma di giustizia riparativa; quanto le stesse genuinità e attendibilità delle dichiarazioni rese in quella sede, proprio perché non vi è ragione di temere che queste possano essere strumentalizzate altrove⁷⁹.

Questo divieto, però, non implica che non vi sia alcuna possibilità di trasmigrazione dei contenuti e degli esiti del programma nel procedimento penale: si prevede, al contrario, che l'esito dei programmi di giustizia riparativa venga comunicato all'autorità giudiziaria tramite apposita relazione (art. 57) e che questo possa essere valutato «anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale» (art. 58 co. 1). L'esito riparativo positivo, per questa via, diviene indice di commisurazione della pena, valutabile dal giudice nell'ambito della discrezionalità dosimetrica prevista dall'art. 133

⁷⁹ Espressamente nella *Relazione illustrativa*, cit., 546: «Ci si è posti il duplice intento di tutelare in sede processuale sia l'attendibilità dell'accertamento dei fatti che la posizione dell'imputato, escludendo ripercussioni sfavorevoli legate alla partecipazione di costui al programma di giustizia riparativa. In tal modo si è inteso anche rafforzare ulteriormente la portata della riservatezza (§ 17 della Raccomandazione 2018/8).

La prescrizione di inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel contesto riparativo struttura un divieto legale di impiego probatorio che si ripercuoterà sulla decisione, sulla validità della motivazione, e sarà censurabile in sede di impugnazione».

Cp. Esso, in particolare, potrà orientare verso un giudizio sanzionatorio *in melius*, naturalmente concorrendo con gli altri criteri previsti dal predetto articolo.

Si tratta di una previsione tanto feconda quanto incerta. Infatti, da una parte, è chiara l'opportunità che il giudice penale venga a conoscenza del percorso riparativo eventualmente seguito dall'imputato e dei suoi sviluppi⁸⁰, onde valorizzarne gli esiti positivi; dall'altra, permane il dubbio che – a dispetto del divieto di cui all'art. 58 co. 2⁸¹ – il contenuto della relazione del mediatore finisca per incidere negativamente sull'autore del reato, condizionando in qualche misura la decisione giudiziaria⁸².

Accanto alla «disciplina organica», il riferimento alla giustizia riparativa è valorizzato anche all'interno dei codici penale e di procedura penale. In questa sede ci si soffermerà particolarmente sulle modifiche apportate al codice penale in questa materia⁸³.

Prima fra tutte, spicca la modifica dell'art. 62 in tema di circostanze attenuanti comuni. Fra le vicende che potevano ammettere una diminuzione di pena secondo il meccanismo delle generiche⁸⁴, il n. 6 collegava la diminuzione di pena al risarcimento del danno e alle restituzioni, ovvero all'attenuazione o elisione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Questo strumento è da sempre stato letto come uno dei meccanismi presenti nel nostro ordinamento positivo che rispondono a vario titolo alle logiche del pentimento⁸⁵. A esso vengono di norma accostati altri casi di

⁸⁰ È in effetti questo l'unico mezzo attraverso il quale il giudice prende cognizione di ciò che è avvenuto nello spazio riparativo, stante l'inutilizzabilità nel procedimento penale (e nella fase esecutiva) delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso del programma (art. 51), salvi i contenuti della relazione e la possibilità di rendere pubbliche queste informazioni, previo consenso, una volta che il programma si sia concluso e che il procedimento penale sia stato definito con provvedimento irrevocabile (art. 50 co. 3).

⁸¹ Vi è un espresso divieto di valutazione *in malam partem* della mancata effettuazione del programma, della sua interruzione o del mancato raggiungimento di un esito riparativo (art. 58 co. 2 d.lgs. 150/2022).

⁸² Forse anche per mitigare questo rischio, nella *Relazione illustrativa*, cit., 554 si specifica che la relazione del mediatore deve contenere soltanto le linee essenziali dell'accordo di riparazione e del tipo di attività svolte, senza nulla dire circa il contenuto del dialogo che si è svolto tra le parti. Ulteriori elementi potranno essere forniti solo su richiesta dei partecipanti e con il loro consenso (art. 57 co. 1 ultimo periodo d.lgs. 150/2022). Non è tuttavia da escludersi che, a seconda delle modalità con cui il mediatore redigerà la relazione in concreto, informazioni in qualche misura "auto-indizianti" possano confluire nel fascicolo dibattimentale: affronta il tema in chiave critica D. Guidi, *op. cit.*, 118-121. In proposito e in vista della formazione capillare che dovrà essere effettuata, potrebbe rivelarsi utile la predisposizione di un modello di "relazione del mediatore", atta a fornire un indirizzo univoco circa i contenuti della stessa.

⁸³ Per le modifiche di carattere processuale vedi invece M. Gialuz, *op. cit.*, 12 ss.

⁸⁴ In argomento, per un recente affresco ricostruttivo cfr. I. Merenda, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino 2022.

⁸⁵ M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale*, in *Sudi in onore di Franco Coppi*, II, a cura di D. Brunelli, Torino 2011, 889 ss.

attenuazione del trattamento sanzionatorio a fronte di comportamenti definiti come reintegrativi/riparatori, come l'art. 13-bis d.lgs. 10.3.2000 n. 74, che introduce una diminuzione di pena fino alla metà in materia di debito tributario; le previsioni nell'ambito della tutela ambientale, vale a dire la "riparazione integrale del danno" in tema di inquinamento idrico (art. 140 d.lgs. 3.4.2006 n. 152) e la circostanza di cui all'art. 452-*decies* Cp, che qualifica come ravvedimento operoso il comportamento di chi «si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi».

A dispetto della dizione utilizzata, però, questi strumenti non rispondono a una logica realmente riparativa⁸⁶; essi, piuttosto, sono volti a «"neutralizzare" l'offesa cagionata con il reato, in modo da favorire la reintegrazione del diritto leso»⁸⁷.

Il nuovo art. 62 n. 6 Cp aggiunge all'esistente, in termini di presupposti per la diminuzione, «l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo». Naturalmente laddove vi siano impegni assunti all'esito del percorso riparativo, che comportano un *facere* per la persona indicata come autore dell'offesa, la circostanza è valutata positivamente solo quando gli impegni siano stati rispettati (art. 62 n. 6 ultimo periodo Cp): il che si spiega con la volontà di rendere effettivi i percorsi di giustizia riparativa, onde evitare che essi diventino una scorciatoia processuale per ottenere uno sconto di pena.

Altra disposizione del codice penale in cui viene ora espressamente introdotto il sintagma "giustizia riparativa" è l'art. 152 relativo alla remissione di querela. Si amplia la platea delle ipotesi di remissione tacita, ove «il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo»; e, anche in questo caso, «quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati». La previsione si iscrive correttamente nell'ambito dei comportamenti extraprocessuali incompatibili con la volontà di persistere nella querela a norma dell'art. 152 co. 2 ultimo periodo Cp: infatti, il raggiungimento di un esito riparativo nei

⁸⁶ Ciò non vuol dire, però, che non possano essere utilizzati a tale scopo, ma solo che il legislatore non li ha pensati per questa ragione.

⁸⁷ I. Merenda, *op. cit.*, 187; l'Autrice richiama la tematizzazione messa a fuoco in dottrina delle fattispecie "premierali", finalizzate alla protezione dello stesso interesse tutelato tramite la norma incriminatrice violata: v. T. Padovani, *La soave inquisizione*, in *RIDPP* 1981, 534; Id., «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in *La legislazione premiale. Convegno in onore di Pietro Nuvoletto*, Milano 1987, 47.

termini sopra espressi – in quanto frutto di un processo volontario e relazionale, ed esso stesso concertato – implica di necessità il soddisfacimento della parte lesa, che ha per questa via rinunciato alla punizione del colpevole. Sicché, nei casi in cui il legislatore considera la querela rimettibile, valutando la pertinenza dell'interesse privato esclusiva o quantomeno prevalente, non può che interpretare tale comportamento come una rinuncia tacita all'accertamento e alla punizione per la lesione subita. Del resto, queste considerazioni sono coerenti con la giurisprudenza di legittimità, secondo cui integra remissione tacita di querela la mancata comparizione all'udienza dibattimentale del querelante, previamente avvertito dal giudice di pace che l'eventuale assenza sarà interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela⁸⁸.

Vi è poi l'art. 163 Cp, ove si aggiunge un'ipotesi di sospensione condizionale della pena nell'eventualità in cui il colpevole abbia partecipato a un programma di giustizia riparativa conclusosi con esito riparativo. È interessante notare come questa sia inserita accanto all'ipotesi già esistente di sospensione condizionale, ove l'imputato «si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato da lui eliminabili»: ciò conferma l'intenzione di costruire la nuova disciplina riparativa come qualcosa che diverge dalle già esistenti «condotte riparatorie»⁸⁹ e chiarisce, nel merito, che l'esito riparativo raggiunto può (*rectius*, deve) avere natura altra rispetto alla sola eliminazione o attenuazione del danno causato. Naturalmente, in accordo con la disciplina generale della sospensione condizionale della pena, essa si avrà soltanto qualora la pena inflitta non sia superiore a un anno e non sia stata ancora pronunciata la sentenza di primo grado, nei limiti previsti dall'art. 164 Cp.

Vale la pena da ultimo fare cenno a un'ulteriore modifica, destinata ad avere rilevanza indiretta nell'ambito applicativo degli strumenti di giustizia riparativa. Il novellato art. 131-bis Cp prevede oggi che la «modalità della condotta» e l'«esiguità del danno o del pericolo» siano valutate ai sensi dell'art. 133 co. 1 Cp «anche in considerazione della condotta susseguente al reato». L'adesione e il compimento di un programma di giustizia riparativa, in questo modo (cioè in quanto condotta tipicamente susseguente), divengono criteri utili per orientare il giudice verso la declaratoria di non punibilità: a patto, però, che l'offesa sia giudicabile tenue. Questa

⁸⁸ Cass. S.U. 21.7.2016 n. 31668, espressamente richiamata nella *Relazione illustrativa*, cit., 574.

⁸⁹ Così la *Relazione illustrativa*, cit., 575 qualifica la pre-esistente ipotesi di sospensione condizionale.

previsione non ha soltanto il pregio di valorizzare l'esito riparativo positivo ai fini dell'esclusione della responsabilità penale anche per i reati procedibili d'ufficio⁹⁰, ma altresì rafforza la risposta riparativa quale possibile risposta al reato (anche potenzialmente l'unica, a talune condizioni) nelle sue fondamenta epistemologiche. Infatti, in mancanza di questo inciso, nessun esito riparativo avrebbe mai potuto condurre alla non punibilità, se non per effetto della remissione di querela (o della sua mancata presentazione). Al contrario, la previsione di una non punibilità esplicitamente legata al *post delictum*, proprio perché inserita nel contesto di un giudizio di equità⁹¹, apre le porte per una lettura degli strumenti riparativi come indispensabile tassello per una risposta al reato espressa in termini di progressione di proporzionalità.

Volendo sintetizzare, dunque, il modello di giustizia riparativa reso diritto positivo dalla Riforma Cartabia attua uno schema duale di incidenza dell'evento riparativo sul reato, in cui il primo ha il ruolo di elemento graduante la responsabilità penale, ma non escludente⁹². La strada della non punibilità, infatti, non è al momento percorsa dal legislatore, se non in via indiretta (remissione di querela tacita) o mediata (131-bis Cp).

Tale modello potrebbe allora essere definito "dialogico" e "complementare" rispetto alla giustizia penale. Dialogico poiché crea un ponte comunicativo con il sistema penale: non solo con il processo o con il procedimento, ma con il sistema nel suo complesso. La giustizia riparativa – pur rimanendo altro rispetto al penale – è espressamente chiamata a intervenire quale strumento di gestione del conflitto penale (cioè derivante dall'essersi verificato un fatto qualificabile come reato), in tutte le fasi del conflitto medesimo: prima (fase pre-processuale/procedimentale) durante (processo penale) e dopo (fase esecutiva della pena).

⁹⁰ F. Parisi, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 9.

⁹¹ Per una lettura in questi termini dell'art. 131-bis Cp si veda D. Brunelli, *Il diritto penale*, cit., 346 ss.; Id., *Dall'equità commisurativa all'equità nell'esenzione da pena*, in *Studi in onore di Dolcini*, Milano 2018, 247 ss.; Id., *Le modifiche alla non punibilità*, cit. Dello stesso avviso anche V. Bove, *Particolare tenuità del fatto*, Milano 2019, 31.

⁹² A cui si aggiungono le "opportunità" offerte dall'operatività dell'art. 168-bis Cp anche nelle ipotesi di reati procedibili a querela e, in fase esecutiva, dalla valorizzazione dell'esito riparativo ai fini dell'«assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione [...], nonché della liberazione condizionale» (art. 15-bis co. 2 Op, come modificato dall'art. 78 d.lgs. 150/2022); e, per gli autori minorenni, «ai fini dell'adozione delle misure penali di comunità, delle altre misure alternative e della liberazione condizionale» (art. 1-bis d.lgs. 2 ottobre 2018 n. 121, come modificato dall'art. 84 d.lgs. 150/2022). Opportunità che – va detto – erano già accessibili ante Riforma, pur essendo state da quest'ultima messe a sistema.

È complementare, poi, perché – letteralmente – funge da opportuno completamento della moderna giustizia penale, per il quale la pena non è più la sola risposta pensabile al reato.

Esso non è ancora un modello “alternativo”: se lo diventerà e, soprattutto, se questa aspirazione debba essere condivisa, potremo dirlo soltanto dopo un fisiologico periodo di assestamento, nel quale ciascuno degli attori della giustizia penale sarà chiamato a fare la propria parte, spogliandosi delle sue classiche vesti (o toghe!) e indossando abiti moderni⁹³.

5. Giunti sin qui, si possono abbozzare alcune provvisorie conclusioni sulla opportunità di pensare alla giustizia riparativa come possibile risposta all’illecito penale. Essa, come è evidente, non può e non deve sostituirsi alla risposta penale, ma con quest’ultima è destinata a convivere in un quadro funzionale ed efficiente di gestione del conflitto sociale.

La sua valorizzazione, d’altronde, è strumento per promuovere un utilizzo virtuoso della stessa giustizia penale. Quest’ultima, come è noto, ha il ruolo di garantire la tutela laica di beni individuali e collettivi, secondo un meccanismo di incremento progressivo della “forza” utilizzabile per tale medesima tutela⁹⁴. Sicché, non solo il ricorso al diritto penale come mezzo di protezione è legittimamente derogabile, ma può addirittura risultare conveniente rinunciare ove il suo utilizzo risulti complessivamente “inefficiente” rispetto alle finalità di tutela prefissate. In effetti, l’efficienza del sistema penale nella sua interezza è preconditione per garantire una reale protezione dei diritti di ciascuno⁹⁵.

⁹³ Ancor prima del mutamento prospettico, va da sé, vi è la capacità istituzionale di rendere operative le parole della Riforma, in termini di risorse finanziarie indispensabili per dare vita ai luoghi e alle persone che sono parte integrante della «disciplina organica»: i capi IV e V del titolo IV del d.lgs. 150/2022 contengono infatti norme volte a regolare la formazione dei mediatori esperti e la creazione dei servizi per la giustizia riparativa.

⁹⁴ M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *IP* 2003, 389 ss.; G. Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano 1991, 167 ss.

⁹⁵ È appena il caso di precisare che, fuor di retorica, l’efficienza processuale è – come avviene in ogni settore del diritto – sintomo di un più generale “buon andamento” del servizio che lo Stato offre al cittadino, e che in molti casi essa è presupposto irrinunciabile per l’esercizio del diritto del singolo o per la tutela di un suo interesse. Il termine, dunque, non deve necessariamente insospettire, salvo che l’efficienza in quanto tale non vada a discapito dei diritti o del diritto. Per la valorizzazione dei profili “efficientistici” della giustizia riparativa, in particolare, si vedano A. Caviola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2000, 244 ss.; F. Giunta, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano 2006, 345; E. Mattevi, *op. cit.*, 75; M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L’inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 1-16.

Qui interessa, in particolare, una precisa accezione del concetto di efficienza di un sistema. Da un lato, si considera il sistema efficiente se capace di raggiungere gli obiettivi posti a suo fondamento e, quindi, se *efficace*⁹⁶; dall'altro, si tiene mente al tempo e alle risorse impiegate, che devono essere *funzionali e proporzionali* al raggiungimento degli stessi: quest'ultimo passaggio avvicina l'efficienza a un'idea di razionalità intrinseca del sistema. Costruire la risposta al reato partendo da questa base permette di "ristrutturare" il sistema punitivo sulle fondamenta di un diritto penale non tanto o non solo «minimo»⁹⁷, ma soprattutto *credibile*⁹⁸.

In questo modello di risposta all'illecito penale "flessibile", assumono rilievo significativo gli strumenti di deflazione della pena in generale e della pena detentiva per eccellenza – vale a dire il carcere – in particolare, quando essi si rivelino maggiormente adeguati a conseguire gli scopi posti a fondamento del sistema.

Si fa riferimento, in genere, a tutti quegli istituti o espedienti giuridici che possono consentire al legislatore prima e al giudice dopo di rinunciare alla risposta penale a fronte di una data offesa. Essi sono appunto concepiti per legittimare la rinuncia alla risposta penale laddove quest'ultima si riveli più efficace (per gli obiettivi di tutela) in termini di ragionevolezza, opportunità e adeguatezza.

Volendo schematizzare, la rinuncia alla risposta penale può dirsi ragionevole ove:

(I) la tutela del bene protetto possa aversi in via più immediata ed efficace secondo strategie extra-penali;

(II) il sacrificio richiesto dalla sanzione penale è grandemente sproporzionato rispetto all'offesa cagionabile.

Essa può altresì risultare opportuna a fronte di situazioni in cui:

(I) il bene protetto abbia carattere strettamente individuale;

(II) l'offesa al bene giuridico abbia di per sé natura temporanea e non irreparabile;

(III) il disvalore espresso dal reato sia concentrato soprattutto nell'evento dannoso.

Il profilo dell'adeguatezza merita invece un vaglio casistico e puntellare, teso a valutare le conseguenze giuridiche e di sistema di una o dell'altra strada. Non è affatto detto che la rinuncia alla risposta penale sia sempre positiva, ad esempio rispetto alla perdita delle garanzie che il sistema penale offre.

⁹⁶ Secondo il modello offerto dalla Raccomandazione 2010/12 del Comitato dei Ministri agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità, adottata il 17.12.2010.

⁹⁷ Secondo il noto paradigma espresso da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁹, Roma-Bari 2008, 325 s.

⁹⁸ Un modello che ricorda il «diritto penale "mite ma effettivo"» pensato per il sistema della giustizia (penale) di pace: v. E. Mattevi, *op. cit.*, 276 ss.

Come è noto, la questione assume rilievo tanto sotto il profilo “sostanziale”, quanto sotto quello “procedurale”. Se il primo aspetto, al netto delle insidie nascoste nelle dinamiche depenalizzanti⁹⁹, può oggi essere monitorato grazie al sistema “integrato” di diritto penale europeo, che consente di estendere la copertura garantistica secondo un tendenziale *favor rei*¹⁰⁰, il secondo, viceversa, sembrerebbe mostrare ancora più di un tallone d’Achille. Sebbene il tema esuli dalle finalità di questa trattazione, può dirsi qui che l’aspetto più problematico parrebbe attenersi alla possibilità di gradazione delle garanzie processuali, allorquando ci si allontani dal “nucleo forte” della materia penale¹⁰¹.

È quindi evidente che una fuoriuscita dal penale merita un’attenta meditazione, tenuto conto delle problematiche a essa sottese. Può darsi il caso in cui rimanere nella cornice del diritto penale, elaborando strategie di depenalizzazione “in concreto”, risulti più vantaggioso per il mantenimento di un livello di garanzie ideale. Infatti, nell’alveo delle possibilità attuative di rinuncia alla risposta penale rientrano classicamente sia gli interventi di depenalizzazione “sostanziale” in astratto (*abolitio criminis*, trasformazione in illecito punitivo civile o amministrativo) che in concreto (istituti che intervengono sulla non punibilità o sulla rinuncia alla pena carceraria)¹⁰².

Ora, tra le circostanze che possono condurre a ritenere superata la meritevolezza di pena in concreto non possono ignorarsi – come è stato autorevolmente rilevato – quei «fatti significativi» in grado di attestare «l’avvenuta responsabilizzazione» dell’autore del reato «rispetto all’illecito del quale si discute»¹⁰³. Fra di essi trovano spazio le condotte che abbiano portato l’autore di un’offesa a un ravvedimento, quand’anche questo non abbia potuto ripristinare la situazione precedente al reato, poiché esse attestano l’avvenuta comprensione del disvalore della condotta compiuta. A questo

⁹⁹ In argomento si veda A. Gargani, *Depenalizzazione e “materia penale”. La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza*, in www.discrimen.it, 3.7.2019, spec. 3-5.

¹⁰⁰ Il riferimento è naturalmente alla nozione di “matière pénale” provvista dalla Corte europea dei diritti dell’uomo a partire dalla sentenza Engel: fra i molti, si possono vedere di recente L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 25 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 7 ss. e 75 ss.

¹⁰¹ A. Gargani, *Depenalizzazione e “materia penale”*, 8 ss.

¹⁰² I due tipi di depenalizzazione divergono per modalità esecutive: nel caso della depenalizzazione “in concreto”, «l’obbiettivo della sussidiarietà viene perseguito sul piano della non punibilità o della *extrema ratio* della pena detentiva in riferimento ad un illecito che rimane formalmente “penale”»; nell’ipotesi della depenalizzazione “in astratto”, si fa *ab origine* ricorso a tecniche di controllo sociale alternative al diritto penale: vedi A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.12.2018, 1.

¹⁰³ L. Eusebi, *op. cit.*, 23.

meccanismo sono improntati gli istituti dell'esecuzione penale in cui si valorizza l'adesione del condannato al cosiddetto "programma di trattamento" e, più in generale, in cui si assegna un contenuto di segno positivo alle azioni del reo¹⁰⁴. Così la risposta al reato diventa di segno positivo, non "sottrae" (libertà personale, dignità, risorse economiche) ma "aggiunge" (responsabilità, partecipazione, azioni concrete). La pena "di segno positivo", però, non è ancora un tipo di risposta al reato diversa dalla risposta penale¹⁰⁵. Essa rimane pena, e in quanto tale è afflittiva e imposta¹⁰⁶.

Non si può escludere, invece, che tanto chi subisce l'offesa quanto chi la realizza abbia un interesse ad attivarsi per offrire una propria risposta al conflitto. In altri termini, vi è un diritto di chi subisce l'offesa a poter accedere a una forma restitutoria – sia pure in via simbolica – realmente soddisfattiva (e non tale in virtù di un'equivalenza imposta dall'ordinamento); e per chi la realizza di trovare spazio per un proprio volontario e libero ravvedimento¹⁰⁷.

In tali casi, la riparazione può aprire un sentiero precluso alla pena. Essa ha una declinazione concreta ben precisa: vuol dire configurare un vero e proprio diritto umano alla risposta "partecipata" – o, come è stato detto, «agita»¹⁰⁸ –, cui lo Stato è chiamato a dare seguito, conferendo estrema serietà alla predisposizione di una cornice legislativa così delineata (e, di contro, a una sua mancata attuazione)¹⁰⁹. È così

¹⁰⁴ È il caso delle misure alternative, in special modo dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 Op) e della semilibertà (art. 48 co. 1. Op); dell'assegnazione al lavoro all'esterno (art. 21 Op); e degli altri benefici penitenziari.

¹⁰⁵ Di diverso parere M. Donini, *Pena agita e pena subita*, cit., 5 ss., il quale sembrerebbe immaginare una pena agita quale contenuto di una risposta riparativa al reato e autenticamente alternativa alla pena classica (subita).

¹⁰⁶ Sul concetto di "sanzione giuridica" e sulla tradizionale contrapposizione tra quella civile e quella penale, v. F. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo 1930, 157 ss.; N. Bobbio, *Sanzione*, in *NDI*, XVI, Torino 1969, 532-533, 534 s.; P. Nuvolone, *Pena (in generale)*, in *ED*, XXXII, 1982, 787 ss.

¹⁰⁷ *Contra*, tuttavia, G. Fiandaca, *Note su punizione*, cit., 8, secondo il quale «non è da escludere che la volontaria scelta di riparare possa anche essere frutto di un calcolo meramente opportunistico». Ad ogni modo, deve osservarsi che questa è una considerazione valida per ogni declinazione concreta della vicenda penale; ne è un esempio la remissione di querela: non è mistero, infatti, che nella pratica giudiziaria essa diventi uno strumento di "contrattazione" tra difese antagoniste, più che essere effettivo indice di una qualche perdita di interesse verso la lesione al bene subita. Questo, però, non sembra essere motivo sufficiente a stigmatizzare l'istituto nella sua dimensione teorica e, per così dire, di principio. D'altra parte, il diritto penale non si occupa di sanzionare i comportamenti interiori del reo – che rimangono affare per la sua coscienza –, ma di dare una risposta pubblicistica alle sue manifestazioni esteriori.

¹⁰⁸ L'autorevole Studioso ha in realtà parlato di «pena agita», sebbene secondo la prospettiva qui proposta la pena è sempre inflitta e la risposta "partecipata" non può dirsi pena, per quanto possa essere una reale alternativa alla comune risposta al reato, vale a dire, appunto, la pena. Per i rilievi circa la «pena agita» si veda M. Donini, *Pena agita e pena subita*, cit., *passim*.

¹⁰⁹ Naturalmente la stessa lettura umanitaria non va esente da rilievi critici, che ancora una volta rischiano di colorare di grigia retorica un tema al quale dovrebbe al contrario guardarsi con estremo realismo. Nella

che l'autore di reato diviene il primo soggetto responsabile della propria rieducazione, non più mero destinatario di una pena spesso incapace di assurgere al ruolo che le viene riservato dall'ordinamento¹¹⁰.

In questo senso, la riparazione si inserisce nel catalogo delle possibili risposte al reato quale esito effettivamente diverso dalla pena¹¹¹, utile a offrire un'alternativa "in concreto", quantomeno laddove quest'ultima si riveli incapace di garantire un disegno programmatico rispondente alle promesse esigenze di risocializzazione¹¹² (e, quindi, di pacificazione).

Questa specifica modalità di rinuncia alla pena ha il pregio di porsi nella dimensione umana di chi commette il reato e di chi lo subisce, abbandonando l'astrattezza teorica ed etero-imposta del male contro il male¹¹³. La sua eventuale distorsione – sulla quale sarà peraltro opportuno vigilare – non è un buon motivo per rinunciare a uno strumento di straordinaria civiltà giuridica qual è la *restorative justice*¹¹⁴.

consapevolezza che forse neppure questo sia "il migliore dei mondi possibili", la prospettiva qui suggerita mira alla valorizzazione dei profili più pratici e concreti della metodica dei diritti umani: vale a dire, la garanzia di azionabilità in sede giudiziale e la tutela contro gli abusi di potere che tale garanzia offre. Per una lettura critica dello *human rights approach*, specie con riferimento ai limiti degli strumenti giurisdizionali esistenti in Europa, cfr., per es., J. Gerards, *The Prism of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review* 2012, 173-202; *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, a cura di J. Gerards e E. Brems, 2017.

¹¹⁰ Secondo il magistrale insegnamento di Klaus Lüderssen, per il quale il paradigma rieducativo classico, sia pure calato nella dimensione "trattamentale" che caratterizza la fase esecutiva della pena, non rende quest'ultima meno retributiva: essa rimane fortemente eterodiretta, fortemente afflittiva e perlopiù ultronea rispetto ai reali bisogni di chi ha subito l'offesa. E infatti, solo nell'incontro tra chi ha subito l'offesa e chi l'ha realizzata può aversi autentica rieducazione: v. K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, Milano 2005, 31 ss., 50 ss.; sul punto si vedano le illuminanti riflessioni proposte da De Francesco: in più occasioni, lo Studioso si è soffermato sul rapporto tra riparazione e rieducazione, per primo tematizzando la risposta riparativa all'illecito penale come il precipitato di un diritto umano all'accesso a un dialogo tra offensore e vittima, ove la "rieducazione" del primo passa per la presa di coscienza delle ragioni del conflitto, per l'elaborazione attiva delle modalità per superarlo, giungendo, in definitiva, a divenire "bisogno" da questi percepito come tale: v. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo*, cit., spec. 18-20; Id., *Della pena e del punire*, cit., 7-10; Id., *Uno sguardo d'insieme*, cit., 8-10.

¹¹¹ Pur compendiando almeno alcune delle caratteristiche di questa: in particolare sulla funzione preventiva generale della giustizia riparativa si veda G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003, 352, 404-405.

¹¹² Rileva L. Eusebi, *op. cit.*, 24 come sia incongruente che «nel sistema giuridico odierno è possibile una risposta al reato di carattere totalmente programmatico-progettuale *dopo* la condanna, attraverso la richiamata misura alternativa dell'affidamento in prova (ove applicabile fin dall'inizio della fase esecutiva), oppure *prima* della condanna, attraverso la messa alla prova, ma non al *momento* della condanna: con la conseguenza, fra l'altro, che l'imputato il quale ritenga di poter essere assolto si trova dinnanzi al dilemma, quando potrebbe esse ammesso alla prova, tra l'effettuare la medesima e l'esporsi a una condanna di carattere, comunque, detentivo (a parte i rari casi dell'applicabilità di una pena soltanto pecuniaria)» (corsivo nel testo).

¹¹³ M. Donini, *Pena agita e pena subita*, cit., 6.

¹¹⁴ E infatti, «le possibilità di riparazione del torto, e i problemi di ragionevoli risposte al reato, si collocano dentro un quadro di problemi che riguardano innanzi tutto la riparazione della dimensione precettiva e del principio responsabilità»: D. Pulitanò, *Riparazione e lotta per il diritto*, in www.sistemapenale.it, 9.12.2023, 18.