



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Processuale Penale – Esecuzione Penale

La giustizia riparativa: il superamento del paradigma retributivo della pena alla luce della legge-delega n. 134/2021

Chiar.ma Prof.ssa Paola Balducci

RELATORE

Chiar.mo Prof. Mitja Gialuz

CORRELATORE

Matr. 150333

Alberto Grassi

Anno Accademico: 2021/2022

*A Tina,
per sempre l'essenza più pura,
la parte più bella di me.*

SOMMARIO

PREMESSA	1
-----------------	----------

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: GENESI NORMATIVA ED ANALISI DEL NUOVO MODELLO DI GIUSTIZIA	6
--	----------

1. Genesi storica ed evoluzione normativa	6
--	----------

1.1 Genesi del paradigma riparativo alla ricerca di un' <i>ontologia condivisa</i> di significato	6
---	---

1.2 La normativa internazionale: <i>focus</i> sulla Direttiva n. 2012/29/UE e sulla Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018)8	13
---	----

1.3 La giustizia riparativa nel sistema penale italiano: il quadro attuale	22
--	----

1.4 Verso una disciplina organica in materia di giustizia riparativa: dal <i>fallimento</i> della legge-delega n. 103/2017 al dibattito attuale in merito alla legge-delega n. 134/2021	31
---	----

2. Definizione di un concetto universale di giustizia riparativa: gli elementi essenziali	36
--	-----------

2.1 Principi di inclusione e di partecipazione	36
--	----

2.2 Il principio di equità	43
----------------------------	----

2.3 Il principio di interdipendenza delle parti	48
---	----

3. Gli attori del nuovo modello di giustizia	53
---	-----------

3.1 La vittima del reato: istanze di tutela e bisogno di giustizia	54
--	----

3.2 L'autore del reato: prospettive di rieducazione e responsabilizzazione	61
--	----

3.3 La comunità: verso il risanamento della <i>frattura sociale</i> derivante dalla commissione del reato	67
---	----

3.4 Il facilitatore: <i>collante</i> e <i>catalizzatore</i> del paradigma riparativo	72
--	----

CAPITOLO II

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELLA RIFORMA C.D. CARTABIA: VERSO UN PROGRESSIVO ABBANDONO DELL'IMPOSTAZIONE CARCEROCENTRICA ATTRAVERSO I CRITERI DIRETTIVI DELLA LEGGE-DELEGA N. 134/2021	77
--	-----------

1. Legittimazione soggettiva e garanzie procedurali del nuovo paradigma di giustizia	77
---	-----------

1.1 Il binomio <i>reo-vittima</i> : il complesso delle garanzie procedurali necessarie per la costruzione di programmi di giustizia riparativa equi, bilanciati e nell'interesse di entrambe le parti	79
---	----

1.2 La costruzione di programmi di giustizia riparativa compatibili con le garanzie del <i>giusto processo</i> : il delicato dubbio di legittimità costituzionale in relazione alla presunzione di non colpevolezza _____	92
1.3 L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale: una possibile causa di esclusione nelle procedure conciliatorie in fase <i>ante iudicium</i> ? _____	98
2. Le modalità esecutive dei programmi di giustizia riparativa _____	103
2.1 Il superamento dei limiti oggettivi all'esperibilità dei programmi di giustizia riparativa ____	104
2.2 I servizi di giustizia riparativa: organi competenti, procedure applicative e organizzazione interna _____	112
2.3 Le modalità di riconoscimento degli esiti <i>positivi</i> dei programmi di giustizia riparativa: quale valore giuridico? _____	121
3. Esperienze di giustizia riparativa in una prospettiva comparatistica _____	127
3.1 Luci ed ombre sulla giustizia riparativa in Francia: l'interessante prospettiva di una " <i>terza via procedimentale</i> " al binomio esercizio dell'azione penale – archiviazione <i>incondizionata</i> ____	128
3.2 Le pratiche di giustizia riparativa nell'ordinamento belga: l'interessante prospettiva di una " <i>restorative detention</i> " _____	133
3.3 Le pratiche di giustizia riparativa in Austria e Germania: il recepimento condizionato degli ideali riparativi entro istituti di <i>diversion</i> processuale _____	138

CAPITOLO III

L'EFFICIENTAMENTO DEL SISTEMA SANZIONATORIO E DELLA FASE ESECUTIVA DELLA PENA NELLA RIFORMA C.D. CARTABIA: IL SUPERAMENTO DELLA PENA DETENTIVA BREVE NELL'OTTICA DELL'INTRODUZIONE DI UNA PENA <i>PRESCRITTIVA</i> _____	143
1. L'efficientamento del sistema processuale attraverso la valorizzazione delle condotte riparatorie _____	143
1.1 L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: l'ampliamento dello spettro applicativo dell'art. 131- <i>bis</i> c.p. nel segno della valorizzazione delle condotte riparatorie realizzate <i>post factum</i> _____	143
1.2 La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato: la valorizzazione dell'istituto di <i>probation</i> in chiave riparativa _____	150
1.3 L'estinzione delle contravvenzioni per l'adempimento di condotte riparatorie: la proceduralizzazione di una deroga all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale? ____	160

2. Verso il superamento della pena detentiva <i>breve</i> nella legge delega alla riforma c.d. <i>Cartabia</i>	165
2.1 L'aggiornamento del catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva <i>breve</i>	165
2.2 Il nuovo limite temporale della pena detentiva <i>breve</i> : un cambio di paradigma nei rapporti fra giurisdizione di cognizione e giurisdizione di sorveglianza?	172
2.3 I criteri applicativi delle <i>nuove</i> pene sostitutive: lo <i>spettro</i> dell'operatività degli artt. 4- <i>bis</i> e 58- <i>quater</i> ord. penit. in relazione alla semilibertà e alla detenzione domiciliare in funzione di pene sostitutive	182
3. Verso la teorizzazione normativa di una pena <i>prescrittiva</i>?	187
3.1 La pena <i>prescrittiva</i> come leva per la “ <i>sussidiarizzazione del carcere</i> ”: verso la teorizzazione di una pena <i>personalizzata</i> ad alto contenuto rieducativo?	187
3.2 I contenuti normativi e le modalità applicative del nuovo paradigma di pena: possibili dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di determinatezza della pena?	192
3.3 La pena <i>prescrittiva</i> nei criteri direttivi della riforma c.d. <i>Cartabia</i> : un'occasione persa?	200
CONCLUSIONI	206
BIBLIOGRAFIA	210

PREMESSA

I programmi di *restorative justice* rappresentano un modello di giustizia in forte espansione nel panorama giuridico internazionale, il quale si prepone di offrire risposte risolutive delle conseguenze emergenti dalla commissione di un fatto qualificato come reato che – superando le logiche meramente repressive ovvero *sterilmente* rieducative sulle quali sono incentrati i sistemi processual-penalistici vigenti – si fondino su una dimensione *relazionale* fra i soggetti che, a vario titolo, causano o subiscono gli effetti negativi dell'illecito penale. Segnatamente, ai sensi degli atti normativi sovranazionali vigenti in materia, i *procedimenti* di giustizia riparativa sono definiti quali programmi nei quali la vittima, l'autore del reato e ogni altro soggetto o comunità interessati dalla commissione di un fatto di reato, partecipano attivamente – previo consenso a ciò volontariamente prestato – alla risoluzione delle conseguenze dannose emergenti dalla commissione di un fatto qualificato come reato, con l'ausilio di un soggetto terzo in qualità di “*facilitatore*”.

Considerata la notevole *fluidità* delle forme giuridiche nelle quali i programmi di giustizia riparativa si estrinsecano all'interno delle varie tradizioni giuridiche internazionali, il presente contributo intende prendere le mosse dalla ricerca di ciò che è stata definita come *un'ontologia condivisa di significato*¹, attraverso la quale si possano individuare, con sufficiente chiarezza, gli elementi – tanto di carattere giuridico, quanto sociale – da ritenersi fondamentali, imprescindibili e caratterizzanti il nuovo paradigma di giustizia. Nell'andare alla ricerca di un *minimo comun denominatore* che potesse assurgere a *nocciolo duro* della disciplina giuridica dei paradigmi di giustizia, si è ritenuto opportuno procedere all'analisi delle soluzioni normative attraverso le quali i nuovi paradigmi di giustizia hanno trovato implementazione tanto nel panorama giuridico internazionale, quanto parzialmente in quello domestico.

Affrontato il problema prettamente *definitorio* dei nuovi paradigmi di giustizia, è parso fruttuoso procedere ad una rapida – ma puntuale – analisi dello *stato dell'arte* dell'ordinamento giuridico domestico in punto di implementazione dei contenuti giuridici afferenti al paradigma della *restorative justice*: la trattazione ha posto in evidenza che, sebbene ci siano importanti istituti giuridici – tanto in fase procedimentale, quanto in fase esecutiva della pena – i quali si prestano ad essere *terreno fertile* per il recepimento dei paradigmi della giustizia riparativa, sono ancora molteplici gli ostacoli giuridici che si frappongono alla possibilità di addivenire ad un recepimento *incondizionato* delle nuove modalità risolutive delle conseguenze emergenti dalla commissione di un fatto di reato.

¹ P. BARROTTA, *La dialettica scientifica. Per un nuovo razionalismo critico*, UTET Università, Torino, 1998, p. 79.

Sul punto, il quadro di politica criminale sembra essere del tutto mutato a seguito dell'entrata in vigore della legge-delega n. 134/2021, introduttiva della riforma c.d. *Cartabia*, la quale presenta – fra i criteri direttivi – l'obiettivo di addivenire alla definizione di una “*disciplina organica*” della giustizia riparativa quanto a: nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie delle parti, legittimazione attiva, modalità di svolgimento e di valutazione degli esiti procedurali.

Ciò premesso, la ricerca di *un'ontologia condivisa di significato* è stata condotta su un piano maggiormente *dottrinario*, ricercando e analizzando quelli che potrebbero essere qualificati come i *principi cardine* – tuttora scarsamente valorizzati nelle dinamiche processual-penalistiche classiche – sui quali deve necessariamente fondarsi la costruzione di modelli alternativi di giustizia penale: inclusione, partecipazione, equità e interdipendenza delle parti. A conclusione della panoramica effettuata, è parso opportuno esaminare la posizione giuridica dei soggetti che, a vario titolo, prendono parte – necessariamente o in via eventuale – all'espletamento dei programmi di giustizia riparativa, analizzando gli aspetti che concorrono maggiormente a definire la legittimazione soggettiva e le modalità di partecipazione; fra queste, si annoverano:

- a. la vittima del reato, in relazione alla quale maggiore attenzione è stata posta sulle *istanze di giustizia* delle quali sono portatrici e sulle modalità per procedere ad un loro coinvolgimento attivo nella risoluzione delle conseguenze negative emergenti dal reato al fine di prevenire fenomeni di *vittimizzazione secondaria*;
- b. l'autore del reato, in relazione al quale è stata analizzata la condizione di *partecipazione responsabilizzante* che i programmi perseguono, in ottica di addivenire ad una risposta sanzionatoria che si discosti da una logica prettamente *repressiva* e *stigmatizzante* che si annida nel sistema processual-penalistico e sanzionatorio vigente;
- c. la comunità dei consociati, soggetto *eventuale* la cui presenza denota la *dimensione relazionale* dei suddetti programmi e la tensione verso una forma di risposta al reato che permetta di risanare la frattura sociale derivante dal reato;
- d. il facilitatore – ossia un soggetto terzo, imparziale, indipendente ed equiprossimo alle parti – la cui presenza necessaria funge da *catalizzatore* dello svolgimento dei programmi e da *garante* dell'equità dei procedimenti.

Nel secondo capitolo ha inizio una disamina approfondita dei criteri direttivi – definiti all'art. 1, co. 18 della legge-delega n. 134/2021 – i quali guidano l'opera del legislatore delegato nella predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa.

Per ragioni di ordine sistematico, la prima sezione del capitolo è dedicata all'analisi delle garanzie procedurali da riconoscersi nei confronti delle parti – con particolare riguardo alla delicata posizione dell'autore del reato – nella regolamentazione di un *nuovo* sistema

procedimentale, preposto all'accertamento del reato e delle responsabilità penali, che si ponga quale *parallelo* e funzionalmente *complementare* rispetto a quello vigente: sono state, pertanto, evidenziate le necessarie garanzie procedurali che devono essere oggetto di previsione, ad opera del legislatore delegato, affinché la disciplina possa risultare conforme tanto ai principi costituzionali in materia penale e processual-penalistica, quanto ai principi propri della procedura penale e della fase esecutiva della sanzione penale.

Posto il rapporto di *complementarità funzionale* sussistente fra il sistema processual-penalistico vigente e i *nuovi* modelli procedurali afferenti ai paradigmi riparativi, è parso opportuno offrire un'approfondita disamina delle frizioni che potrebbero sorgere in relazione ai principi che sanciscono l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale e la presunzione di non colpevolezza sino a sentenza definitiva di condanna, evidenziando le differenti implicazioni giuridiche che conseguono alla previsione di programmi a carattere riparativo in fase *ante iudicatum* ovvero *post iudicatum*.

La seconda sezione del suddetto capitolo effettua una disamina approfondita dei criteri e delle modalità d'accesso delle parti ai servizi di giustizia riparativa. Nel dettaglio, il lavoro analizza la decisa opzione di politica criminale di ridurre al minimo i limiti, di carattere oggettivo e soggettivo, ostativi alla partecipazione delle parti ai programmi di giustizia riparativa: tali programmi, infatti, devono essere resi accessibili indipendentemente dalla fattispecie di reato per cui si procede, dallo stato o grado del procedimento e trovare importante riconoscimento soprattutto in fase esecutiva della pena, in relazione alla quale è logico ritenere che esplicino i maggiori effetti positivi.

Ciò posto, la trattazione procede all'esame dei criteri direttivi forniti dalla legge-delega, di cui sopra, in merito all'organizzazione dei servizi e delle figure istituzionali che saranno tenuti ad erogare e condurre i programmi di giustizia riparativa ivi previsti e in relazione alle modalità secondo cui si dovrà procedere al recepimento e alla valorizzazione degli esiti – positivi o negativi – raggiunti attraverso dell'esperimento dei suddetti programmi entro le dinamiche procedurali vigenti.

In ultimo, data la complessità dell'operazione che il legislatore delegante è chiamato a compiere, è parso opportuno rivolgere lo sguardo – in una prospettiva comparatista – alle esperienze giuridiche maturate in altri ordinamenti giuridici continentali, simili all'ordinamento domestico, nei quali si fosse già proceduto al recepimento di istituti che avessero implementato contenuti che, a vario titolo, possono ascrivere al paradigma di giustizia riparativa.

Le esperienze giuridiche di maggior interesse, oggetto di analisi, sono state selezionate anche in base alla presenza di punti di contatto dell'ordinamento giuridico estero con quello domestico, affinché potesse procedersi all'analisi di un modello giuridico suscettibile di essere preso d'esempio, con i dovuti accorgimenti, dal legislatore delegato allo scopo di procedere alla

predisposizione di una *disciplina organica* nazionale in materia di giustizia riparativa. Nel dettaglio, la trattazione ha esaminato, *in primis*, gli ordinamenti giuridici di Francia, Germania ed Austria, i quali hanno offerto interessanti prospettive finalizzate all'introduzione di procedure *mediative*, dai connotati marcatamente *riparativi*, fin dalla fase pre-procedimentale, teorizzando cause di archiviazione *condizionata* all'espletamento di percorsi riparativi in fase di indagini preliminari, che permetterebbero, tra l'altro, di superare la *monoliticità* derivante dalla rigida previsione del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale; il modello belga, invece, ha offerto interessanti soluzioni finalizzate all'implementazione di modelli di giustizia riparativa in fase *post iudicatum*, soprattutto in fase esecutiva della pena, teorizzando quella che potrebbe definirsi come un paradigma di "*restorative detention*".

Nel terzo capitolo è parso opportuno dar conto del fenomeno di *recepimento condizionato* realizzato dal legislatore delegante allo scopo di procedere all'implementazione di modelli e contenuti riparativi entro forme e istituti giuridici già figuranti nell'ordinamento giuridico vigente.

La prima sezione esamina le modifiche normative apportate a istituti procedurali che erano già connotati da notevoli potenzialità recettive dei nuovi paradigmi riparativi. Nel dettaglio, si è proceduto all'analisi delle direttrici di riforma – che, improntate anche ad esigenze di razionalizzazione e deflazione del carico del contenzioso procedimentale, hanno altresì condotto ad una maggiore accessibilità degli istituti – le quali hanno comportato sostanziose modifiche alla disciplina procedimentale della sospensione del procedimento con messa alla prova, della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e della causa di estinzione delle contravvenzioni per intervento di condotte riparatorie *post factum*.

Nel disegno riformatore complessivamente considerato, si è evidenziato come non sia secondario l'obiettivo del legislatore di valorizzare forme e istituti procedurali che conferiscano maggiore centralità agli effetti giuridici prodotti dalla realizzazione di condotte riparatorie, le quali, abbandonando una logica meramente repressiva, permettano di addivenire ad una migliore composizione delle istanze di giustizia, di cui le parti si fanno portatrici, nonché ad una maggiore efficienza nel perseguire un rapido recupero alla legalità delle situazioni giuridiche soggettive lese dalla commissione di un fatto di reato.

Lo stesso spirito è rinvenibile anche nelle direttrici di riforma che guidano una *ristrutturazione* del complessivo sistema sanzionatorio, il quale subisce una netta modifica tanto del catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva *breve* – nel quale accedono istituti sanzionatori precedentemente qualificati come misure alternative alla detenzione – quanto del limite di pena detentiva qualificata come *breve*. La trattazione si concentra, inoltre, sulle implicazioni giuridiche conseguenti ad una simile previsione, soprattutto in relazione ai novellati rapporti intercorrenti fra la giurisdizione del giudice di cognizione – che risulta notevolmente ampliata

– e quella della magistratura di sorveglianza, la quale subisce un evidente ridimensionamento in ossequio a esigenze di deflazione del relativo carico giudiziale pendente.

È stato, infine, oggetto d’esame il contributo che il disegno complessivo di riforma del sistema sanzionatorio apporta al perseguimento dell’obiettivo di implementare misure sanzionatorie *personalizzate* e maggiormente idonee alla realizzazione di percorsi rieducativi e responsabilizzanti del condannato: tali contenuti sanzionatori, fin dalla loro applicazione con sentenza di condanna senza attendere di potervi accedere solamente in fase esecutiva della pena, permettono di accedere ad una *dimensione relazionale* – nella quale la pena viene applicata ed eseguita – la quale favorisce l’opera di recepimento di contenuti riparativi e risocializzanti del condannato.

Sebbene il progetto di riforma abbia ad oggetto unicamente la disciplina delle pene sostitutive della pena detentiva *breve*, è parso opportuno analizzare le possibili implicazioni derivanti dalla scelta di non procedere all’introduzione di *nuove tipologie* di pene principali, focalizzando la trattazione sulla teorizzazione di una pena *prescrittiva*, la quale – *de lege ferenda* – potrebbe rappresentare un’interessante soluzione normativa per procedere all’implementazione di sanzioni penali a contenuti altamente *personalizzati*, le quali – favorendo una *sussidiarizzazione* del carcere – sarebbero suscettibili di apportare un notevole contributo al definitivo superamento della visione *carcerocentrica* sulla quale il sistema sanzionatorio ed esecutivo risultano, ad oggi, ancora eccessivamente imperniati.

CAPITOLO I

La giustizia riparativa: genesi normativa ed analisi del nuovo modello di giustizia

SOMMARIO: **1. Genesi storica ed evoluzione normativa** – **1.1** Genesi del paradigma riparativo alla ricerca di un'*ontologia condivisa* di significato – **1.2** La normativa internazionale: *focus* sulla Direttiva n. 2012/29/UE e sulla Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018)8 – **1.3** La giustizia riparativa nel sistema penale italiano: il quadro attuale – **1.4** Verso una disciplina organica in materia di giustizia riparativa: dal *fallimento* della legge-delega n. 103/2017 al dibattito attuale in merito alla legge-delega n. 134/2021 – **2. Definizione di un concetto universale di giustizia riparativa: gli elementi essenziali** – **2.1** Principi di inclusione e di partecipazione – **2.2** Principio di equità – **2.3** Principio di interdipendenza delle parti – **3. Gli attori del nuovo modello di giustizia** – **3.1** La vittima del reato: istanze di tutela e bisogno di giustizia – **3.2** L'autore del reato: prospettive di rieducazione e responsabilizzazione – **3.3** La comunità: verso il risanamento della *frattura sociale* derivante dalla commissione del reato – **3.4** Il facilitatore: *collante* e *catalizzatore* del paradigma riparativo

1. Genesi storica ed evoluzione normativa

1.1 Genesi del paradigma riparativo alla ricerca di un'*ontologia condivisa* di significato

Il presente studio sulla giustizia riparativa – formula italiana adottata per tradurre il lessema giuridico e, ancor prima, antropologico e sociologico di “*restorative justice*”², ampiamente diffuso tanto nella normativa positiva internazionale ed euro-comunitaria quanto nella letteratura dottrinale di settore – intende prendere le mosse da una panoramica globale di carattere storico-giuridico del nuovo paradigma di giustizia.

Il lessema “*restorative justice*”, locuzione con la quale si fa concorde riferimento al nuovo paradigma riparativo negli atti normativi sovranazionali di *hard-law* e *soft-law*, ha trovato comune recepimento nei vari ordinamenti giuridici dei singoli Stati, secondo una terminologia piuttosto analoga. È possibile notare, sfogliando gli atti normativi interni dei singoli sistemi giuridici, che gli Stati hanno proceduto ad una traduzione pressoché letterale del lessema giuridico. Sebbene il nuovo paradigma riparativo rappresenti ormai un concetto giuridicamente e antropologicamente diffuso e ampiamente condiviso nel panorama giuridico contemporaneo, la comprensione del concetto veicolato dall'espressione “*restorative justice*” può risultare

² G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine “giustizia riparativa” e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., n. 1 – 2015.

differenziata nei vari Paesi che procedono al recepimento degli atti normativi sovranazionali in cui esso è contenuto³. È indubbio, infatti, che ciascun lessema giuridico, nel momento in cui fa ingresso, da fonti sovranazionali, in un sistema giuridico domestico di ciascuno Stato, assuma su di sé connotati, significati e principi di cui l'ordinamento giuridico in questione è intriso.

Al verificarsi di questo inevitabile fenomeno di “*recepimento condizionato*”, tanto dalla cultura giuridica specifica di ciascun Paese quanto dalle scelte di politica legislativa di cui lo Stato si fa portatore al momento del recepimento, l'effetto immediatamente successivo è quello della creazione di difficoltà, non tanto meramente lessicali, quanto piuttosto di omogeneità di contenuto e significato. In altre parole, viene meno la corrispondenza concettuale richiesta tra il termine originario (spesso, un anglicismo) e le sue molteplici traduzioni giuridiche: le scelte terminologiche, di cui ciascun Paese si fa portatore, non possono mai considerarsi, di per sé, neutre, ma sono intrise dell'eredità storico-culturale, nonché giuridica, del Paese che recepisce l'istituto giuridico in questione⁴.

Il fenomeno appena descritto non è privo di rilievo pratico, cosicché si è posta, in via preliminare, la necessità di addivenire alla definizione di un nucleo essenziale di significato condiviso da attribuire al nuovo paradigma di giustizia. Affinché fosse possibile raggiungere, al livello internazionale, una stabile comunanza di significato e, di conseguenza, una significativa armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di pratiche e procedure di giustizia riparativa, il primo passo è stato rappresentato dalla ricerca di una definizione normativa quanto più compatibile con i vari ordinamenti giuridici che, come pocanzi detto, sono portatori di principi giuridici e di assetti normativi talvolta in aperto contrasto fra loro. Ration per cui le prime definizioni, nonché le definizioni attualmente vigenti, risultano improntate ad una certa vaghezza di significato e ad una notevole elasticità concettuale.

Ancor prima di addentrarsi nella ricerca di una soluzione definitiva offerta dal panorama normativo internazionale vigente, appare opportuno focalizzarsi sui primi studi, di carattere dottrinario, che hanno segnato il sentiero evolutivo del paradigma riparativo. Ancora oggi, data la multiformità del fenomeno oggetto di studio, non è stata raggiunta una definizione unanimemente accolta. L'incertezza gnoseologica in cui tuttora si versa dipende da molteplici fattori: *ex multis*, merita particolare considerazione la circostanza che il paradigma retributivo, data la molteplicità di funzioni alle quali esso tende ad assolvere nonché la varietà delle figure qualificabili come “*parti*” delle procedure riparative, è suscettibile di assumere varie definizioni a seconda della prospettiva dalla quale l'osservatore si pone.

³ G. MANNOZZI, *Giustizia Riparativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali X – 2017, pag. 465.

⁴ G. MANNOZZI, *ibidem*.

In proposito, studi di settore approfonditi suggeriscono di superare *l'impasse* tentando di “*retrocedere ad un'ontologia condivisa, grazie alla quale il riferimento dei termini è fissato con sufficiente precisione*”⁵.

Howard Zehr, criminologo comunemente riconosciuto come uno dei “*padri fondatori*” del moderno paradigma riparativo, ha elaborato una nozione diffusamente condivisa: la giustizia riparativa è un modello di giustizia che “*coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo*”⁶. Una nozione, questa, che si cala nella prospettiva metodologica e pratica del procedimento riparativo: si propone, in altri termini, di definire, in via schematica, il nucleo fondante delle procedure di natura riparativa, letto in chiave finalistica. Altra prospettiva è assunta, invece, nella celeberrima definizione fornita da Van Ness e Heetderks Strong, i quali, ponendo il fuoco su una visione maggiormente filosofica del concetto, affermano che la “*restorative justice promotes healing*”⁷, ossia tenta di curare, alla radice, il male e la frattura sociale derivante dal reato abbandonando la logica retributiva del “*malum passionis ob malum actionis*”⁸. È evidente come, in questa definizione, la prospettiva assunta sia quella della vittima del reato, nonché quella della comunità dei consociati, ossia quei soggetti che vedono infranto il patto sociale posto alla base del vivere in società.

Il paradigma riparativo, sebbene definito nei contenuti costituenti il suo nucleo essenziale, oscilla fra definizioni che, ancorché distinte e talvolta divergenti, non possono definirsi fra loro antinomiche o incompatibili. Una attenta analisi del panorama dottrinario presente rivela come, per addivenire ad una definizione ontologicamente condivisa del concetto, occorra effettuare una sintesi efficace delle varie definizioni finora prospettate, optando per una definizione *eclettica*, che prenda dalle precedenti gli aspetti più significativi e li amalgami in un'efficace sintesi che colga nel segno.

La complessità dell'operazione definitoria è lampante: a tal proposito, sono state proposte nozioni del paradigma riparativo orientate sulla vittima, nozioni orientate sulla comunità e, infine, nozioni costruite sui contenuti della *restoration*⁹. Questa classificazione, per quanto vaga e necessariamente elastica, permette di comprendere come il paradigma riparativo, nel suo

⁵ P. BARROTTA, *La dialettica scientifica. Per un nuovo razionalismo critico*, op. cit., corsivi originali, così come riportato da G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003, p. 45.

⁶ H. ZEHR, *Changing Lenses. A new focus on Crime and Justice*, Scottsdale, 1990, p. 181 così come riportato e tradotto da G. Mannozi, *Giustizia Riparativa*, in *Enciclopedia del Diritto – Annale x – 2017*, p. 469.

⁷ D. W. VAN NESS – K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, Anderson, 2010, p. 32 ss.

⁸ M. WRIGHT, *Justice for Victims and Offenders: a restorative response to crime*, Open Univ. Press, 1991, cit. p. 112, come riportato in G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit. p. 61.

⁹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 46.

complesso, sia un fenomeno estremamente variegato, capace di riassumere e sintetizzare in sé molteplici interessi.

In termini di contenuto, i modelli riparativi sono costruiti, nonché definiti, tenendo conto dell'aspetto finalistico e teleologico al quale gli stessi tendono. Sebbene le finalità alle quali ciascun modello riparativo tende possono variare a seconda di molteplici fattori – fra i tanti, è possibile menzionare, a titolo esemplificativo, la tradizione giuridico-culturale del Paese entro cui si inserisce il modello, ovvero le scelte di politica criminale che fanno parte di un disegno politico di più ampio respiro – è possibile identificare un nucleo comune, una sorta di “*nocciolo duro*” di finalità e contenuti che concorrono alla definizione di un paradigma riparativo in senso lato. Fra questi rientrano:

- a) La ricerca di modelli sanzionatori alternativi a quelli canonici del “*diritto penale con la spada*”. A tal proposito, questa spinta alternativa del paradigma riparativo giunge a contestare in radice l'arida logica retributiva sulla quale il sistema penale – italiano e non solo – attuale è imperniato, al fine di addivenire ad una pena che sia densa di contenuti programmatici e riparatori, una *pena prescrittiva*¹⁰ che si vada ad affiancare al binomio classico pena detentiva/pena pecuniaria¹¹. Il superamento del modello retributivo si giustifica anche in ottica di una comprovata inefficacia del meccanismo di proporzionalità, il quale finisce – a causa di un limite intrinseco ad ogni “*scienza convenzionale*” quale il diritto – con il cagionare irragionevoli disparità trattamentali, dipendenti dalle notevoli difficoltà insite nel commensurare criteri astratti quali la colpevolezza del reo e la gravità della condotta¹².
- b) Il contenimento di sentimenti di vendetta e la promozione di una pacificazione sociale all'interno della comunità. I percorsi di giustizia riparativa non devono del tutto ripudiare un senso di vendetta che, naturalmente, possa annidarsi nella vittima del reato, né tantomeno debba pensarsi che percorsi riparativi possano trovare adito solo laddove la vittima non covi sentimenti vendicativi. La vendetta, nel senso pocanzi detto, assume un connotato particolare: essa è un sentimento che nasce, inconsciamente, affinché la vittima possa riaffermare il proprio *status morale* (“[...] *revenge is a means of reaffirming social status*”) violato dalla commissione di un fatto di reato.¹³

¹⁰ Per un maggiore approfondimento sul tema, Cap. III, § 3.

¹¹ L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 3 – 2021, p. 837.

¹² M. DONINI, *Pena àgita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione Giustizia*, pubblicato in data 1° novembre 2020; il contributo è consultabile al seguente link: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/pena-agita-e-pena-subita-il-modello-del-delitto-riparato>.

¹³ B. VAN STOKKOM, *Victims' need and participation in justice: is there a role for vengeance?*, in *Restorative Justice An International Journal*, Vol. 1 – 2013.

- c) La promozione di una forma meno intrusiva di rieducazione, attraverso il valore positivo della riparazione. Accanto a questo, di riflesso, si pone la stimolazione di un senso di “*responsabilizzazione attiva*” del reo, un processo che, accanto ad una fase “*passiva*” di elaborazione e comprensione del disvalore giuridico e sociale delle proprie condotte, affianchi una fase di promozione della riparazione, che impegni il reo nel compimento di condotte reintegratorie nei confronti della vittima.
- d) L’accrescimento e la solidificazione del senso di sicurezza collettivo, scaturente dalla rinnovata fiducia nella riparazione da parte delle vittime di reato, nonché dall’attivo coinvolgimento – nella composizione concordata del conflitto – della comunità sociale nel quale l’illecito ha trovato luogo¹⁴. Il paradigma riparativo, nelle sue molteplici accezioni, porta con sé una innegabile forza di deterrenza dalla commissione del reato, forza che non trova esplicazione secondo la logica di rieducazione “*coatta*” del reo, tipica del modello retributivo, bensì attraverso la capacità del modello riparativo di agire positivamente sui valori morali della comunità, stimolando un senso di responsabilizzazione collettiva.

È proprio l’attenzione alle dinamiche socio-collettive che si pone al centro delle definizioni di giustizia riparativa incentrate sulla presenza e sul pieno coinvolgimento attivo della comunità. Il paradigma riparativo ha, nelle sue fasi evolutive, tratto notevoli spunti da quelli che sono stati definiti come modelli di “*community justice*”, ossia modelli di gestione della giustizia che prevedono una equilibrata partecipazione tanto dell’Autorità giudiziaria statale, quanto della comunità sociale¹⁵. Il nuovo ruolo conferito alla comunità nella gestione del conflitto sociale scaturente dal reato discende, *in primis*, dal nuovo modo di intendere il reato: quest’ultimo, secondo il modello tipicamente retributivo, viene inteso come fatto che comporta una violazione dell’ordine sociale, cristallizzato entro norme di comportamento che vanno a costituire i precetti penali; diversamente il paradigma riparativo intende il reato – accanto ad una dimensione puramente oggettiva di violazione dell’ordinamento giuridico – anche e soprattutto come violazione di diritti soggettivi e posizioni giuridiche di cui la vittima si fa portatrice. In un contesto simile, appare evidente il ruolo che la comunità possa – anzi debba – essere chiamata a svolgere: essa diviene parte del paradigma riparativo al fine di tutelare il mantenimento e il ripristino dell’ordine sociale violato, nonché per accogliere esigenze di

¹⁴ F. ABEL – F. H. MARSH, *Punishment and Restitution: a restitutionary approach to the crime and the criminal*, Greenwood Press, 1984.

¹⁵ Si fa riferimento, in particolare, alle esperienze di “*extra-judicial settlements*” condotte in Australia e Canada, nonché ai “*neighbourhood justice centres*” e ai “*community mediations*” condotti negli Stati Uniti, come riporta G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 70, nota 70.

giustizia della vittima e contribuire, secondo modelli di responsabilizzazione attiva, alla risocializzazione del reo.

La dottrina è quasi unanimemente concorde nell'affermare che giustizia riparativa e comunità siano due entità inscindibili in ogni percorso che possa propriamente definirsi come riparativo.¹⁶

La creazione di una “*giustizia nella comunità*” non può, insomma, non passare attraverso una “*giustizia della comunità*”: ossia un modello di giustizia che affidi alla comunità un ruolo chiave nella gestione attiva del conflitto sociale scaturente dal reato.

L'ultima tipologia definitoria della giustizia riparativa si incentra sulla figura chiave della vittima del reato: essa è, senz'ombra di dubbio, la “*parte*” in funzione della quale il paradigma riparativo è stato teorizzato al fine di proporre un'alternativa valida alla posizione marginale nella quale la persona offesa dal reato era stata relegata nell'ottica del processo penale. Non a caso la prima teorizzazione di modelli, *latu sensu*, riparativi deve ricollegarsi alla nascita e alla successiva affermazione, principalmente negli Stati Uniti, del “*restitution movement*”, i cui ideali favorevoli alla creazione di un modello alternativo di gestione e amministrazione della giustizia traggono origine principalmente da un generalizzato malumore sociale circa l'indeterminatezza della pena e, soprattutto, in relazione al ruolo marginale assegnato alla vittima nell'ambito del rito processual-penalistico¹⁷.

È innegabile che, accanto all'esperienza statunitense, quasi tutti gli esperimenti di giustizia riparativa, soprattutto nel continente europeo, sono hanno avuto luogo allo scopo di fornire una risposta efficace ad una rivalutazione della posizione della vittima del reato, non solo in chiave processuale, ma anche in chiave di diritto sostanziale.

Dalla innovativa concezione del reato, pocanzi riportata, discende automaticamente che:

- a) Alla vittima debba essere assegnato, in chiave processuale, un ruolo che vada oltre la facoltà formale di esercizio di una pretesa risarcitoria – azione di natura prettamente civilistica – in sede penale.
- b) Affinché possa dirsi effettivamente perseguito un ideale alto di giustizia, la posizione della vittima non deve essere “*monetarizzata*” attraverso una pretesa risarcitoria: tale meccanismo comporta una eccessiva banalizzazione del vissuto della vittima, i cui interessi di norma vanno ben oltre il soddisfacimento pecuniario e coinvolgono maggiormente il vissuto emotivo, aspetto che non trova alcuna considerazione nelle dinamiche procedurali.

¹⁶ R. EARLE, *Community Justice and Creating Peace*, 1998, di cui si riporta la citazione originaria: “*There is no safety without peace, no peace without justice, and no justice without community*”, p. 19.

¹⁷ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op, cit., p. 74.

- c) Il procedimento penale deve aprirsi alla vittima: non ponendo in dubbio che questo debba continuare ad essere il luogo necessario per la formazione della prova, è altrettanto vero che il rito processuale – finalisticamente orientato alla massima garanzia del contraddittorio – spesso rappresenta un fattore di “vittimizzazione secondaria” della persona offesa. Ciò non significa che il rito procedimentale debba essere snaturato o stravolto per divenire un “luogo accogliente” per la vittima, ma è innegabile che debbano essere adottati precisi correttivi che, all’interno o all’esterno del processo penale, permettano alla vittima di intraprendere percorsi di “storytelling” o “truthtelling”¹⁸, maggiormente funzionali ad evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria o ripetuta e a permettere il superamento del danno morale scaturito dal reato attraverso l’ascolto *empatico* della vittima.

L’innegabile centralità della vittima del reato nel paradigma riparativo è evidente anche in ragione dei lessemi adottati per descrivere le finalità del nuovo modello di giustizia: emblematico al riguardo è la definizione di giustizia riparativa come giustizia che “*promotes healing*”, ossia che tende al risanamento del danno cagionato, *in primis*, nei confronti della vittima, e, di riflesso, anche nei confronti della comunità.

La centralità della posizione che la vittima assume nel paradigma riparativo è altresì denotata dalla notevole attenzione che la maggior parte degli atti normativi internazionali ed euro-comunitari le hanno conferito. È un dato oggettivo che lo sviluppo e la promozione di paradigmi di giustizia riparativa siano stati perseguiti all’interno di un disegno di politica sociale e criminale più ampio, principalmente volto a rafforzare il ruolo della vittima e ad aumentare i livelli di protezione a questa assicurati dai vari sistemi giuridici sovranazionali.

In ordine cronologico, le tappe normative che hanno maggiormente segnato il percorso evolutivo del paradigma riparativo hanno sempre avuto, come punto focale, l’innalzamento dei livelli di tutela offerti nei confronti della vittima del reato, sia da una prospettiva meramente processuale che da una prospettiva socio-assistenziale.

La Raccomandazione n. (85)11 – adottata il 28.08.1985 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa – concernente la “*Posizione delle vittime nell’ambito del diritto penale e del procedura penale*”, raccomanda agli Stati membri di prevedere, a livello legislativo ed operativo, una serie di misure a tutela specifica delle vittime in tutte le fasi del procedimento. Anche la terminologia utilizzata, sebbene oggetto di necessaria trasposizione in lingua italiana, denota l’interesse del legislatore sovranazionale di garantire un livello di protezione capillare, capace di pervadere l’intera struttura procedimentale: come molte ricerche hanno evidenziato,

¹⁸ G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI *et al.*, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017, p. 25.

il rischio di *vittimizzazione secondaria* si palesa non solamente in fase strettamente processuale, ma anche – anzi, soprattutto – in fase *prodromica* all’esercizio dell’azione penale, principalmente nella fase delle indagini preliminari quando la vittima (possibile denunciante) prende contatto con gli operatori dell’Autorità giudiziaria procedente. Nello specifico, la Raccomandazione in parola raccomanda di prendere atto dei numerosi vantaggi che possono presentare i sistemi di mediazione e conciliazione e di promuovere ricerche sul miglioramento e sull’incremento dell’efficacia delle disposizioni poste a tutela della vittima del reato.

Lo stesso disegno politico è perseguito anche dalla successiva Raccomandazione n. (87)21, adottata in data 17.11.1987 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, concernente “*L’assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione*”: la Raccomandazione – partendo dalla constatazione che la giustizia penale spesso non è sufficiente per riparare i danni cagionati dal reato, soprattutto quelli di natura morale – invita gli Stati ad adottare le misure necessarie a tutelare la vittima, evitando la concretizzazione di notevoli rischi di vittimizzazione secondaria. La stessa invita, inoltre, gli Stati a favorire la costituzione di organismi nazionali per la promozione e la tutela degli interessi delle vittime, a sviluppare adeguate politiche che tendano a favorire lo sviluppo di pratiche di mediazione penale nel preminente interesse della vittima e del reo¹⁹.

Il quadro d’insieme finora offerto evidenzia come il paradigma riparativo possa ancora dirsi lontano dal raggiungimento di una definizione giuridicamente solida e universalmente accettata. D’altro canto, è impossibile accantonare del tutto le difficoltà che, naturalmente, sorgono laddove si tenti di creare un paradigma unico che abbia, come scopo principale, l’armonizzazione di sistemi giuridici nazionali fra loro intrinsecamente differenti. Del pari, sarebbe semplicistico pensare di “*cristallizzare*”, entro schemi rigidi, un paradigma alternativo di giustizia penale che fa della *dinamicità* sociale, della *fluidità* e della *informalità* procedimentale i propri punti di forza per procedere alla costruzione di una “*giustizia che cura*” – oltre che individuare, accertare e sanzionare – un fatto costituente reato.

1.2 La normativa internazionale: *focus* sulla Direttiva n. 2012/29/UE e sulla Raccomandazione del Consiglio d’Europa CM/Rec (2018)8

La rapida ascesa e il diffuso consenso che il modello riparativo ha rinvenuto nella comunità giuridica internazionale hanno inevitabilmente condotto ad una sua regolamentazione positiva per mezzo di atti normativi internazionali ed euro-comunitari.

¹⁹ Approfondimento e commento ad opera di M. P. GIUFFRIDA, parte integrante dell’articolo “*Verso la giustizia riparativa*” pubblicato nella rivista *Mediaries* - Semestrale sulla mediazione, n. 3/2004; contributo consultabile su: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=3_1&facetNode_2=4_48&previousPage=mg_1_12_1&contentId=SPS31317; per reperire il testo integrale è possibile consultare il portale del Consiglio d’Europa.

La prima questione che si pone al riguardo è rappresentata, indubbiamente, dalla valenza giuridica degli atti normativi internazionali in materia di giustizia riparativa: più precisamente, è necessario comprendere sino a che punto tali atti normativi possano impegnare, obbligatoriamente, gli Stati membri a darvi seguito normativo all'interno dei propri sistemi giuridici domestici. Dalla risposta al suddetto quesito discende un ulteriore interrogativo, al primo necessariamente consequenziale: è possibile, ad oggi, affermare che i suddetti atti normativi abbiano, anche negli Stati che non si siano impegnati a dar seguito alle istanze di introduzione e implementazione dei sistemi di giustizia riparativa nei propri sistemi giuridici domestici, introdotto, per i cittadini, un vero e proprio “*diritto alla giustizia riparativa*”?

Ai due interrogativi pocanzi posti è impossibile fornire una risposta univoca: come si esporrà nel prosieguo, sono molteplici le varianti che occorre tenere in considerazione nel compiere un'analisi della disciplina internazionale che ha segnato il sentiero per lo sviluppo e la piena affermazione dei paradigmi di giustizia riparativa entro i vari ordinamenti giuridici nazionali.

Uno dei capisaldi della disciplina applicativa della giustizia riparativa è rappresentato dalla Raccomandazione n. (99)19 – adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – concernente la “*Mediazione in materia penale*”. La Raccomandazione in parola, sebbene non sia stata la prima ad essere adottata in materia, rappresenta il punto di partenza della costruzione di un paradigma di giustizia riparativa che poggi su basi solide e su principi di fondo ben definiti. Il perimetro applicativo della suddetta raccomandazione vira, unicamente, su uno dei vari modelli pratici di giustizia riparativa: la mediazione penale. È indubbio, tuttavia, che i principi enunciati nella raccomandazione possano essere considerati come *trasversali*, in quanto estendibili al concetto di giustizia riparativa in generale, qualunque sia, in concreto, la specifica tipologia applicata.

Il riferimento specifico alla mediazione penale si giustifica in ragione del fatto che, ad oggi, essa rappresenta il paradigma riparativo più frequentemente applicato nei vari ordinamenti giuridici, soprattutto in quelli appartenenti alla tradizione giuridica di *civil law*; tuttavia, come detto, non v'è dubbio che i principi enunciati nella Raccomandazione debbano essere astrattamente estesi al paradigma generale della giustizia riparativa.

La Raccomandazione definisce puntualmente: i principi generali in tema di mediazione, le regole disciplinanti l'intervento degli organi della Autorità giudiziaria in contesti di mediazione penale, gli *standard* qualitativi da rispettare nello svolgimento di attività di mediazione da parte dei servizi a ciò predisposti – compresa la formazione dei mediatori – e le regole in base alle quali occorre tener conto dei risultati eventualmente raggiunti nel corso di percorsi mediativi entro gli schemi processual-penalistici classici.

Uno dei punti fermi della Raccomandazione è rappresentato dalla definizione di “*mediazione penale*”: una definizione che ha rappresentato, a tutti gli effetti, un punto di partenza per la

successiva elaborazione normativa delle pratiche di giustizia riparativa, in quanto offre un'accurata panoramica dei principi fondanti e degli elementi essenziali su cui si regge il paradigma riparativo. La mediazione penale è definita come “*un processo nel quale la vittima del reato e il reo sono posti in condizione, se a ciò prestano liberamente consenso, di partecipare attivamente alla risoluzione delle conseguenze scaturenti dal reato, attraverso l'aiuto di un soggetto terzo ed imparziale*”²⁰. Per inciso, l'attualità e l'accuratezza della definizione è testimoniata dalla circostanza che la stessa è ripresa in termini essenzialmente identici, a distanza di 13 anni, dalla Direttiva n. 2019/29/UE, la quale utilizza la stessa terminologia per giungere ad una definizione, in questo caso, non più della singola pratica di “*mediazione penale*”, bensì dei procedimenti *latu sensu* di giustizia riparativa²¹.

Negli anni successivi, l'implementazione dei programmi di giustizia riparativa ha subito un grande impulso a seguito dell'adozione, in seno alle Nazioni Unite, di due atti normativi internazionali aventi finalità prettamente programmatica. Alla Rec. (99)19 del Consiglio d'Europa sono seguite, infatti, la “*Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia*” (X Congresso delle Nazioni Unite, aprile 2000) e la “*Risoluzione sui principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale*” (Risoluzione n. 12/2002 dell'*Economic and Social Council* delle Nazioni Unite, comunemente definita “*Basic Principles*”)²².

La Dichiarazione di Vienna, com'è facile intuire dalla denominazione, ha un raggio d'azione molto più ampio. Il tema della giustizia riparativa è diffuso, a macchia di leopardo, in tutto il testo della dichiarazione, la quale assegna al paradigma riparativo solamente un articolo nello specifico – l'art. 28 – col quale si incentivano gli Stati ad adottare politiche che sviluppino paradigmi riparativi, attraverso procedure e programmi rispettosi dei diritti e dei bisogni delle vittime, degli autori del reato, delle comunità e di tutte le parti, *latu sensu*, coinvolte nella composizione delle conseguenze negative dell'illecito penale commesso.

I *Basic Principles*, redatti dall'O.N.U., hanno invece un fuoco molto più ristretto rispetto all'atto normativo sopracitato: essi sono specificamente pensati ed indirizzati alle pratiche e alle procedure di giustizia riparativa. Il documento, fortemente programmatico, presenta al suo interno un allegato che individua uno schema dichiarativo dei principi da seguire per l'elaborazione, lo sviluppo e l'applicazione di procedure in materia di giustizia riparativa; schemi da sottoporre, ovviamente, all'attenzione degli Stati membri, affinché gli stessi,

²⁰ Rec. (99)19 CoE, il cui testo originale, in lingua inglese, recita: “*Mediation is a process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)*”.

²¹ Dir. UE 2012/29, il cui testo originale, in lingua inglese, recita: “*Restorative justice means any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the criminal offence through the help of an impartial third party*”.

²² Per reperire il testo integrale delle disposizioni si può consultare il portale delle Nazioni Unite.

godendo di un notevole *margin*e di discrezionalità, possano decidere se darvi seguito “*rebus sic stantibus*”, ovvero modificandone alcuni contenuti al fine di renderli compatibili con gli ordinamenti giuridici nazionali.

Sebbene tali atti normativi rappresentino una base giuridica altamente solida per la futura crescita del paradigma riparativo, è la tipologia dell’atto normativo, in concreto adottato, ad essere in sé scarsamente incisivo sul piano prettamente giuridico: tali atti normativi sono giuridicamente non vincolanti per gli Stati Membri, avendo natura meramente programmatica. La notevole diffusione di atti normativi, in materia di giustizia riparativa, rientranti nella categoria della *soft-law* si ricollega alla notevole difficoltà risultante dal tentativo di uniformare ordinamenti giuridici fra loro notevolmente differenti, risultato che non può essere perseguito mediante atti sovranazionali che vadano a elidere, del tutto, un margine di discrezionalità in capo agli Stati recepent.

La tendenza appena descritta è stata invertita, invece, in ambito euro-unitario con l’adozione della *Direttiva UE n. 2012/29*, che istituisce “*norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima di reato*”. L’adozione del mezzo giuridico della direttiva comunitaria denota un netto cambio di passo, in quanto quest’ultima obbliga gli Stati membri al recepimento e, pertanto, garantisce la sicura implementazione della disciplina euro-comunitaria entro le fila dei sistemi giuridici interni.

La Direttiva – adottata in sostituzione della *Decisione Quadro 2001/220/CE* – apporta un notevole passo in avanti in materia di giustizia riparativa, posto che l’intervento normativo si inserisce in un disegno politico di più ampio respiro, avente come fuoco la tutela, l’assistenza e la protezione delle vittime di reato – necessità emerse, nel panorama europeo, fin dal Programma di Stoccolma del 2010. Accanto ad accorgimenti, di natura processuale, che vadano a tutelare la posizione e la persona della vittima nello svolgimento del processo penale, la direttiva introduce e consacra anche il paradigma di giustizia riparativa.

Procedendo per gradi, la Direttiva introduce un vero e proprio “*Manifesto dei diritti della vittima di reato*”, racchiusa principalmente nei Capi II (rubricato “*Informazione e sostegno della vittima di reato*”)²³, III (rubricato “*Partecipazione al procedimento penale*”)²⁴ e IV (rubricato “*Protezione generale e specifica*”)²⁵.

Il Capo II della Direttiva introduce un sistema di protezione della vittima che trova applicazione in una fase *prodromica* al momento processuale, attraverso una serie di disposizioni che attuino un efficace sistema di capillare informazione e sicura protezione da fenomeni di *vittimizzazione secondaria*, che spesso si verificano nella logica *adversary* del processo penale. Il Capo in

²³ Dir. 2012/29/UE, capo 2, artt. da 3 a 9.

²⁴ Dir. 2012/29/UE, capo 3, artt. da 10 a 17.

²⁵ Dir. 2012/29/UE, capo 4, artt. da 18 a 25.

esame, infatti, prevede: il diritto della vittima di comprendere le dinamiche secondo le quali si svolge il processo e di essere compresa, il diritto di ottenere informazioni (in una lingua a lei comprensibile) fin dal primo contatto con l'autorità competente, molteplici diritti spettanti al momento della denuncia e il diritto di ottenere informazioni circa lo stato del procedimento inerente alla propria vicenda giuridica.

Il Capo III dispone che il grado di partecipazione della vittima nelle dinamiche processuali sia aumentato e reso effettivamente attivo. Allo scopo, il Capo in esame prevede: il diritto di essere sentiti nella formazione dei mezzi di prova, il diritto di presentare le proprie riserve avverso la decisione di non esercitare l'azione penale per chiederne un riesame, il diritto ad ottenere una decisione in merito al risarcimento del danno da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale.

Il Capo IV introduce delle disposizioni funzionali alla protezione generale e specifica delle vittime, che prevedono: il diritto alla protezione (inteso in senso generale) soprattutto da fenomeni di *vittimizzazione secondaria* (anche a carico dei familiari della vittima, nell'ampia accezione ormai riconosciuta al concetto di familiare al livello comunitario), il diritto alla protezione della vita privata (che collide con il meccanismo di pubblicità al quale è generalmente improntato, per esigenze di garanzia procedimentale, il processo penale²⁶) e il diritto alla protezione delle vittime con specifiche esigenze personali.

Nel quadro finora descritto si inseriscono – secondo la prevalente dottrina, in modo sporadico e poco incisivo – disposizioni inerenti ai percorsi di giustizia riparativa, da effettuarsi nel preminente interesse della vittima del reato. La posizione di quest'ultima assume rilievo fondamentale nella Direttiva euro-unitaria a partire da una nuova configurazione che il reato assume in ottica prettamente riparativa: esso costituisce non solamente una violazione dell'ordinamento giuridico – con ciò intendendosi una violazione delle regole di convivenza che assurgono ad essere il contenuto di precetti di natura penale – ma soprattutto una violazione dei diritti individuali della vittima, consacrando una tendenza politica, tuttora in corso in molti sistemi giuridici penali contemporanei, che è stata definita come funzionale al perseguimento di una c.d. “*cultura della vittima*”²⁷.

²⁶ Art. 21 Dir. 2012/29/UE: l'esigenza di riservatezza, tenuto conto delle specifiche caratteristiche individuali della vittima, può condurre l'Autorità giudiziaria ad adottare: “*Misure atte a proteggere la vita privata, comprese le caratteristiche personali rilevate nel corso della valutazione individuale ex art. 22, e l'immagine della vittima e dei suoi familiari*”. La Dir. autorizza le Autorità competenti ad adottare misure legali intese ad impedire una diffusione pubblica delle informazioni sensibili che permettano l'identificazione della vittima (soprattutto se la vittima è minorenne).

²⁷ A. DIAMANTE, *La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal D. Lgs. 212/2015*, in *Giurisprudenza Penale*, 2016.

Sparsa nei vari Capi della Direttiva sono presenti disposizioni che, direttamente o indirettamente, fanno riferimento ai paradigmi di giustizia riparativa; tali riferimenti possono essere colti in varie disposizioni del Capo II:

- a) Art. 3 Dir. 2012/29/UE: “*Diritto di comprendere e di essere compresi*”. L’articolo evidenzia uno dei principi cardine di ciascun processo riparativo: l’ascolto e la comprensione del vissuto della vittima di reato, come momento necessario per il coinvolgimento attivo della stessa al processo di composizione dell’illecito penale.
- b) Art. 8 Dir. 2012/29/UE: “*Diritto di accesso ai servizi di assistenza alle vittime*”. L’assistenza della vittima è perseguita attraverso meccanismi di sostegno emotivo e psicologico, nonché di informazione sui diritti processuali e sostanziali loro spettanti, da esplicarsi attraverso la predisposizione di strutture sociali finalizzate a fornire servizi di assistenza specialistica, gratuita e riservata. La vittima deve potervi accedere spontaneamente e gratuitamente, ovvero esservi indirizzata da parte dell’Autorità competente, qualora questa lo ritenga funzionale alla condizione della stessa.

Il maggior apporto allo sviluppo e all’implementazione dei servizi di giustizia riparativa è fornito dall’art. 12 della Dir. 2012/29/UE²⁸. Al riguardo, l’art. 12, lett. d), fornisce una definizione di “*giustizia riparativa*”, descritta come: “*Qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale*”.

La Direttiva opera, in termini definitori, un generale rimando alla definizione data, in tema di mediazione penale, dalla Rec. (99)19 del Consiglio d’Europa. Ciò posto, la portata innovativa della Direttiva non consiste tanto nella definizione fornita, bensì si appalesa in termini di

²⁸ Art. 12 Dir. 2012/29/UE:

1. Gli Stati membri adottano misure che garantiscono la protezione delle vittime dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall’intimidazione e dalle ritorsioni, applicabili in caso di ricorso a eventuali servizi di giustizia riparativa. Siffatte misure assicurano che una vittima che sceglie di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa abbia accesso a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti, e almeno alle seguenti condizioni:

- a) si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell’interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul suo consenso libero e informato, che può essere revocato in qualsiasi momento;
- b) prima di acconsentire a partecipare al procedimento di giustizia riparativa, la vittima riceve informazioni complete e obiettive in merito al procedimento stesso e al suo potenziale esito, così come informazioni sulle modalità di controllo dell’esecuzione di un eventuale accordo;
- c) l’autore del reato ha riconosciuto i fatti essenziali del caso;
- d) ogni accordo è raggiunto volontariamente e può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore;
- e) le discussioni non pubbliche che hanno luogo nell’ambito di procedimenti di giustizia riparativa sono riservate e possono essere successivamente divulgate solo con l’accordo delle parti o se lo richiede il diritto nazionale per preminenti motivi di interesse pubblico.

2. Gli Stati membri facilitano il rinvio dei casi, se opportuno, ai servizi di giustizia riparativa, anche stabilendo procedure o orientamenti relativi alle condizioni di tale rinvio.

approfondimento della disciplina pratica che i percorsi riparativi devono seguire al fine di garantire – oltre che un esito favorevole nella composizione delle conseguenze scaturenti dalla commissione di un illecito penale – la reale ed effettiva tutela della vittima del reato.

In questa sede appare opportuno evidenziare principalmente il marcato indirizzo in favore della vittima che la Direttiva intende imprimere ai programmi di giustizia riparativa, sollevando possibili criticità circa la tenuta del modello in rapporto con i principi costituzionali attualmente vigenti in molti degli ordinamenti giuridici euro-unitari. Secondo le linee guida della Direttiva, il ricorso ai servizi di giustizia riparativa è giustificato solamente laddove questo sia *funzionale* al soddisfacimento degli interessi della vittima, e a condizione che non comporti un elevato rischio di vittimizzazione secondaria scaturente, principalmente, dall'incontro con l'autore del fatto di reato.

A garanzia di ciò, perno fondamentale del procedimento riparativo è la presenza di un consenso libero e informato alla partecipazione al procedimento: sebbene questa esigenza sia specificata solamente in riferimento alla vittima, è doveroso ritenere che la stessa debba porsi necessariamente anche con riferimento alla posizione dell'autore del reato. È logico ritenere che un percorso di composizione concordata delle conseguenze scaturenti dall'illecito penale, dovendo tendere verso il raggiungimento di una soluzione condivisa, non possa avere esito favorevole laddove la partecipazione non dipenda dalla spontanea volontà delle parti in causa. La considerazione pocanzi fatta è ancor più avvalorata dal rilievo che i percorsi riparativi si fondano sulla necessaria posizione, su un piano di assoluta parità, delle parti in causa: la costruzione di un modello in cui la vittima sia libera di esprimere e revocare il proprio consenso, mentre l'autore sia coattivamente condotto alla partecipazione, farebbe crollare in pianta l'impalcatura egualitaria su cui si regge il nuovo paradigma di giustizia.

Altro rilievo critico si annida nella individuazione, alla *lett. c)* dell'art. 12 Dir. 2012/29/UE, di una delle “*condito sine qua non*” nel necessario riconoscimento, da parte dell'autore del fatto di reato, dei “*fatti essenziali del caso*”. La previsione si pone in evidente contrasto con uno dei principi cardine del moderno costituzionalismo dello Stato di diritto: il principio di non colpevolezza, che è espresso, nell'ordinamento italiano, dall'art. 27, co. 2 della Costituzione repubblicana; l'impasse può essere risolta in due diversi modi.

Da una parte, la locuzione “*riconoscimento, da parte dell'autore del reato, dei fatti essenziali del caso*” potrebbe far propendere per l'introduzione di percorsi di giustizia riparativa solamente in una fase *post iudicatum* – in fase esecutiva della pena – ossia una fase in cui, essendo stata pronunciata sentenza di condanna nei confronti del reo, cessa di operare la

presunzione di non colpevolezza, ex art. 27 co. 2 della Costituzione²⁹. Questa prima soluzione lascia ampiamente insoddisfatti: sia perché i dati ottenuti dimostrano come i percorsi di giustizia riparativa possano essere di notevole utilità – sia per la vittima, che per il reo – anche in una fase *ante iudicatum*, sia perché è ormai un orientamento di politica criminale internazionale ampiamente diffuso quello che spinge per l’inserimento di forme riparative in ogni stato e grado del processo, sia in fase procedimentale che esecutiva. Di conseguenza, per ragioni di ordine logico e sistematico, è opportuno ritenere che questa prima opzione interpretativa debba essere accantonata. Molto più efficace è invece la seconda possibile opzione interpretativa della locuzione in esame, ossia quella che tenta di fornire un’interpretazione, dei parametri fissati dalla Direttiva a tutela della vittima, conforme ai singoli ordinamenti costituzionali interni agli Stati membri, optando per una lettura della locuzione che non equivalga ad una ammissione di colpevolezza da parte del reo. Sotto questo punto di vista, “*riconoscimento dei fatti essenziali del caso*” non equivale ad “*ammissione della responsabilità del reo rispetto ai fatti oggetto di giudizio*”: di conseguenza, il riconoscimento dei fatti essenziali, richiesto al reo per procedere secondo il paradigma riparativo, rappresenta un *quid minus* rispetto ad un’ammissione di colpevolezza. Sembrerebbe sufficiente, a questi fini, che l’imputato – ancora non definibile come reo, o condannato – mostri comprensione e riconoscimento dei fatti posti alla base del caso, non essendo richiesto che arrivi a rinunciare alla presunzione di innocenza che opera in suo favore³⁰.

La disciplina offerta dalla Dir. 2012/29/UE rappresenta una delle basi normative sulle quali si fonda l’adozione della successiva Raccomandazione n. (2018)8 – adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa – sulla giustizia riparativa in materia penale. La direttiva sopracitata è parte integrante dell’atto normativo, essendo esplicitamente menzionata in uno dei *consideranda* facenti parte del preambolo al testo normativo. La Raccomandazione in esame rappresenta il punto di massima espansione delle politiche di giustizia riparativa in senso al Consiglio d’Europa: essa rappresenta un pieno riconoscimento del valore e dell’efficienza di cui le procedure riparative sono portatrici e indirizza un chiaro messaggio agli Stati membri di procedere all’implementazione di procedure riparative, prevedendo esplicitamente le linee guida in base alle quali tali procedure vadano ad integrarsi con il sistema giudiziario penale classico.

Uno dei maggiori approdi della raccomandazione risiede nell’esplicito riconoscimento dei paradigmi riparativi come *complementari* rispetto ai sistemi tradizionali di giustizia penale:

²⁹ Cfr. G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI – A. MACRILLÒ (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

³⁰ K. LAUWAERT, *Restorative justice in the 2012 EU Victims Directive: a right to quality service, but no right to equal access for victims of crime*, in *Restorative Justice an International Journal*, 2012 – Vol. 1, Issue 3.

l'intero Capo V della raccomandazione definisce norme d'azione pratiche, preminentemente finalizzate a realizzare precisi punti di raccordo e d'intersezione fra i due sistemi³¹.

Il Capo II – rubricato: “*Definizione e principi operativi generali*” – non sembra apportare notevoli stravolgimenti a quelli che erano stati gli approdi raggiunti dagli atti normativi precedenti. L'unica differenza, degna di menzione, risiede in una peculiare scelta lessicale: nella definizione di giustizia riparativa, scompare il binomio “*vittima – reo*”, per lasciar spazio alla formula, più ampia e generica, di “*persone che subiscono il pregiudizio a seguito di un reato – persone responsabili di tale pregiudizio*”³². La suddetta scelta terminologica potrebbe essere dovuta a diverse opzioni legislative: sullo sfondo si pone l'intenzione di utilizzare una terminologia *meno stigmatizzante*, soprattutto nei confronti del reo³³.

Maggiormente solida sembra, invece, l'altra possibile spiegazione: la Raccomandazione si pone nella corrente normativa, ormai consolidata, propensa ad estendere il novero dei soggetti legittimati a partecipare alle procedure riparative di composizione delle conseguenze scaturenti dall'illecito penale³⁴. Al fine di trasmettere tale messaggio agli Stati destinatari della Raccomandazione, si è optato per una terminologia che non desse adito a possibili equivoci e trasmettesse, invece, l'ideale della costruzione di modelli riparativi che ampliassero il novero delle parti, senza preclusioni terminologiche di alcun genere legate al significato che determinati termini – come, ad esempio, “*vittima e reo*” – possono assumere nei singoli ordinamenti giuridici nazionali, superando inoltre gli eventuali problemi legati al diverso

³¹ Punti essenziali del Capo V sono i seguenti:

28. Le autorità giudiziarie e le agenzie di giustizia penale devono creare le condizioni, le procedure e le infrastrutture necessarie per inviare i casi ai servizi di giustizia riparativa ogniqualvolta sia possibile.

31. La decisione di inviare un affare penale alla giustizia riparativa, qualora venga presa nell'ottica di interrompere il procedimento penale nel caso in cui venga raggiunto un accordo, dovrebbe essere accompagnata da un lasso di tempo ragionevole durante il quale l'autorità giudiziaria dovrebbe essere informata circa lo stato del percorso di giustizia riparativa.

34. Le decisioni delle autorità giudiziarie di interrompere il procedimento penale sulla base del fatto che è stato raggiunto e portato a termine con successo un accordo di giustizia riparativa, dovrebbe avere lo stesso status delle decisioni prese su altre basi che, secondo la legge nazionale, hanno l'effetto di interrompere il procedimento nei confronti della stessa persona, relativamente agli stessi fatti e nello stesso Stato.

36. ... Dovrebbero essere elaborati standard di competenza e norme etiche, nonché le procedure per la selezione, la valutazione, la formazione e il supporto dei facilitatori.

37. I servizi di giustizia riparativa e gli organismi di formazione in materia di giustizia riparativa dovrebbero essere supervisionati da un'autorità competente.

³² Traduzione del testo originale della Rec. (2018)8 ad opera di A. BERNARDON e B. BERTOLINI.

³³ Sul punto, G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., p. 181; Mannozi definisce, quale punto essenziale del percorso riparativo, il passaggio dallo “*stigma criminale ad una vergogna reintegrativa*” del reo, definendolo come uno dei 5 momenti essenziali di ogni pratica riparativa.

³⁴ La stessa Direttiva 2012/29/UE, all'art. 2, lett. a), fornisce una definizione molto ampia di vittima, qualificando come tale: “Ai fini della presente direttiva si intende per: a) Vittima: i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) un familiare di una persona la cui morte è stata direttamente cagionata da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona.”

funzionamento della presunzione di non colpevolezza a seconda della fase procedimentale in cui sono intrapresi percorsi di giustizia riparativa (*ante o post iudicatum*)³⁵.

La Raccomandazione rappresenta, in definitiva, il punto d'approdo di un iter normativo ormai ventennale: accanto alla definizione di principi generali e linee guida di gestione e applicazione delle procedure riparative – argomenti già presenti anche negli altri atti normativi – l'atto normativo in esame scende nel dettaglio delle questioni maggiormente problematiche, prima fra tutte il difficile punto di raccordo fra il sistema di giustizia penale classico e il paradigma alternativo di giustizia riparativa.

Il maggior lascito della Raccomandazione consiste, principalmente, nell'esortazione – rivolta agli Stati membri – a adottare linee guida precise e a definire, a livello legislativo, punti di contatto, nonché ponti di transizione, fra i due sistemi. Senz'ombra di dubbio, l'atto normativo rappresenta un notevole riconoscimento dell'importanza e della funzionalità delle procedure riparative, nonché un'importante spinta verso la definizione e l'adozione di normative interne che definiscano, in modo chiaro e positivo, i tratti essenziali delle pratiche di giustizia riparativa.

1.3 La giustizia riparativa nel sistema penale italiano: il quadro attuale

Nonostante l'ampio riconoscimento al livello internazionale, il paradigma riparativo è un modello alternativo di giustizia che fa fatica, ad oggi, a permeare e radicarsi nel sistema penale italiano. Le cause che hanno dato adito ad una situazione normativa, ad oggi, a dir poco *stagnante* in punto di giustizia riparativa sono molteplici, principalmente ricollegate ad una intrinseca difficoltà ad abbandonare un modello di giustizia penale, ancora eccessivamente improntato su una visione *retribuzionista* della pena, che da tempo è entrato in crisi³⁶ e ad un retaggio culturale non ancora fertile per accogliere, *in toto*, il paradigma riparativo³⁷. A ciò si aggiunga, inoltre, l'opzione per una politica criminale improntata alla creazione del c.d. "*diritto penale del nemico*", il quale intende rispondere alle carenze del sistema penale attuale con la previsione di nuove fattispecie di reato, di pene ancor più severe e dell'esclusione della possibilità di accedere, per un numero crescente di reati, alle misure alternative o ai benefici

³⁵ G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post delictum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI e A. MACRILLÒ (a cura di), op. cit.

³⁶ Sul punto è prezioso il contributo di G. MANNOZZI, *Il diritto: la crisi della moderna penalità*, in G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., p. 65.

³⁷ Sul punto, G. MANNOZZI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, n. 1.

Al riguardo, è evidente la necessità di educare la sensibilità sociale ai nuovi paradigmi di giustizia riparativa oltrepassando la logica monolitica della funzione retributiva e/o rieducativa della pena; per giunta, in questo senso si muove anche la *Rec. (2018)8 del Consiglio d'Europa*, la quale, al punto 65, esplicitamente afferma: "I governi nazionali e locali, le autorità giudiziarie [...] dovrebbero intraprendere attività promozionali al fine di sensibilizzare maggiormente l'opinione pubblica sulla giustizia riparativa".

penitenziari. Lungi dal risolvere il problema del sistema penale moderno, tutto ciò comporta quella che è stata definita come “*l’ipertrofia del sistema penale*”, con una conseguente perdita di efficienza e di qualità della giustizia penale.

Per avere una veduta ad ampio spettro sullo stato dei paradigmi di giustizia riparativa nell’ordinamento penale italiano occorre, in primo luogo, distinguere fra istituti rappresentativi dei principi di giustizia riparativa che si collocano in una fase prettamente procedimentale, che afferiscono ad una fase *ante iudicatum*, ed istituti che invece si collocano in fase esecutiva della pena, ossia in una fase *post iudicatum*.

Per inciso, allo stato attuale il sistema di giustizia penale italiano non conosce istituti o modelli di giustizia riparativa che si collocano al di fuori dell’iter classico che segue la procedura penale³⁸.

Una ripartizione più funzionale dei vari istituti che rientrano nel paradigma riparativo è quella che distingue fra: norme che prevedono *espressamente* il ricorso a programmi di giustizia riparativa e norme che prevedono la rilevanza di condotte riparatorie e che consentono il ricorso a programmi di giustizia riparativa.³⁹ La trattazione verterà principalmente sugli istituti applicabili nei confronti degli imputati – o condannati – maggiorenni, tenendo ben presente che la maggior parte degli istituti riparativi è giunta nei procedimenti a carico di imputati adulti a seguito di una *trasmigrazione* dal diritto penale minorile, il quale ha rappresentato, in ragione delle peculiarità dell’imputato minorenni, terreno fertile per l’esperimento dei più importanti programmi di giustizia riparativa.

Il primo effettivo riconoscimento dei programmi di giustizia riparativa, per imputati maggiorenni, nel sistema penale italiano è avvenuto con d. Lgs. n. 274/2000. Il decreto in esame ha introdotto diversi istituti che, a vario titolo, possono essere definiti come rientranti nei paradigmi di giustizia riparativa; nello specifico, è stato oggetto di introduzione:

- a) Un tentativo obbligatorio di conciliazione, da esperirsi ad opera del giudice di pace, nei procedimenti per reati perseguibili a querela di parte, prima che questi esaminino la controversia nel merito; il tentativo è finalizzato al raggiungimento di una conciliazione fra le parti, che, se ottenuta, è sancita tramite la redazione di un *verbale* attestante la remissione della querela o la rinuncia al ricorso⁴⁰.

³⁸ Ciò nonostante i molteplici inviti ed esortazioni in tal senso provenienti dagli atti normativi internazionali ed euro-unitari. Al riguardo, la Rec. (2018)8 del Consiglio d’Europa, al punto 60, afferma: “I principi e gli approcci riparativi possono essere applicati nell’ambito del sistema della giustizia penale, ma fuori della procedura penale”.

³⁹ La distinzione è proposta da G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, in *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., p. 235.

⁴⁰ Art. 29, co. 4 e 5, d. Lgs. 274/2000:

4. Il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l’udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell’attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul

- b) La previsione di condotte riparatorie o risarcitorie *post factum*, idonee ad incidere sull'esito del procedimento in termini di proscioglimento dell'imputato⁴¹.

Senza dubbio, la disciplina rappresenta un notevole passo avanti in termini di aggiornamento in punto di programmi riparatori. Come molti hanno notato, il nuovo istituto introdotto dall'art. 29, co. 4 d. Lgs. 274/2000 non risponde, *in toto*, ai canoni dei classici paradigmi riparativi. Sul punto, il primo rilievo critico sorge in relazione al soggetto chiamato ad effettuare il tentativo di conciliazione – ossia il *giudice di pace* – lo stesso soggetto che, qualora la conciliazione dovesse fallire, sarà chiamato ad esprimere la propria funzione giurisdizionale in merito alla stessa *res iudicanda*. È evidente, pertanto, che il giudice non possa svolgere, efficacemente, le funzioni che si addicono ad un facilitatore. *In primis*, egli manca della competenza e della formazione specialistica necessarie per poter esperire, fruttuosamente, un tentativo di conciliazione⁴²; in secondo luogo, il giudice, agli occhi delle parti, non appare *terzo ed imparziale* – qualità invece fondamentali per un facilitatore – dovendo successivamente giudicare nel merito in caso di fallimento del tentativo di conciliazione: è questo uno dei principali motivi per cui l'istituto ha trovato scarsissima applicazione e ha riportato scarsi risultati in termini pratici⁴³.

Gli istituti in esame, per quanto rappresentino un notevole avanzamento verso l'introduzione di programmi conciliatori nel sistema penale italiano, non possono qualificarsi come *puramente riparativi*: al riguardo, molti hanno sottolineato come manchino alcuni degli aspetti caratterizzanti dei paradigmi riparativi. In tutte le fonti sovranazionali in materia di giustizia riparativa, il perno di ogni programma riparatorio è rinvenuto nella adesione *spontanea* e

territorio. In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione.

5. In caso di conciliazione è redatto processo verbale attestante la remissione di querela o la rinuncia al ricorso di cui all'articolo 21 e la relativa accettazione. La rinuncia al ricorso produce gli stessi effetti della remissione della querela.

⁴¹ Art. 35, co. 1, d. Lgs. 274/2000: "Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato".

⁴² È di questa opinione G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post delictum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI E A. MACRILLÒ (a cura di), op. cit., p. 859; l'A. evidenzia come uno dei fattori del "fallimento" del tentativo obbligatorio di conciliazione, nel rito dinanzi al giudice di pace, sia da rinvenirsi nella circostanza che la legge preveda solamente come facoltativo, e non come doveroso, il ricorso da parte del giudice all'attività di tecnici della mediazione provenienti da centri e strutture pubbliche e private, atteso che l'utilizzo di operatori qualificati esterni potrebbe offrire un servizio più efficiente e "avrebbe potuto rappresentare un correttivo ad eventuali profili di incompatibilità tra i due ruoli di giudice e mediatore" (riportando le parole di V. PATANÈ, *Mediazione penale*, in Enc. Dir, annali II, tomo I, Milano, 2008, p. 590).

⁴³ M. BOUCHARD, in *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in Quest. Giust., n. 2/2015, p. 69, sostiene che il fallimento del tentativo di conciliazione dinanzi al giudice di pace è da ricollegarsi anche a: "un investimento culturale pari a zero da parte delle amministrazioni competenti e dei criteri di remunerazione fondati sul sistema del c.d. cottimo che non sono stati certo stimolanti per orientare il lavoro giudiziario verso l'opera paziente di comprensione e mediazione delle relazioni umane conflittuali".

volontaria delle parti in causa⁴⁴. È evidente come un tentativo obbligatorio di conciliazione, promosso dal giudice di pace in funzione di mediatore, manchi del tutto della volontarietà e della spontaneità dell'adesione delle parti. La carenza di spontaneità potrebbe, a pieno titolo, qualificarsi come uno dei fattori che ha causato gli scarsi risultati pratici dell'istituto: l'entrata forzata delle parti in un programma per il quale le stesse non sono pronte, e che si basa fortemente sulla loro volontà di riuscita dello stesso, è sintomo di scarsa efficienza.

In secondo luogo, gli istituti risultano carenti anche in punto di finalità riparative: il d. Lgs. n. 274/2000 prevede istituti latamente riparatori in ottica deflattiva del contenzioso penale piuttosto che in vista dell'ottenimento di risultati propriamente riparativi, sia personali che collettivi, ai quali sono indirizzati i paradigmi puramente riparativi.⁴⁵

Una importante apertura della giurisdizione penale per imputati maggiorenni al paradigma riparativo è avvenuta con l'estensione, in loro favore, dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato. L'estensione del perimetro applicativo dell'istituto in esame anche in favore di imputati adulti è avvenuta con legge n. 67/2014; precedentemente l'istituto era previsto solamente nei confronti di imputati minorenni, in ragione delle peculiarità e delle particolari finalità di cui il processo penale minorile si fa portatore⁴⁶.

L'istituto, ad oggi, è regolamentato, sotto il profilo sostanziale, dagli artt. 168-*bis* e ss. del codice penale e, sotto il profilo procedimentale, dagli artt. 464-*bis* e ss. del codice di procedura penale. Sul versante processuale l'istituto si configura come un rito alternativo al procedimento ordinario, mentre sul versante sostanziale si configura come una causa di estinzione del reato.⁴⁷ Ai fini della presente trattazione, ciò che maggiormente rileva sono i contenuti giuridici ed esecutivi di cui l'istituto si compone: è innegabile, infatti, che l'istituto in esame rappresenta,

⁴⁴ Sul punto, l'importanza della spontaneità e della volontarietà dell'adesione delle parti ai programmi riparativi, previo consenso informato, è affermata da molteplici fonti internazionali ed euro-comunitarie. A titolo esemplificativo, tale aspetto è ribadito sia dalla Dir. 2012/29/UE – l'art. 12, lett. a), dispone che la vittima abbia accesso ai servizi di giustizia riparativa alle seguenti condizioni: “[...] soltanto se sono nell’interesse della vittima [...] e se sono basati sul suo consenso libero ed informato” - che dalla Raccomandazione (2018)8 del Consiglio d'Europa, Parte II, punto 14: “Altri principi chiave della giustizia riparativa includono: volontarietà [...], dimensione collettiva e consensuale degli accordi [...]”.

⁴⁵ La finalità deflattiva del contenzioso dell'istituto di cui all'art. 29, co. 4 è desunta da quanto disposto dal successivo co. 5 del medesimo articolo, il quale dispone che in caso di esito positivo del tentativo di conciliazione, di questo è redatto verbale attestante la remissione della querela. Si desume, pertanto, che l'esito positivo del tentativo di conciliazione sia primariamente rivolto allo snellimento del carico pendente dinanzi alle corti – si giunge infatti alla remissione della querela o alla rinuncia al ricorso, ossia atti meramente procedimentali – piuttosto che al raggiungimento di obiettivi riparatori in senso stretto.

⁴⁶ L'istituto della sospensione con messa alla prova trae origine, nell'ordinamento penale italiano, dall'istituto anglosassone della *probation*. Nell'ordinamento penale italiano, l'istituto presenta una duplice finalità: accanto a quella deflattiva del contenzioso penale, è evidente la finalità di procedere ad un reinserimento anticipato dell'imputato per reati di minore gravità, rientranti nei limiti definiti dall'art. 168-*bis*, co. 1 c.p.

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 168-*ter*, co. 2 c.p., l'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede.

ad oggi, quanto di più simile ai paradigmi riparativi l'ordinamento penale italiano possa presentare. L'iter procedimentale che conduce all'applicazione della sospensione si colora di contenuti riparativi soprattutto in riferimento al "*programma di trattamento*" da allegare alla richiesta di sospensione avanzata dallo stesso imputato. Tale programma deve contemplare una serie di obblighi per l'affidato in prova: di chiaro stampo riparatorio risulta essere l'impegno a tenere condotte volte "*all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato*"⁴⁸.

La disciplina che definisce i contenuti del programma di trattamento è ulteriormente integrata dall'art. 464-bis c.p.p., il quale introduce un elemento fondamentale, in chiave riparatoria, rispetto alla disciplina sostanziale fornita dall'art. 168-bis c.p. La dimensione riparatoria dell'istituto è infatti arricchita dalla previsione, alla lett. c) dell'art. 646-bis c.p.p., che il programma di trattamento debba specificare "*le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa*"⁴⁹. È evidente che il riferimento alla mediazione penale con la vittima rappresenti un tassello ulteriore che rende l'istituto ancor più compatibile con i principi generali del paradigma riparativo. La norma, tuttavia, non prevede che oggetto del programma di trattamento debbano essere le condizioni concrete per addivenire ad un esito favorevole della mediazione, ma si limita a prevedere che oggetto dello stesso siano la previsione di condotte che favoriscano la creazione di condizioni favorevoli per poter intraprendere un percorso di mediazione con la vittima del reato⁵⁰.

La dimensione riparatoria dell'istituto emerge anche in relazione alla comunità, la quale rientra a pieno titolo nelle dinamiche di risoluzione e superamento del conflitto sociale dipendenti dal

⁴⁸ La congiunzione utilizzata dal legislatore ("eliminazione delle conseguenze [...] *nonché*, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato") conduce ad affermare che la *ratio legis* ponga in primo piano l'intento riparatorio dell'imputato, che si impegna all'eliminazione (o attenuazione, ove l'eliminazione non sia possibile) delle conseguenze del reato, e pone apparentemente in secondo piano l'obbligo risarcitorio, conferendo preminenza all'impegno riparatorio piuttosto che a quello meramente risarcitorio.

⁴⁹ La locuzione "*ove possibile*", utilizzata dal legislatore, evidenzia come il percorso di mediazione sia previsto solamente come facoltativo, e non sia considerata come "*conditio sine qua non*" per l'accesso alla *probation*; la scelta legislativa è coerente con la natura stessa della procedura mediativa, che può essere avviata solo se sussiste anche la volontà della vittima di partecipare. In questi termini di esprime G. DARAIO, in *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI e A. MACRILLÒ (a cura di), op. cit.

⁵⁰ È ragionevole ritenere che oggetto di valutazione da parte del giudice, ai fini della concessione o meno della misura della sospensione con messa alla prova, nonché ai fini della decisione circa l'esito finale della prova stessa, non debba essere il raggiungimento, o meno, di una effettiva conciliazione fra imputato del reato e vittima. Essendo la volontà e la predisposizione della vittima alla mediazione elementi fondamentali ed indefettibili per il raggiungimento di un esito positivo del programma di mediazione penale, è logico ritenere che il giudizio, operato dal giudice, circa l'esito della prova debba avere come base giuridica unicamente le condotte tenute dall'imputato, le quali devono tendere alla creazione di circostanze che favoriscano (ma non garantiscano) la riuscita del programma di mediazione. In altre parole, non è ammissibile subordinare la concessione della misura e il giudizio circa la riuscita del periodo di sospensione con messa alla prova dell'imputato a delle condizioni che dipendano unicamente, in termini anche aleatori, dalla volontà della vittima di partecipare al programma di mediazione e di addivenire ad un risultato conciliatorio.

reato. La sospensione del procedimento con messa alla prova presenta notevoli benefici anche nei confronti della società: essa non partecipa in qualità di *parte* del procedimento riparatorio, bensì in qualità di soggetto *beneficiario* degli effetti positivi che ne potrebbero derivare in termini di reinserimento dell'imputato nel tessuto sociale e in termini di risanamento del patto sociale violato dal reato.

Il co. 2 dell'art. 168-bis c.p. prevede infatti, al secondo capoverso, che la concessione della misura “*comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali*”.

Fra i vari contenuti del programma di trattamento spiccano, infatti, in chiave riparatoria nei confronti della società, l'affidamento al servizio sociale e lo svolgimento di attività di volontariato di rilievo sociale. A ciò si aggiunga l'obbligatorietà – in caso di concessione della misura – della prestazione, da parte dell'affidato, di prestazioni di lavoro socialmente utile, non retribuito, in favore della collettività⁵¹.

Dimensione riparatoria in chiave collettiva assume anche la previsione, di cui all'art. 646-bis c.p.p., secondo la quale il programma di trattamento debba prevedere “*le modalità di coinvolgimento dell'imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita, nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti possibile*”. Ciò che maggiormente interessa è l'apertura della disciplina al conferimento di un ruolo rilevante, in ottica del buon esito della prova, nei confronti del nucleo familiare dell'imputato e del suo ambiente sociale di vita⁵².

È evidente, pertanto, come l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova presenti un notevole potenziale in chiave riparatoria e si innesti su meccanismi procedurali che richiamano le fasi più pregnanti dei procedimenti, *strictu sensu*, riparatori.

Sussistono, tuttavia, degli elementi che non permettono di definirlo come un programma *puramente riparatorio*: la previsione come obbligatoria della prestazione di lavoro di pubblica utilità si discosta dai canoni riparativi, i quali prevedono che lo svolgimento di attività in favore

⁵¹ L'art. 168-bis, co. 3 c.p. prevede che: “La concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità. Il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La prestazione è svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato e la sua durata giornaliera non può superare le otto ore”.

⁵² Il coinvolgimento del nucleo familiare e sociale di appartenenza del reo nel programma trattamentale rappresenta un elemento chiaramente riparatorio, proprio di molti di quei programmi riparatori che si intendono aperti anche a parti ulteriori rispetto alla vittima del reato e all'autore /imputato. Fra questi, si scorge un chiaro parallelismo con i “*Family Group Conferencing Programs*”.

della comunità, per essere effettivamente riparatoria, debba avvenire sulla base di una scelta volontaria dell'imputato di adoperarsi al fine di riparare l'offesa arrecata al tessuto sociale attraverso la commissione del reato⁵³. In secondo luogo, la natura prettamente procedimentale, con finalità deflative del contenzioso penale, della sospensione con messa alla prova si evince altresì dalla limitazione della sua applicabilità a una cerchia ristretta di reati, ossia quelli che non denotino una notevole gravità sociale⁵⁴. Questa impostazione normativa contrasta con gli orientamenti espressi a livello sovranazionale nei numerosi atti normativi in materia di giustizia riparativa: in essi è costante la spinta verso la previsione di programmi di giustizia riparativa che non siano limitati in ragione della tipologia o della gravità della fattispecie di reato per cui si procede, ma che siano astrattamente, senza preclusioni normative, ammissibili in relazione ad ogni fattispecie di reato⁵⁵.

Sempre in fase di cognizione, dimensione riparatoria assumono anche le disposizioni dell'art. 162-ter⁵⁶, rubricato: "*Estinzione del reato per condotte riparatorie*". La norma introduce un programma *latamente* riparativo avente come finalità la dichiarazione di estinzione del reato a seguito dell'adempimento di condotte riparatorie dell'imputato, in favore della persona offesa dal reato, entro la dichiarazione di apertura del dibattimento. Come nel caso della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato, l'istituto trova applicazione solamente quando si procede in riferimento ad una ristretta cerchia di reati, ossia nei casi di reati procedibili a querela di parte soggetta a remissione. Le condotte che l'imputato deve tenere per poter beneficiare dell'effetto estintivo del reato hanno un contenuto non dissimile da quello previsto, per la sospensione del procedimento con messa alla prova, dall'art. 464-bis, co. 4, lett. b) c.p.p., eccezion fatta per la previsione della prestazione di lavoro di pubblica utilità. Al riguardo l'imputato, entro il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento, deve aver "*riparato interamente il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento*" ed "*eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato*".

⁵³ Sul punto, una importante chiave di lettura dell'istituto è offerta da G. DARAIO, in *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI e A. MACRILLÒ (a cura di) op. cit., il quale, sebbene riconoscendo la natura non propriamente riparatoria della prestazione obbligatoria di lavoro di pubblica utilità, non la esclude in radice in quelle ipotesi in cui sia comunque il reo/imputato a decidere, volontariamente, di prestare attività socialmente utile e tale scelta si inserisca in un percorso di riparazione delle conseguenze del reato che contempli uno scambio comunicativo e dialogico fra autore, vittima e comunità, così che i contenuti del lavoro socialmente utile siano concordemente definiti dalle parti in causa.

⁵⁴ L'istituto è oggetto di intervento in seno al progetto di riforma c.d. *Cartabia*, introdotto con legge-delega n. 134/2021: al riguardo, le direttrici di riforma conducono ad un notevole ampliamento del novero di reati per i quali è possibile accedere alla sospensione con messa alla prova. Per un maggiore approfondimento, infra: Cap. III, § 1.2.

⁵⁵ Sul punto, la Rec. (2018)8 del Consiglio d'Europa, al *punto 18* afferma che: "La giustizia riparativa dovrebbe essere un servizio generalmente disponibile. Il tipo, la gravità o la localizzazione geografica di un illecito non dovrebbero, di per sé e in assenza di ulteriori considerazioni, precludere alle vittime e agli autori dell'illecito di vedersi offerto un percorso di giustizia riparativa".

⁵⁶ L'articolo è stato introdotto dall'art. 1, co. 1, della L. 23 giugno 2017, n. 103.

La principale peculiarità dell'istituto risiede nella previsione di un attivo coinvolgimento della persona offesa nelle dinamiche procedurali che conducono alla dichiarazione di estinzione: il giudice procedente dichiara estinto il reato previa audizione delle parti, fra le quali anche la persona offesa. Il coinvolgimento della vittima può definirsi attivo in punto di valutazione circa l'effettività del risarcimento del danno e circa il corretto adempimento delle condotte riparatorie volte all'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dannose del reato.

Al pari di quanto detto in relazione alla sospensione del procedimento con messa alla prova, l'istituto è ben lontano dal poter essere qualificato come un programma propriamente riparatorio: è evidente la funzione procedimentale dello stesso – principalmente volto ad una più celere definizione del procedimento – e, al contempo, la natura delle prestazioni, alle quali l'imputato è chiamato per ottenere l'estinzione del reato, hanno un contenuto nella prassi giudiziaria prettamente pecuniario e risarcitorio, ben lontano dalle *dinamiche relazionali* sulle quali i programmi riparativi si fondano⁵⁷.

La sperimentazione di programmi di giustizia riparativa trova luogo propizio soprattutto in fase esecutiva, ossia *post iudicatum*: in tale fase l'applicazione di paradigmi riparativa incontra meno ostacoli, circostanza dovuta al fatto che, essendo il processo di cognizione conclusosi con una sentenza di condanna, non opera più la presunzione di non colpevolezza, sancito dall'art. 27, co. 2 della Costituzione⁵⁸. Di conseguenza, una volta accertata giuridicamente la responsabilità penale del reo, è possibile aprire la fase esecutiva alla sperimentazione di programmi aventi natura riparativa in ragione della non operatività di molte delle garanzie processuali poste a tutela dell'imputato in fase di cognizione.

Percorsi di giustizia riparativa possono trovare adito per mezzo della previsione di cui all'art. 13 co. 3 della legge n. 354/1975⁵⁹, la quale – in linea con quanto previsto dall'art. 27, co. 1 D.P.R. n. 230/2000 – consente di procedere alla “osservazione della personalità” inquadrandovi “una riflessione sul fatto commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione”. La disposizione presenta un interessante risvolto pratico nelle dinamiche esecutive della pena, sottolineato dal fatto che sulla base dei risultati dell'osservazione della personalità è redatto un programma di trattamento specifico, funzionale alla rieducazione del reo. La norma non detta

⁵⁷ L'unico punto di contatto fra l'imputato e la vittima si realizza in sede di audizione delle parti per la valutazione circa il buon esito delle condotte riparatorie; è evidente che manchi un momento relazionale e/o dialogico, che rappresenta il perno di ogni programma riparatorio.

⁵⁸ L'operatività del principio di non colpevolezza, sancito dall'art. 27, co. 2 Cost., pone notevoli problemi circa la possibilità di esperire programmi riparativi nel corso della fase di cognizione. Al riguardo, notevoli dubbi di compatibilità costituzionale, con il suddetto principio, ha sollevato la previsione, in molti degli atti sovranazionali in materia di giustizia riparativa, di una “*conditio sine qua non*” nel necessario riconoscimento, da parte dell'autore/imputato del fatto di reato, dei fatti essenziali della vicenda.

⁵⁹ Come sostituito dall'art. 11, co. 1, lett. d) d. lgs. n. 123/2018.

disposizioni di tipo pratico circa l'attuazione concreta di programmi di giustizia riparativa: questa ha solamente la funzione di incentivare un'introspezione critica del reo in merito al fatto di reato commesso; è evidente come l'istituto, per ragioni intrinseche alle dinamiche esecutive della pena, non preveda in concreto un attivo coinvolgimento della vittima nel procedimento ivi descritto, mancando pertanto uno degli elementi essenziali di ogni percorso effettivamente riparatorio.

Importanti spazi all'applicazione di programmi riparativi si aprono, inoltre, per mezzo dell'istituto dell'affidamento in prova ai servizi sociali, previsto dall'art. 47 della l. 354/1975. L'istituto si presta a programmi di tipo riparativo in ragione della prescrizione, al co. 7 del medesimo articolo, secondo cui “[...] l'affidato si adoperi, in quanto possibile, in favore della vittima del suo reato [...]”.

La disposizione in esame, sebbene rappresenti un importante punto di contatto fra l'autore del reato e la vittima, non presenta i connotati propri di un programma *puramente riparativo*: ciò che difetta, al pari di quanto visto in merito alla funzione del lavoro di pubblica utilità nei confronti della comunità – con riferimento alla sospensione del procedimento con messa alla prova – è la spontaneità delle condotte poste in essere in favore della vittima da parte del reo. In assenza di volontarietà della condotta, non è possibile inquadrare l'istituto fra i modelli di giustizia riparativa, *strictu sensu* intesi. A ciò si aggiunga la circostanza che, come la prassi ha ampiamente dimostrato, l'adesione del condannato a programmi latamente riparatori, inseriti nel verbale di concessione dell'affidamento in prova, è spesso motivata dalla volontà di guadagnare anticipatamente la libertà ed uscire dalle dinamiche carcerarie, piuttosto che dall'intento di ricomporre la frattura sociale cagionata dalla commissione del fatto di reato⁶⁰. Al difetto di una spontanea volontà di adesione da parte del reo, si aggiunge una “*totale assenza della componente comunicativo-relazionale tra l'autore del reato e la vittima*”⁶¹.

La rapida disamina degli istituti ha evidenziato, ancora una volta, come i varchi per permettere l'implementazione di programmi riparatori nel sistema penale italiano non manchino, sia in fase di cognizione che in fase esecutiva della pena: ciò che manca, ad oggi, è la predisposizione di una regolamentazione organica dei programmi di *restorative justice* al livello nazionale e, soprattutto, la volontà di virare in favore di politiche criminali che sposino, a pieno, gli ideali giuridici e sociali dei programmi di giustizia riparativa.

⁶⁰ In questi termini, G. DARAIO, in *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI e A. MACRILLÒ (a cura di), op. cit. L'adoperarsi del reo nei confronti della vittima potrebbe esaurirsi nell'offerta di una compensazione pecuniaria, simile ad un risarcimento del danno anziché ad una riparazione delle conseguenze dannose del reato, senza che sia intrapreso alcun percorso di revisione critica del fatto commesso.

⁶¹ È di questo parere F. DELLA CASA, in *Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) pay-back sanction? Equivoci sul significato dell'art. 47 comma 7 ord. penit.*, in P. TRECCI – M. CAFIERO (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa. Il servizio sociale nel sistema penale e penitenziario*, GIUFFRÈ, Milano, 2007.

1.4 Verso una disciplina organica in materia di giustizia riparativa: dal *fallimento* della legge-delega n. 103/2017 al dibattito attuale in merito alla legge-delega n. 134/2021

Come analizzato nel paragrafo precedente, il principale ostacolo all'ingresso dei programmi di giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano dipende, in gran parte, dalla circostanza che non è stata predisposta, al riguardo, una disciplina organica del settore. Alle numerose fonti internazionali ed euro-comunitarie che hanno invitato gli Stati a sperimentare e dotarsi di pratiche riparative, il sistema penale italiano ha risposto in modo disorganico, introducendo saltuariamente contenuti riparatori negli istituti procedimentali e nelle misure alternative già presenti, senza spingersi ad introdurne di nuovi che potessero esprimere, al meglio, il potenziale insito nei paradigmi riparativi⁶².

Un'occasione mancata per dotare il sistema penale italiano di una disciplina organica e razionale in punto di giustizia riparativa si è manifestata nell'esercizio della delega conferita con legge n. 103/2017, nel progetto di riforma del procedimento penale c.d. *Orlando*. La riforma in esame ha toccato numerosi aspetti del procedimento penale, tanto in fase di cognizione quanto in fase esecutiva della pena. Ai fini della presenta trattazione appare opportuno soffermarsi sugli spunti, in materia di giustizia riparativa, che la legge-delega n. 103/2017 ha offerto e sulle modalità di esercizio concreto della stessa delega.

La legge-delega conteneva, al suo interno, un esplicito riferimento all'introduzione di programmi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano, da collocarsi tanto nella fase propriamente cognitiva, quanto in fase esecutiva della pena. Nello specifico, l'art. 1, co. 85, lett. f) della legge n. 103/2017 faceva esplicito riferimento alla previsione e all'adozione di "attività di giustizia riparativa", da collocarsi prevalentemente nella fase esecutiva della pena, sia qualora la stessa fosse di natura detentiva ed eseguita secondo modalità inframurarie, sia qualora il condannato avesse beneficiato di misure alternative alla detenzione⁶³.

La previsione di un esplicito criterio direttivo della delega in materia di giustizia riparativa ha, naturalmente, condotto il legislatore delegato a predisporre una disciplina *ad hoc*, che

⁶² Si veda, al riguardo, l'adozione del d. lgs. n. 212/2015, con il quale lo Stato italiano ha recepito la Dir. 2012/29/UE, finalizzata all'ampliamento delle tutele predisposte alla vittima nel corso del procedimento penale. Al riguardo, infatti, sebbene la Dir. auspicasse l'adozione di specifici programmi di giustizia riparativa da espletarsi nell'interesse e a favore della vittima, il d. lgs. di recepimento non ha provveduto alla definizione di una disciplina organica della materia né tantomeno ha implementato nuovi istituti di giustizia riparativa, aggiungendo invece contenuti latamente riparatori negli istituti già previsti dall'ordinamento penale vigente.

⁶³ L'art. 1, co. 85, lett. f) della l. n. 103/2017 recita:

"Fermo restando quanto previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nell'esercizio della delega di cui al comma 82, i decreti legislativi recanti modifiche all'ordinamento penitenziario, per i profili di seguito indicati, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...]

f) previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative;"

regolamentasse organicamente il settore interessato. Senonché, sebbene fosse stato predisposto uno schema di d. lgs. con A.G. n. 29, appositamente dedicato ai temi della giustizia riparativa, sotto questo punto di vista la riforma è rovinosamente deragliata: il Parlamento non ha infatti approvato il disegno di decreto legislativo presentato alle Camere e, conseguentemente, è caduto nel vuoto il primo vero tentativo di introdurre, a livello nazionale, una disciplina organica di settore in tema di *restorative justice*.

Il disegno di d. Lgs. aveva presentato una disciplina organica che intendesse introdurre nell'ordinamento penale e regolamentare gli istituti di giustizia riparativa, fornendone una normazione che rappresentasse un solido punto di partenza per le successive evoluzioni del settore. Al riguardo, il decreto legislativo, in apertura, forniva una definizione normativa di “*giustizia riparativa*” mutuata, per ampi tratti, dalle varie definizioni fornite al livello sovranazionale, in particolare dalla Rec. n. (99)19 del Consiglio d'Europa, dalla Dir. 2012/29/UE e dalla Rec. n. (2018)8 del Consiglio d'Europa.⁶⁴

Il d. Lgs. proseguiva con la definizione delle garanzie procedurali da riconoscere, obbligatoriamente, nei confronti delle parti di un programma riparativo. In favore della vittima è sancita la garanzia che ogni percorso di giustizia riparativa potesse avere corso a condizione che la stessa avesse prestato, in forma scritta, consenso informato, ritrattabile in ogni momento. Al riguardo, l'art. 4 prevedeva un capillare obbligo di informazione nei confronti delle parti circa la possibilità concreta di ricorrere a programmi di giustizia riparativa, nonché circa il contenuto, le modalità di svolgimento e i possibili esiti dei singoli programmi⁶⁵. Si prevedeva che l'obbligo di informazione nei confronti della vittima, in ossequio alle linee guida tracciate a livello sovranazionale, dovesse essere adempiuto fin dal primo contatto con l'autorità competente. Nei confronti dell'autore del reato, invece, era previsto che questi dovesse essere informato sulla possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa, nonché sul loro contenuto e sui possibili esiti, sia in fase di cognizione dall'autorità procedente, sia in fase *post*

⁶⁴ All'art. 1, co. 1, si stabiliva che: “La giustizia riparativa consiste in ogni procedimento che coinvolga l'autore di reato, la vittima e, ove possibile, la comunità, diretto a comporre il conflitto generato dal reato e a ripararne le conseguenze”. La definizione è molto simile a quelle fornite al livello sovranazionale. Sono presenti delle piccole differenze che, in ogni caso, non vanno a modificare la sostanza del concetto normativo:

- a) al livello sovranazionale, la partecipazione delle parti al programma viene definito come “*attivo*”, diversamente questa caratteristica non figura nella definizione in esame;
- b) gli atti normativi sovranazionali inseriscono, già nella definizione, la circostanza fondamentale che in tanto si possa procedere ad un programma di giustizia riparativa in quanto le parti vi abbiano liberamente acconsentito;
- c) le definizioni sovranazionali fanno riferimento alla partecipazione al procedimento riparativo, quale *conditio sine qua non*, della figura di un esperto, terzo e imparziale, che viene definito come “*facilitatore*”, diversamente la definizione prevista nell'atto nazionale parla di questa figura in termini di “*mediatore*”, alludendo ad uno dei programmi tipici di giustizia riparativa, ossia la mediazione penale reo-vittima.

⁶⁵ La relazione illustrativa precisa che tale informazione “può essere data da tutte le professionalità che, a vario titolo, entrano in contatto con la vittima o con l'autore del reato (non solo magistrati, ma anche difensori, operatori dei servizi sociali, U.E.P.E.). Il Dossier del Senato sul disegno di d. lgs. evidenzia che è opportuno, al riguardo, specificare, in termini più puntuali, in capo a quali soggetti ricade l'obbligo di informazione di cui all'art. 4.

iudicatum dall'U.E.P.E. (se ha avuto accesso ad una misura alternativa alla detenzione) o dall'amministrazione penitenziaria (se la pena si svolge secondo modalità inframurarie), fin dall'inizio dell'esecuzione della pena⁶⁶. Inoltre, sempre a tutela della posizione dell'autore del reato, all'art. 2 si prevedeva che le dichiarazioni rilasciate e le informazioni fornite nel corso dei suddetti programmi non fossero utilizzabili nel corso del procedimento penale a suo carico per il medesimo fatto⁶⁷, anche se per lo stesso fosse già stata pronunciata sentenza di condanna, e che dovesse sussistere, in capo al mediatore che ha curato l'espletamento del programma, un divieto di testimonianza nel processo su quanto appreso nel corso e in ragione della mediazione. Inoltre, a tutela della genuinità dei percorsi di giustizia riparativa, si prevedeva che gli stessi non potessero essere posti quali condizioni per l'accesso a benefici penitenziari o misure alternative alla detenzione⁶⁸.

Il disegno di decreto si faceva carico anche della individuazione dei soggetti che avrebbero potuto assumere, in ragione della qualifica professionale, la posizione di mediatore, nonché della loro formazione specificamente finalizzata alla gestione di programmi di giustizia riparativa.

Il disegno di d. Lgs. introduceva, inoltre, anche dei sommari cenni circa le modalità di svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, nonché in merito al valore procedimentale degli esiti raggiunti in seno ai suddetti programmi. I tratti qualificanti della disciplina evidenziavano una notevole attenzione, riposta dal legislatore delegato, alla costruzione di schemi procedimentali che fossero, al contempo, privi della gravosa formalità tipica dei riti classici e idonei al raggiungimento di risultati conciliatori, nel rispetto della dignità e delle garanzie predisposte a tutela delle parti causa il programma riparativo non sortisca esito positivo⁶⁹.

⁶⁶ Per quanto riguarda il condannato detenuto in regime carcerario, la relazione illustrativa al disegno di d. lgs. specifica che le informazioni circa la possibilità di accedere ad un programma di giustizia riparativa debbano essere fornite attraverso la “*carta dei servizi sociali*”, posta a disposizione del condannato fin dal primo momento in cui egli fa ingresso nell'istituto di pena.

⁶⁷ Al riguardo, dal Dossier rilasciato dal Senato, in data 26 giugno 2018, sul disegno di d. lgs. in esame, emergono perplessità circa la formulazione della norma, nel senso che la *littera legis* non introdurrebbe un divieto di utilizzabilità delle dichiarazioni fornite in altro procedimento, anche se collegato a quello avente ad oggetto i fatti per cui è stato intrapreso un percorso di mediazione.

⁶⁸ In tal modo si vuole evitare che tali programmi siano del tutto svuotati di contenuto effettivamente riparatorio, essendo ridotti solamente ad un'opzione favorevole all'autore per poter beneficiare di misure alternative o benefici penitenziari e perdendo del tutto la finalità di giungere ad una revisione critica del fatto di reato e di addivenire alla composizione della frattura sociale cagionata dal reato.

⁶⁹ All'art. 8 si precisa infatti che i programmi di giustizia riparativa devono essere espletati nel rispetto della dignità delle persone coinvolte e delle garanzie sancite dall'art. 2 dell'A.G. 29. Dal Dossier del Senato, emesso in data 26 giugno 2018 sul disegno di d. lgs., emergono, in sintesi, le seguenti fasi procedimentali:

a) colloqui preliminari del mediatore con l'autore del reato e con la vittima: la finalità dei colloqui è sia quella di adempiere all'obbligo informativo (di cui all'art. 1), sia di ottenere un consenso informato all'espletamento del programma (di cui all'art. 2);

Sebbene l'A.G. n. 29 presentasse un'impalcatura solida, idonea alla predisposizione di basi normative ben salde sulle quali introdurre e sperimentare programmi di giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano, tali disposizioni non sono state tradotte in legge, sicché ad oggi gli operatori – pubblici e privati – interessati nell'avviamento di esperienze di giustizia riparativa possono farlo sulla scorta di accordi e protocolli locali stipulati su base spontaneistica e volontaristica⁷⁰.

Nelle more di un'importante riforma del processo penale, che ha preso corso sotto l'attuale esecutivo, l'introduzione e la regolamentazione organica delle pratiche di giustizia riparativa è tornata nuovamente sotto i riflettori della politica criminale. Il progetto di riforma del processo penale c.d. *Cartabia*, che prende il nome dall'attuale Ministro della Giustizia, è nuovamente tornato sul tema della giustizia riparativa, sulla spinta di orientamenti politici e giuridici non dissimili da quelli che avevano alimentato la riforma c.d. *Orlando* del 2017, il cui esito – almeno in tema di *restorative justice* – è stato senz'altro fallimentare. L'esito, al quale la precedente riforma è giunta, ha dimostrato – se ancora ve ne fosse bisogno – la difficoltà di introdurre un paradigma di giustizia del tutto innovativo in un contesto giuridico che si fonda su ideali del tutto contrapposti, e che fatica ad abbandonare l'idea di un “*diritto penale con la spada*”⁷¹.

Sebbene le nuove prospettive di *restorative justice* che si delineano all'orizzonte della riforma c.d. *Cartabia* saranno oggetto di una più approfondita trattazione nel corso del presente elaborato, appare opportuno, in questa sede, iniziare a delineare, per sommi tratti, quali siano le direttrici conferite dalla legge-delega n. 134/2021.

La centralità che il paradigma riparativo assume nel disegno riformatore è evidenziata dalla circostanza che un primo riferimento alla giustizia riparativa è contenuto nella rubrica della medesima legge-delega: nonostante la molteplicità dei punti sui quali la riforma intende intervenire, la rubrica della legge delega è la seguente: “*Delega al Governo per l'efficienza del*

-
- b) in caso di consenso delle parti, avvio del programma, finalizzato alla responsabilizzazione del reo e alla riparazione dell'offesa (se sono avviati in fase *ante iudicatum*, i programmi devono essere condotti in modo tale da evitare il rischio di vittimizzazione secondaria);
 - c) eventuale conclusione del programma con un accordo di riparazione dal contenuto anche solamente simbolico (il ristoro materiale non è, infatti, scopo principale del programma riparativo), il quale può prevedere anche solo scuse formali dell'autore o la prestazione di attività socialmente utili in favore della comunità: il corretto adempimento dei contenuti dell'accordo deve essere seguito e verificato dal mediatore, allo scopo di elidere i rischi di vittimizzazione secondaria;
 - d) informazione del mediatore al magistrato di sorveglianza (o al giudice procedente, se in fase *ante iudicatum*) dell'esito del programma, anche se negativo: in ogni caso, l'eventuale esito negativo non può essere considerato come elemento preclusivo per l'accesso alle misure alternative o ad altri benefici penitenziari;
 - e) i risultati dell'accordo e le sue modalità esecutive devono essere oggetto di valutazione da parte della magistratura di sorveglianza sul percorso di reinserimento sociale del condannato;

⁷⁰ In questi termini G. DARAIO, *La giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI e A. MACRILLÒ (a cura di), op. cit.

⁷¹ Riprendendo l'espressione coniata da G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit.

processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”. Le ragioni che hanno indotto, il legislatore delegante, a dedicarvici una menzione specifica nella rubrica della legge delega sono evidenti: la giustizia riparativa assume un ruolo imprescindibile per l’abbandono della visione *carcerocentrica* che tuttora permea l’ordinamento penale. In altri termini, essa si propone come un contraccettivo necessario per il superamento della centralità *asfissiante* della pena detentiva, una tipologia di pena che, oltre ad essere svantaggiosa in termini economici – perché molto onerosa per lo Stato in termini di organizzazione e gestione degli istituti di pena – si appalesa essere anche poco funzionale ed efficace sotto il profilo della riduzione dei tassi di recidiva⁷².

Lo scopo principale della riforma consiste nella razionalizzazione di un sistema che, a sprazzi, contempla istituti vagamente riparativi, presenti tanto nella fase di cognizione quanto nella fase esecutiva della pena⁷³. Una delle ragioni che ha comportato la notevole arretratezza del sistema penale italiano in tema di giustizia riparativa è da rinvenirsi proprio nella disorganicità della disciplina in materia: il progetto riformatorio intende apprestare un correttivo a questo “*caos normativo*”, così da predisporre una base solida per la sperimentazione degli innovativi paradigmi riparativi.

La riforma, in tema di giustizia riparativa, intende, metaforicamente, costruire un palazzo dalle fondamenta: in base all’art. 18, lett. a) l. 134/2021, nell’esercizio della delega il legislatore delegato dovrà: “*introdurre, nel rispetto delle disposizioni della direttiva 2012/29/UE [...] e dei principi sanciti a livello internazionale, una disciplina organica della giustizia riparativa, quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti, nell’interesse della vittima e dell’autore del reato*”.

La legge delega, pubblicata in G.U. in data 27 settembre 2021, prevede un anno di tempo per addivenire alla predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa, da elaborare nel rispetto dei principi e dei criteri di delega in essa delineati. Qualora l’esercizio della delega dovesse andare a buon fine, questo rappresenterebbe un notevole passo in avanti verso l’aggiornamento dell’ordinamento giuridico nazionale ai canoni che, ormai da tempo, sono stati elaborati a livello internazionale in materia di *restorative justice*.

⁷² Sul punto è prezioso il contributo offerto da E.A.A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell’ambito della legge delega Cartabia*, in Archivio Penale, 2021 – n. 3, nel quale la giustizia riparativa è vista come “il fiore all’occhiello” del progetto riformatorio, il quale intende essere un segnale del cambio di rotta rispetto al c.d. “*penale-spazza*” e contrapporsi al populismo penale, il quale propende, come risposta alla crisi della modernità penale e all’aumento dei tassi di recidiva, all’inasprimento sanzionatorio.

⁷³ F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema Penale*, 8 settembre 2021, ricorda l’esistenza di congegni riparativi negli istituti della sospensione del processo con messa alla prova e nell’esecuzione della pena detentiva, fra cui principalmente l’affidamento in prova ai servizi sociali.

È altresì evidente come la predisposizione di una disciplina organica rappresenti solamente il primo passo di un processo più ampio, finalizzato, in ultima istanza, all'accoglimento di un nuovo paradigma di giustizia che, complessivamente, permetta il superamento della visione *carcerocentrica* che tuttora pervade una “*giustizia vendicativa*”⁷⁴, che è stata comprovata essere inefficace e distante dalle moderne istanze della società nei confronti del diritto penale.

2. Definizione di un concetto universale di giustizia riparativa: gli elementi essenziali

Nel § 1.1 è stato evidenziato come, ad oggi, sia difficile rinvenire una definizione *statica* di *restorative justice*. Il tentativo di giungere ad un’*ontologia condivisa* del nuovo paradigma di giustizia si scontra, inevitabilmente, con la flessibilità concettuale e l’informalità procedurale di cui la giustizia riparativa è portatrice: questo comporta che sia notevolmente difficile giungere ad una definizione normativa dell’istituto che rappresenti e tenga conto della fluidità con cui i vari modelli di giustizia riparativa trovano applicazione nei vari ordinamenti giuridici. Per questo motivo, sembrerebbe essere maggiormente funzionale rifuggire da una definizione *monolitica* e andare alla ricerca degli elementi e dei principi fondanti che, a vario titolo, devono figurare nei vari modelli di giustizia affinché possano essere qualificati come *propriamente riparativi*.

2.1 Principi di inclusione e di partecipazione

Lo sviluppo di un modello alternativo di giustizia, volto al superamento di una c.d. “*giustizia vendicativa*”, non può che prendere le mosse dall’analisi delle criticità che il sistema attuale presenta, per giungere ad elaborare dei correttivi che vadano incontro alle istanze e al “*bisogno di giustizia*” che la società manifesta.

Un punto di partenza potrebbe essere offerto dalla percezione che generalmente le parti del processo penale hanno delle dinamiche processual-penalistiche vigenti. Al riguardo, occorre precisare, fin dal principio, che le dinamiche processuali non possono che generare malcontento in capo ad una – o più – delle parti in causa: questa circostanza è dovuta dalla logica *contenziosa* intrinseca al processo penale. Se da una parte risulta essere utopistico pensare una costruzione processuale che riesca a soddisfare perfettamente gli interessi delle parti senza generare malcontento, dall’altra è d’obbligo tentare di costruire modelli alternativi che permettano, a certe condizioni, alle parti di giungere ad un punto d’incontro che non appaia, per nessuna delle due, una sconfitta.

⁷⁴ Espressione testualmente utilizzata da E.A.A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell’ambito della legge delega Cartabia*, in Archivio Penale, 2021 – n. 3.

Al riguardo, dati statistici e ricerche scientifiche dimostrano che quando le vittime non sono soddisfatte della conduzione o dell'esito del processo, ciò dipende generalmente da una mancanza di attenzione nei confronti delle esigenze di cui esse sono portatrici⁷⁵; in altri casi, l'insoddisfazione delle vittime dipende dalla circostanza che esse percepiscono che il sistema processuale risulti essere più attento e vicino ai bisogni degli imputati, piuttosto che a quelli di cui esse sono portatrici nel processo stesso.⁷⁶ Dalla raccolta delle esperienze dei soggetti che assumono la qualifica di parti processuali emerge che queste percepiscono i servizi di giustizia, offerti dallo Stato, come principalmente funzionali a soddisfare esigenze istituzionali piuttosto che le reali esigenze delle persona che lo Stato stesso si prefigge di servire e tutelare. Dall'analisi appena compiuta, emerge che il principale angolo morto del sistema giudiziario penale tradizionale è l'inclusione e la partecipazione attiva della vittima⁷⁷.

Dai due principi appena menzionati appare opportuno prendere le mosse per giungere ad una definizione “funzionale” dei paradigmi di giustizia riparativa, intesi come modelli di giustizia che, ponendosi in alternativa ai classici canoni del processo penale, tentino di dare soddisfazione alle istanze provenienti dai “fruitori” della giustizia.

I principi di inclusione e partecipazione risultano essere strettamente correlati a tal punto da apparire come un'endiadi: si potrebbe argomentare che non può esservi inclusione senza partecipazione, e viceversa. Tuttavia, è possibile individuare un'accezione di significato diversa fra i due principi.

Il *principio di inclusione* tende alla costruzione di un processo – o di un programma riparativo – che sia in grado di rispondere alle esigenze di tutte le parti (vittima o autore del fatto di reato), astraendosi dalla logica classica del processo quale procedura eminentemente finalizzata alla costruzione della prova e all'accertamento della responsabilità penale. Secondo la dottrina più autorevole⁷⁸, la costruzione di un modello di giustizia che tenda verso la massima inclusione delle parti che sono state danneggiate da un fatto di reato intende dare risposta a degli interrogativi diversi rispetto a quelli a cui tenta di rispondere la procedura penale classica. Se le dinamiche del processo penale tendono a rispondere alla domanda: “*È possibile affermare la responsabilità dell'imputato per il fatto di reato oggetto di imputazione?*”, le domande alle

⁷⁵ M.S. UMBREIT e M. PETERSON ARMOUR, *Restorative Justice and Dialogue: Impact, Opportunities, and Challenges in the Global Community*, 36 Wash. U. J. L. & Pol'y 65 (2011).

⁷⁶ Il rilievo è emerso da alcuni studi condotti, nel 2002, da C. HOYLE, R. YOUNG e R. HILL. I risultati dello studio dimostrano come il processo penale, inteso come luogo di formazione delle prove sulla base della quali sarà emessa sentenza, fornisca una tipologia di assistenza ed ascolto che la vittima percepisce come distaccati anche in ragione delle molteplici (fondamentali) garanzie che gli ordinamenti prevedono in favore degli imputati.

⁷⁷ Riportando le parole di T. CHAPMAN, *La giustizia riparativa in Europa: sfide e opportunità*, in *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, di P. PATRIZI (a cura di), Carocci Editore, 2019.

⁷⁸ H. ZEHR, in *The little Book of Restorative Justice*, Intercourse, PA: Good Books, 2002.

quali cercano di dare i modelli di giustizia improntati ad un paradigma di massima inclusione sono le seguenti: “*Chi ha subito un danno? Quali sono i loro bisogni? Chi è responsabile per questo? Come è possibile agire collettivamente per ripristinare l’ordine violato?*”.⁷⁹ Com’è facile intuire, gli obiettivi che intende raggiungere un paradigma di giustizia improntato al principio di inclusione hanno un raggio assai più ampio rispetto a quello in cui agisce il processo penale classicamente inteso.

Le diversità riscontrate nel perimetro d’azione dei diversi modelli comporta la partecipazione di nuovi soggetti al paradigma riparativo, improntato alla massima inclusione delle parti: *ex multis*, la maggiore peculiarità risiede nell’assunzione di un ruolo attivo da parte della comunità nella risoluzione del conflitto sociale emergente dal reato.

La partecipazione attiva della comunità assume una *funzione catalizzatrice* per il raggiungimento degli scopi principali del paradigma riparativo: la possibilità che questa possa farsi portatrice delle proprie istanze – fin da una fase procedimentale o, addirittura, pre-procedimentale – nonché comprendere le dinamiche sociali che hanno condotto alla commissione del fatto di reato, previene molti degli “*effetti collaterali*” che conseguono all’applicazione degli schemi processuali classici, sia in fase di cognizione che in fase esecutiva. Fra questi, quello che spicca è soprattutto il pericolo di recidiva dell’autore, che deriva, nella maggior parte dei casi, da un mancato reintegro dello stesso nel tessuto sociale a seguito dell’espiazione della pena: l’inclusione della comunità, fin da una fase *ante iudicatum*, apre la possibilità di un dialogo fra autore e comunità stessa, una componente che è del tutto assente nelle dinamiche procedimentali tradizionali e che, invece, è imprescindibile nei percorsi riparativi.⁸⁰

L’inclusione, inoltre, favorisce l’ascolto, altra componente essenziale dei percorsi riparativi al fine di soddisfare le istanze di giustizia provenienti dalle parti. La centralità dell’ascolto nei percorsi riparativi è una conseguenza immediata di un assunto di fondo: il reato deve essere primariamente considerato, oltre che una violazione dell’ordinamento giuridico positivo, come una lesione dei diritti soggettivi di cui la vittima si fa portatrice e dei beni superindividuali, di cui la comunità si fa garante nei confronti del singolo.⁸¹

⁷⁹ H. ZEHR, *ibidem.*, traduzione dall’inglese: “*Who has been harmed? What are their needs? Whose obligations are these? How do we collectively work to put things right?*”.

⁸⁰ Al riguardo, il punto 3 del Preambolo dei “*Basic principles on the use of restorative justice in social matters*”, Risoluzione n. 12/2002, adottata dall’Economic and Social Council delle Nazioni Unite in data 27/07/2000, afferma che: “La giustizia riparativa è una risposta evolutiva ai reati che [...] costruisce comprensione e promuove armonia sociale attraverso la cura delle vittime, degli autori del reato e delle comunità”.

⁸¹ Questa nuova logica di concepire il reato, alla base dei paradigmi riparativi, è stata positivizzata anche a livello sovranazionale; la Rec. (2018)8 del Consiglio d’Europa, nei *consideranda* introduttivi all’atto normativo, giustifica l’adozione della raccomandazione in questione sulla base della considerazione che: “[...] il reato implica la violazione di diritti e relazioni degli individui, la cui riparazione può richiedere una risposta che vada oltre le sanzioni penali”.

Da questo postulato discende il diritto delle vittime e della comunità di partecipare attivamente alla gestione del conflitto e perciò di essere ascoltate, secondo una logica di inclusione e partecipazione⁸². Secondo l'opinione appena riportata, la partecipazione delle componenti sociali ai programmi di giustizia riparativa assume quasi i connotati di un vero e proprio *diritto soggettivo*, funzionale al miglior soddisfacimento delle pretese individuali e collettive scaturenti dalla commissione di un fatto di reato; tuttavia, allo stato delle cose, apparrebbe più opportuno darne una qualificazione come mero interesse, anche se socialmente diffuso.

In ogni caso, è innegabile che la partecipazione estesa a ulteriori categorie di soggetti, tuttora assenti nel processo penale, rappresenti un vero e proprio *trademark* del paradigma riparativo. I rilievi appena evidenziati hanno trovato conferma positiva a livello sovranazionale, sull'assunto che l'inclusione alla quale tendono i programmi riparativi sia funzionale al raggiungimento di vari obiettivi: fra questi, i principali sono il miglior soddisfacimento delle istanze provenienti dalle parti – in una logica di compromesso mediato – e il rinvenimento di una soluzione concordata che permetta l'effettivo superamento dei pregiudizi promananti dal reato⁸³.

Il *principio di partecipazione* assume un'accezione di significato ulteriore rispetto al principio di inclusione: il secondo tende alla partecipazione materiale delle parti al programma riparativo, diversamente il primo implica che ad ogni persona che partecipi al programma sia dato il sostegno necessario per poter prendere attivamente parte al processo⁸⁴.

In questi termini, il principio di partecipazione agisce su un livello distinto rispetto a quello di inclusione: la partecipazione alla quale si tende non deve risultare sterile o solamente formale, ma deve avvenire in un contesto che supporti le parti nel processo di rinvenimento di una soluzione concordata.

Il sostegno, nelle more di un programma riparativo, è una tipologia di sostegno distinta da quello tuttora previsto nelle dinamiche del processo penale: le forme di supporto ivi previste sono logicamente pensate, e applicate, in funzione delle finalità che il processo persegue⁸⁵. Basti pensare, al riguardo, alle importanti garanzie processuali predisposte in favore della

⁸² In questi termini G. MANNOZZI e A.G. LODIGIANI, in *Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., p. 122; al riguardo, gli autori riportano J. ROBERTS, *Restorative Justice*, p. 165.

⁸³ Sul punto, la Rec. (2018)8 del Consiglio d'Europa, fra i *consideranda* introduttivi all'atto normativo, inserisce fra le ragioni che hanno supportato l'adozione dell'atto la considerazione della “[...] necessità di promuovere una maggiore partecipazione degli *stakeholders*, inclusi vittima e autore dell'illecito, altre parti coinvolte e la più ampia comunità, nell'affrontare e riparare il pregiudizio causato dal reato”.

⁸⁴ In questo senso, T. CHAPMAN, *La giustizia riparativa in Europa: sfide e opportunità*, in *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, P. PATRIZI (a cura di), op. cit.

⁸⁵ Oltre alle innumerevoli garanzie processuali predisposte in favore dell'imputato, è opportuno in questa sede riportare, a titolo esemplificativo fra le varie forme di tutela processuale predisposte in favore della persona offesa, la previsione dell'art.

persona offesa che presenti particolari condizioni personali quando si procede in relazione a specifiche fattispecie di reato altamente lesive della dignità o dell'integrità della vittima.

Nello specifico, importanti garanzie sono state introdotte, a più riprese, dalla legge n. 24/2014⁸⁶ e, successivamente, in recepimento della Dir. 2012/29/UE⁸⁷, dalla legge n. 212/2015⁸⁸: il legislatore nazionale, in adempimento agli obblighi euro-comunitari, ha inteso introdurre una disciplina a protezione della persona offesa, nelle varie fasi procedimentali, soprattutto dal rischio di vittimizzazione secondaria.

⁸⁶ La l. ha introdotto il co. 5-ter dell'art. 398 c.p.p., il quale prevede che, su richiesta della parte interessata, il giudice disponga che l'incidente probatorio sia esperito nelle forme di cui al co. 5-bis quando fra le persone interessate vi siano maggiorenni in condizioni di particolare vulnerabilità, desunta anche dalla fattispecie di reato per cui si procede. Il co. 5-bis, al quale il co. 5-ter fa rimando in relazione alle modalità "protette" di esperimento dell'incidente probatorio, prevede che: "Nel caso di indagini che riguardano ipotesi di reato previste dagli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater1, 609-quater e 609-octies, 609-undecies e 612-bis del codice penale, il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti".

⁸⁷ Dir. rubricata: "Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato".

⁸⁸ La l. ha introdotto alcune importanti modifiche al codice di procedura penale nell'ottica di aumentare le garanzie procedimentali in favore della persona offesa in condizioni di particolare vulnerabilità. La l. è intervenuta modificando vari articoli del c.p.p.:

- a) Art. 190-bis, limitatamente al co. 1-bis; l'articolo novellato così recita: "1) Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze. 1-bis) La stessa disposizione si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni diciotto e, in ogni caso, quando l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità".
- b) Art. 392 c.p.p., limitatamente al co. 1-bis: "1-bis) Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenne ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza".
- c) Art. 498 c.p.p., limitatamente al co. 4-quater: "4-quater) Fermo quanto previsto dai precedenti commi, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità, il giudice, se la persona offesa o il suo difensore ne fa richiesta, dispone l'adozione di modalità protette".

Non è da escludere che la suddetta riforma abbia avuto anche un secondo scopo, ossia quello di proteggere la genuinità della prova dichiarativa, la quale potrebbe essere contaminata dal pericolo che la persona offesa sia esposta ad una cosiddetta “*usura del dichiarante*” – fenomeno consistente nel rischio di una “*deformazione del racconto*” dei fatti quando lo stesso soggetto è chiamato a fornire più volte le stesse dichiarazioni sui medesimi fatti oggetto di prova – o a pressione psicologica derivante dalla concretizzazione del rischio di vittimizzazione secondaria.

Il filo rosso della riforma è stato un tendenziale aumento dei presidi posti a protezione della vittima – soggetta a particolari condizioni personali in ragione dell’età, delle condizioni psico-fisiche o di condizioni soggettive di vita che concorrono a definire la “*condizione di particolare vulnerabilità*”⁸⁹ – soprattutto da rischi di *vittimizzazione secondaria* dovuti all’espletamento di determinate fasi processuali che potrebbero portarla a contatto con l’autore del reato e potrebbero quindi ridestare la condizione di vittimizzazione subita in occasione della commissione del fatto di reato.

La tipologia di supporto che si pone alla base del nuovo paradigma riparativo opera su un piano diverso: privo delle rigide logiche procedimentali, il supporto in questione dovrebbe agire al livello dei bisogni umani della vittima. Oltre ad un ambiente giudiziario che si adoperi affinché la vittima non patisca gli effetti di una vittimizzazione secondaria, i servizi di giustizia riparativa si incentrano sulla predisposizione di appositi organismi che intraprendano, con la vittima stessa, un percorso di assistenza e superamento degli effetti materiali ed immediati derivanti dalla commissione di un fatto di reato.

Il passaggio chiave che implica il principio di partecipazione, nell’accezione sopra proposta, può essere in questi termini sintetizzato: occorre passare dalla previsione di una rete di disposizioni che proteggano la vittima alla creazione di un sistema che, attraverso vari operatori e organismi, la comprenda, la ascolti e la supporti nel superamento dei bisogni immediatamente conseguenti alla commissione di un fatto di reato.

Al netto di quanto appena esposto, è difficile pensare che un’attività così capillare possa essere compiuta contando unicamente sulle strutture e sui servizi di cui l’attuale sistema giudiziario dispone: è necessario, invece, aprire la gestione delle pratiche riparative a organismi dislocati

⁸⁹Art. 90-quater (“Condizione di particolare vulnerabilità”): “1. Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall’età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall’autore del reato”.

– di natura pubblica o anche privata – che possano capillarmente soddisfare la domanda proveniente dal tessuto sociale⁹⁰.

Nel garantire un effettivo sostegno alla vittima assume un ruolo fondamentale la predisposizione di servizi ai quali la vittima – così come altri soggetti ad essa equiparati per legge, ovvero i familiari della vittima stessa⁹¹ – ha diritto di accedere al fine di affrontare l'effetto di vittimizzazione che, inevitabilmente, si produce nelle dinamiche dell'accertamento procedimentale circa la commissione di un fatto di reato⁹². Per una maggiore efficienza dell'apparato, è opportuno ritenere che appaia maggiormente funzionale la previsione di servizi di assistenza alle vittime che siano erogati da enti, pubblici o privati, dislocati sul territorio, afferenti – ma non del tutto appartenenti – alle strutture delle autorità giudiziarie tradizionali. È necessario che il servizio eroghi servizi di informazione sui loro diritti, sostegno emotivo e psicologico, consulenza sugli aspetti finanziari e pratici delle procedure giudiziarie e supporto relativo alla prevenzione del rischio di *vittimizzazione secondaria e ripetuta*⁹³. Tali servizi potrebbero essere organizzati anche su base volontaria, a condizione che gli operatori siano muniti delle competenze professionali necessarie per offrire un'assistenza qualificata alla vittima del reato.

Inoltre, è necessario che l'accesso a tali servizi avvenga su base gratuita e sia, anzi, incentivato dalle stesse autorità giudiziarie competenti: queste, infatti, una volta ricevuta la denuncia, dovrebbero indirizzare la vittima presso i servizi di assistenza che risultano più idonei in relazione alla tipologia di reato commesso e all'esperienza di vittimizzazione raccontata dalla vittima⁹⁴. L'accesso ai servizi di assistenza e supporto non deve essere soggetto a limiti

⁹⁰ Sul punto, l'art. 8, co. 4, Dir. 2012/29/UE prevede che: "I servizi di assistenza alle vittime e gli eventuali servizi di assistenza specialistica possono essere istituiti come organizzazioni pubbliche o non governative e possono essere organizzati su base professionale o volontaria".

⁹¹ Sul punto, l'art. 8, co. 1, secondo capoverso della Dir. 2012/29/UE, dispone che: "I familiari hanno accesso ai servizi di assistenza alle vittime in conformità delle loro esigenze e dell'entità danno subito a seguito del reato commesso nei confronti della vittima".

⁹² In questi termini, A. DIAMANTE, *La Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal d. lgs. 212/2015*, op. cit.

⁹³ L'art. 9 della Dir. 2012/29/UE prevede che: "I servizi di assistenza alle vittime, di cui all'articolo 8, paragrafo 1, forniscono almeno:

- a) informazioni, consigli e assistenza in materia di diritti delle vittime, fra cui le possibilità di accesso ai sistemi nazionali di risarcimento delle vittime di reato, e in relazione al loro ruolo nel procedimento penale, compresa la preparazione in vista della partecipazione al processo;
- b) informazioni su eventuali pertinenti servizi specialistici di assistenza in attività o il rinvio diretto a tali servizi;
- c) sostegno emotivo e, ove disponibile, psicologico;
- d) consigli relativi ad aspetti finanziari e pratici derivanti dal reato;
- e) salvo ove diversamente disposto da altri servizi pubblici o privati, consigli relativi al rischio e alla prevenzione di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni".

⁹⁴ L'art. 8, co. 2 della Dir. 2012/29/UE prevede che: "Gli Stati membri agevolano l'indirizzamento delle vittime da parte dell'autorità competente che ha ricevuto la denuncia e dalle altre entità pertinenti verso gli specifici servizi di assistenza".

temporali che siano stabiliti in relazione allo sviluppo del procedimento penale: per un'esperienza di supporto efficace, è necessario che i servizi siano erogati prima, durante e anche per un lasso di tempo successivo alla conclusione del processo, assumendo come parametro l'evoluzione del percorso di vittimizzazione.

Infine, l'accesso ai servizi non dovrebbe essere subordinato alla presentazione di una formale denuncia all'autorità giudiziaria del fatto di reato per cui si procede⁹⁵.

Da quanto appena detto discende, come corollario necessario, che – per quanto la gestione e gli esiti dei programmi riparativi debbano essere necessariamente sottoposti ad un controllo attento e capillare da parte dell'autorità giudiziaria competente – al fine di progettare un sistema di giustizia riparativa che sia pienamente efficiente, è fondamentale procedere alla costruzione di un sistema procedimentale che si ponga in rapporto di *complementarità funzionale* con il sistema processual-penalistico vigente, e che a questo non si sovrapponga completamente.

Metaforicamente, il sistema di giustizia riparativa non potrebbe correre lungo stesso binario della giustizia penale tradizionale, come attualmente intesa, ma dovrebbe svilupparsi su un binario ad essa parallelo, fermo restando la necessità di rinvenire punti d'intersezione che saranno rappresentati dai necessari controlli che l'autorità giudiziaria competente dovrà esercitare sulle modalità di svolgimento e sugli esiti raggiunti nell'ambito dei programmi riparativi, quando di questi si terrà conto nella definizione della controversia in sede giurisdizionale⁹⁶.

2.2 Il principio di equità

Nel diritto processuale positivo l'equità assume un ruolo marginale: il principio di stretta legalità, che trova una ancor più rigida applicazione nel processo penale a garanzia delle parti – *in primis* dell'imputato – rende il ricorso all'equità un elemento quasi estraneo ai processi decisionali del giudice. Il ruolo marginale, che tale principio assume, potrebbe risultare ancor più paradossale se si pensa al comune sentire e alle aspettative che la società ripone nei confronti

⁹⁵ L'art. 8, co. 1, primo capoverso della Dir. 2012/29/UE prevede che: "Gli Stati membri provvedono a che la vittima, in funzione delle sue esigenze, abbia accesso a specifici servizi di assistenza riservati, gratuiti e operanti nell'interesse della vittima, prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale".

⁹⁶ Le fonti sovranazionali in materia di giustizia riparativa lasciano notevole libertà agli Stati nella facoltà di scegliere se prevedere l'intervento di programmi riparativi in fase processuale o in una fase esterna al processo. Qualora si opti per la costruzione di programmi riparativi che operino in fase *ante iudicatum*, allora gli atti normativi sovranazionali suggeriscono la predisposizione di specifici meccanismi in base ai quali gli esiti raggiunti in sede riparativa possano entrare e soprattutto avere peso nella definizione processuale della medesima vicenda, a seguito di un attento vaglio dell'autorità giudiziaria procedente.

Sul punto, il punto 20 della Risoluzione n. 12/2002 dell'Economic and Social Council delle Nazioni Unite (comunemente definita "*Basic Principles of restorative justice*") esplicitamente afferma: "Deve esserci una regolare consultazione fra le autorità giudiziarie in materia penale e gli organi amministratori dei programmi di giustizia riparativa per sviluppare una comprensione reciproca e per aumentare l'efficacia dei programmi e degli risultati della giustizia riparativa".

della giustizia, intesa in senso lato: è innegabile, infatti, che una decisione giudiziale venga percepita tanto più corretta e giusta quanto maggiore sia il soddisfacimento di un canone astratto di equità sostanziale.

Il ricorso ad una decisione secondo equità, nei canoni generali del diritto, implica un processo deliberativo del giudice che ha alla base dei parametri di giudizio diversi dalle norme astratte positivizzate dall'ordinamento giuridico vigente: decidere secondo equità implica che il giudice – discostandosi dalla rigida applicazione al caso concreto di norme prestabilite entro le quali la fattispecie sia sussumibile – faccia invece ricorso all'applicazione di una norma elaborata per la controversia in esame, qualora la rigida applicazione di una norma positiva astratta potrebbe dare esito ad una decisione sostanzialmente “ingiusta”. In termini di filosofia giuridica, l'equità assume una pregnanza di significato particolare: è un criterio per stabilire un equilibrio equitativo tra interessi di carattere morale e interessi utilitaristici, nei quali vanno ricompresi quelli che assicurano le esigenze di tutela di obiettivi pubblici o etici⁹⁷.

È facile intuire che quanto più si dia spazio a canoni equitativi di giudizio – che non possono non prescindere da una valutazione soggettiva e personale del soggetto giudicante, la cui “coscienza equitativa” dovrebbe sopperire ad una sostanziale ingiustizia della legge positiva – tanto più diminuiscono le garanzie e le esigenze di certezza del diritto, principi sui quali è saldamente incardinata la disciplina processuale e sostanziale del diritto penale vigente.

Non a caso, infatti, l'equità trova spazio applicativo soprattutto nell'ambito processual-civilistico, in cui la maggior parte delle controversie ha ad oggetto, in larga parte, diritti o interessi soggettivamente disponibili ad opera del soggetto che ne sia titolare. A ciò si aggiunge la circostanza che, in tanto il giudice potrà decidere secondo equità, in quanto sia la legge positiva ad attribuirgli tale facoltà: in altre parole, è l'ordinamento positivo stesso, nei casi in cui “riconosca” la possibilità che una sua rigida applicazione potrebbe risultare ingiusta, a conferire facoltà al soggetto decidente di discostarsi e decidere sulla base di un canone di giudizio che sia improntato ad equità sostanziale. In secondo luogo, la possibilità di decidere secondo equità è subordinata ad un concorde volere, in tal senso, manifestato dalle parti⁹⁸.

Potrebbe concludersi che, in alcuni settori, l'ordinamento prevede la possibilità di “rifuggire” dai suoi rigidi canoni applicativi, facendo ricorso al terreno instabile dell'equità, ma al

⁹⁷ In questi termini, G.M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.

⁹⁸ A tal proposito, i casi di giudizio secondo equità, nel diritto processuale civile, sono definiti dagli artt. 113 e 114 c.p.c., i quali prevedono rispettivamente:

- a) L'art. 113 c.p.c. stabilisce che nel pronunciarsi sulla causa, il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge non gli attribuisca il potere di decidere secondo equità; il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede il valore di millecento euro, salvo quelle derivanti da contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 c.c.;
- b) L'art. 114 c.p.c. dispone che il giudice, sia in primo grado che in grado d'appello, decide secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta;

contempo predispone una serie di correttivi e garanzie che selezionino le possibilità di ricorrervi e che, al contempo, attutiscano le controindicazioni derivanti dall'utilizzo di un canone del tutto sciolto dai rigidi schemi del principio di legalità sostanziale.

Per le ragioni appena esposte, sono evidenti le frizioni che un giudizio secondo equità potrebbe causare nelle dinamiche del processo penale.

Le ragioni a sostegno di questa interpretazione sono molteplici.

La principale ragione ostativa risiede nella circostanza che il processo penale, di per sé, ha ad oggetto diritti non disponibili, sui quali non si può decidere se non alla stregua di canoni di giudizio rigidamente previsti dalla legge. Il grande valore dei beni giuridici in gioco nelle dinamiche processual-penalistiche non lascia alcuno spazio alla possibilità di discostarsi da canoni giuridici prefissati dalla legge.

Inoltre, la presenza del pubblico ministero, come sostenitore dell'accusa in giudizio, evidenzia il rilievo che l'ordinamento attribuisce alla persecuzione di fatti qualificati dalla legge come reato e la preminenza della volontà di sottrarre, salvo eccezioni, il monopolio dell'azione penale alla volontà di soggetti privati.

A riprova della tesi sostenuta, è altresì di supporto la previsione dell'obbligatorietà dell'azione penale in capo al pubblico ministero, a norma dell'art. 112 della Costituzione: la costruzione di un sistema processuale che non lascia adito a valutazioni soggettive, in capo al pubblico ministero, se esercitare o meno l'azione penale in presenza di elementi che consentano di sostenere validamente l'accusa in dibattimento, entrerebbe in totale frizione con l'eventuale previsione della possibilità per il giudice di decidere secondo equità, sottraendosi ai rigidi schemi di giudizio previsti dalla legge.

Per le ragioni sopra esposte è difficile immaginare la compatibilità di un giudizio secondo equità – se inteso alla stregua dei canoni processual-civilistici – negli schemi processual-penalistici costruiti all'insegna del garantismo e della certezza del diritto. Di conseguenza, l'equità resta un ideale cui tendere nell'emettere una decisione che non potrà che fondarsi su canoni di stretta legalità.

L'equità assume un'importanza fondamentale, invece, nel corso delle procedure riparative: in tanto è possibile addivenire ad una soluzione *conciliatoria* fra le parti in quanto le stesse percepiscano come equa la procedura alla quale prestano libero consenso di partecipare. È questo, infatti, un vero e proprio dogma del nuovo paradigma riparativo: quanto più le procedure siano improntate ad un principio di equità, tanto maggiore sarà la fiducia che le parti riporranno nella possibilità di addivenire ad una soluzione conciliativa delle conseguenze derivanti dal reato. In questi termini, l'equità appare come una condizione necessaria affinché si realizzi una delle condizioni imprescindibili all'avvio di una procedura riparativa, ossia la

prestazione di un valido consenso, libero e consapevole, ad opera delle parti a che si proceda nelle forme del paradigma riparativo.

Ciò posto, l'equità assume molteplici accezioni di significato nel nuovo paradigma di giustizia: queste, combinandosi, concorrono a definire un principio che si presenta sotto varie sfaccettature semantiche e che, al contempo, è posto alla base delle più importanti garanzie predisposte in favore delle parti.

L'accezione di significato più basilare attiene al trattamento dei soggetti coinvolti: le parti, nonostante la posizione che ricoprono nello svolgimento della procedura mediativa, devono essere trattate in modo eguale e poste in una condizione di parità procedimentale⁹⁹. Non v'è dubbio che questo sia un assunto fondamentale per non distorcere il significato e le finalità proprie di ogni procedura latamente riparativa.

Il principio della parità di trattamento delle parti, cardine anche nella vigente procedura penale, è stato talvolta messo in discussione, nell'ambito delle procedure riparatorie, in ragione della circostanza che una notevole spinta verso l'introduzione di istituti riparativi sia stata promossa da atti sovranazionali, la cui adozione si inserisce all'interno di un più ampio disegno di politica criminale volto a rafforzare ed aumentare le garanzie poste a tutela delle vittime di reato¹⁰⁰. Da questa circostanza è sorta una quasi automatica equazione secondo la quale i programmi riparativi dovessero essere condotti sempre a favore della vittima del reato, ossia dovessero essere primariamente volti al soddisfacimento degli interessi delle vittime, anche a costo di oscurare la figura dell'autore di reato, anch'egli portatore di istanze da tenere debitamente in conto nella definizione degli esiti della procedura mediativa.

Un'interpretazione a tal punto orientata in favore della vittima da abbandonare la *cura* degli interessi dell'autore del reato deve essere evitata, a costo di rinnegare un assunto fondamentale secondo cui la *restorative justice* si caratterizza per essere un paradigma di giustizia che

⁹⁹ È espressione di questo principio anche la previsione dell'assoluta imparzialità ed equidistanza del facilitatore rispetto alle istanze provenienti dai soggetti che sono parti del programma riparativo. Al riguardo, infatti, tanto la Dir. 2012/29/UE quanto la legge delega n. 123/2021 insistono sulla necessaria imparzialità ed equidistanza dalle parti del mediatore. Nello specifico, la Dir. prevede, all'art. 25, co. 1, che: "Gli Stati membri provvedono a che i funzionari suscettibili di entrare in contatto con la vittima, quali gli agenti di polizia e il personale giudiziario, ricevano una formazione che [...] dia loro gli strumenti per trattarle in modo imparziale, rispettoso e professionale."; la L. n. 123/2021 dispone, all'art. 1, co. 18, lett. f), individua fra i criteri e i principi direttivi dell'esercizio della delega: "disciplinare la formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa [...]; prevedere i requisiti e i criteri per l'esercizio dell'attività professionale di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa [...], garantendo le caratteristiche di imparzialità, professionalità ed equiprossimità del ruolo".

¹⁰⁰ Al riguardo, la Dir. 2012/29/UE all'art. 12, co. 1, lett. a), pone, fra le condizioni essenziali per intraprendere un percorso di giustizia riparativa, la condizione che il ricorso ai servizi di giustizia riparativa debba sempre essere funzionale al perseguimento degli interessi della vittima.

“*promotes healing*”¹⁰¹, ossia che cura gli interessi delle parti coinvolte al di fuori della logica contenziosa del procedimento penale¹⁰².

Il principio di equità opera anche su un piano distinto da quello appena evidenziato: oltre che imporre la parità di trattamento delle parti coinvolte nel programma riparativo senza che si parteggi per gli interessi dell’una o dell’altra, l’equità si manifesta anche nei *contenuti materiali* dei risultati raggiunti all’esito dei programmi intrapresi. A ben vedere, è possibile affermare che i due distinti livelli di equità rappresentino due facce della stessa medaglia: in tanto è possibile sostenere che le parti siano state poste in condizione di parità procedimentale, in quanto gli esiti concordati – raggiunti al netto della procedura mediativa – presentino contenuti equi, ossia contenuti che non accolgano *in toto* le richieste dell’una parte a discapito delle istanze dell’altra. In altre parole, una soluzione concordata equa è, in larga parte, il risultato derivante della predisposizione di un “*luogo di ascolto neutro*” nel quale siano state tenute in debito conto le istanze provenienti da entrambe le parti.

In linea con quanto finora detto, gli atti normativi sovranazionali in materia di giustizia riparativa enfatizzano la circostanza che i programmi riparativi debbano tendere, in egual misura, verso le istanze provenienti da entrambe le parti, nel tentativo di addivenire ad una soluzione, concordata e condivisa, delle conseguenze del fatto di reato commesso¹⁰³. È evidente che, quanto più le parti percepiranno l’equità dei contenuti delle soluzioni concordate, tanto maggiore sarà la loro propensione ad accoglierle e prestarvi consenso in modo tale da addivenire ad un accordo che concluda, con successo, il programma riparativo. A tal fine, è importante che entrambe le parti, incanalando il percorso riparativo sulla base di ascolto e dialogo reciproco – coadiuvato dal facilitatore – concordino sull’accettazione di condizioni che, anche in misura diversa, si avvicinino e soddisfino anche le istanze sollevate dalla controparte.¹⁰⁴

¹⁰¹ D. W. VAN NESS – K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, op. cit., p. 32 ss.

¹⁰² È questo il principio affermato dalla Rec. (2018)8 del Consiglio d’Europa, la quale, al punto 15, parte III (rubricata: “Principi fondamentali della giustizia riparativa”), esplicitamente afferma: “La giustizia riparativa non dovrebbe essere pensata o realizzata allo scopo di difendere gli interessi della vittima o dell’autore dell’illecito a favore dell’uno e a dispetto dell’altro. Piuttosto, essa offre uno spazio neutro dove tutte le parti sono incoraggiate e supportate nell’esprimere i loro bisogni e nel vederli, quanto più possibile, soddisfatti”.

¹⁰³ Fra i vari consideranda, in apertura della Rec. (2018)8, figura, al punto 7, la precisazione che la suddetta Raccomandazione si intende adottata sulla base del riconoscimento della giustizia riparativa come metodo attraverso il quale gli interessi e i bisogni delle parti possono essere identificati e soddisfatti in maniera equilibrata, equa e concertata.

¹⁰⁴ Al riguardo, la Rec. (2018)8 del Consiglio d’Europa, al capo VI (rubricato: “Funzionamento dei servizi di giustizia riparativa”), punto 50, dispone che: “Gli accordi dovrebbero contenere solo azioni eque, realizzabili e proporzionate rispetto alle quali tutte le parti danno un consenso libero e informato.”.

2.3 Il principio di interdipendenza delle parti

Il principio di interdipendenza delle parti rappresenta l'essenza ultima delle procedure riparative. Tale principio, se applicato in via generale nei confronti delle dinamiche sociali, riconosce che ogni soggetto ha bisogno degli altri per soddisfare le proprie esigenze e vedere accolte le proprie istanze; a ben vedere, la dinamica relazionale descritta dal principio in esame è il perno del *pactum societatis* alla base delle organizzazioni sociali moderne.

Calato nelle dinamiche dei paradigmi di giustizia riparativa, il principio di interdipendenza implica che il soddisfacimento delle istanze, nascenti dalla commissione di un fatto di reato, di cui i soggetti che prendono parte al programma riparatorio si fanno portatori non può che avvenire sulla base di un meccanismo *relazionale* che implica la dipendenza interpersonale delle parti. L'interdipendenza che si manifesta nei paradigmi riparativi è assente, invece, nelle dinamiche processual-penalistiche: il processo penale si fonda, ontologicamente, su una logica di natura contenziosa, la quale lascia poco spazio a momenti procedurali nei quali possa realizzarsi uno scambio costruttivo fra le parti, finalizzato al raggiungimento di una soluzione concordata alle conseguenze del reato. L'autore del reato, nelle vesti di imputato, ha come interlocutori processuali il giudice e il pubblico ministero; la vittima – eventualmente costituitasi parte civile nel processo penale – non ha momenti di contatto “costruttivo” con l'imputato¹⁰⁵.

La logica contenziosa alla base del processo è orientata all'emanazione di una decisione che accoglierà le ragioni di una parte a discapito di quelle proposte dalla controparte: in una condizione simile, è difficile che si possa realizzare un *clima di interdipendenza* fra le parti, poiché le logiche contenziose del processo pongono ontologicamente i soggetti su posizioni tanto contrapposte e avversarie quanto distanti dalla possibilità di una collaborazione positiva¹⁰⁶.

In fase *post iudicatum*, nell'ipotesi di condanna dell'imputato, i momenti di contatto fra autore e vittima non aumentano, anzi diminuiscono, in ragione della logica di “*neutralizzazione*” che,

¹⁰⁵ Un rito alternativo che sembra avvicinarsi alle logiche di interdipendenza “costruttiva” fra le parti è costituito dall'applicazione della pena su richiesta delle parti, ex art. 444 c.p.p.; a ben vedere, sebbene il c.d. patteggiamento apra ad una logica collaborativa fra le parti processuali, è evidente che il momento di dialogo processuale avviene fra l'imputato e il pubblico ministero. La persona offesa, costituitasi parte civile, è del tutto avulsa da questa procedura, tanto che, nell'ipotesi in cui l'accordo sulla pena raggiunto dalle parti sia ritenuto congruo dal giudice e questi intenda darvi seguito, il giudice stesso non decide sulla domanda civile proposta in sede penale dalla persona offesa.

¹⁰⁶ Alcuni spiragli per l'esplicazione del principio di interdipendenza delle parti, anche in fase processuale, sono ravvisabili in alcuni istituti di *diversion* processuale, quale, ad esempio, la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, ex art. 168-bis c.p. (v. §1.3).

inevitabilmente, si cela dietro all'applicazione della pena detentiva¹⁰⁷. Possibili momenti di espressione del *principio di interdipendenza* fra autore e vittima potrebbero essere recuperati tramite l'accesso del condannato alle misure alternative alla detenzione: per mezzo di tali istituti, fra i quali spicca l'affidamento in prova al servizio sociale, è possibile recuperare momenti di contatto fra condannato e vittima che potrebbero favorire il soddisfacimento di istanze personali rimaste inascoltate e insoddisfatte dai risultati prodotti in sede processuale.

L'interdipendenza, nelle procedure riparative, può essere validamente qualificata come uno dei principi fondanti, uno dei pilastri sui quali intessere un programma costruttivo che giunga al superamento delle conseguenze negative del reato. L'interdipendenza, come si vedrà di seguito, è fondamentale per tutti i soggetti che prendano parte al programma – autore del reato, vittima e comunità – e assume, solitamente, le forme del “*dialogo costruttivo*” e del “*riconoscimento dell'altro*”.

È possibile affermare che non può esservi interdipendenza senza che vi sia dialogo costruttivo fra le parti: i programmi riparativi tendono alla creazione di un luogo “*neutro*” nel quale le parti, percependo vicendevolmente i bisogni dei quali sono portatori, riescono a giungere ad una soluzione concordata delle conseguenze del reato. Non a caso, infatti, uno degli elementi necessari per poter qualificare un programma come riparativo è la presenza di un momento di contatto, non necessariamente materiale e fisico, fra le parti e un momento di dialogo aperto, finalizzato all'esperimento di un tentativo di addivenire ad una soluzione concorde tramite cui superare, elidere o ridurre le conseguenze dannose che il reato ha prodotto¹⁰⁸.

Nella finestra del dialogo, fondamentale importanza assume l'ascolto, il quale si presenta, nei programmi riparativi, su vari livelli.

Un primo livello di ascolto, fondamentale per il buon esito dei programmi, permane fra autore, vittima e comunità: deve essere, com'è facile intendere, un ascolto reciproco, finalizzato a comprendere le istanze delle altre parti, ad analizzarle alla luce delle aspettative di cui ciascun soggetto si faccia portatore e, infine, a definire un punto intermedio di incontro che rappresenterà il contenuto dell'accordo riparatorio. Al riguardo, la necessità del dialogo e, conseguentemente, dell'ascolto dipende da un bisogno inconsapevole che le parti hanno di

¹⁰⁷ Senza ombra di dubbio, i possibili contatti fra autore e vittima, che esplicherebbero un fisiologico bisogno di interdipendenza finalizzato all'effettivo superamento delle conseguenze del reato, sono del tutto assenti anche in caso di condanna a pena pecuniaria.

¹⁰⁸ Al riguardo, G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, in *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., affermano che: “La gestione partecipata del conflitto non può prescindere, dunque, dal *costruire uno spazio di parola* che consenta alle vittime e ai soggetti interessati dalla commissione di un reato un ascolto non meramente processuale e funzionale all'accertamento dei fatti, bensì pieno, completo e tale da veicolare riconoscimento di dignità alla narrazione altrui”.

conoscere le motivazioni che hanno condotto alla commissione del fatto di reato, nonché le conseguenze – spesso psicologiche – che tali fatti hanno suscitato su chi le subisce¹⁰⁹.

Altra forma nella quale si materializza il principio di interdipendenza delle parti è il *riconoscimento dell'altro*. Questo è un punto fondamentale di ogni procedura riparativa: è l'elemento che caratterizza e distingue maggiormente tali programmi dal processo penale. Il processo penale non conosce intermezzi in cui le parti riconoscano e tentino di comprendere, vicendevolmente, le istanze di cui sono portatrici: la logica contenziosa non lascia adito a momenti simili. Diversamente le procedure riparative sono finalizzate al raggiungimento di uno stato di riconoscimento e comprensione reciproca fra le parti, dal momento che esse non sono costruite secondo una logica *adversary*, bensì secondo una logica conciliativa ed inclusiva. La promozione di momenti di riconoscimento reciproco fra le parti è tendenzialmente finalizzata al raggiungimento di *empatia* reciproca: uno stato nel quale le parti, avendo ascoltato e percepito, nei racconti altrui, il loro vissuto conseguente o antecedente al fatto di reato, possono validamente “*entrare nella dimensione di sofferenza dell'altro*”¹¹⁰ e comprendere gli effetti prodotti dalla commissione del reato.

Il principio di interdipendenza, nella forma dell'incontro e del riconoscimento dell'altro inteso come empatia e comprensione delle istanze dell'altra parte, potrebbe entrare in frizione con una delle condizioni basilari di ogni procedura conciliativa, ossia la volontarietà della partecipazione. Nelle ipotesi in cui le parti non prestino consenso libero alla partecipazione, per ovvie ragioni non può verificarsi quel momento di incontro, dialogo e comprensione in cui si sviluppa il principio di interdipendenza¹¹¹. Tuttavia, la previsione di percorsi di mediazione “*indiretta*”, con vittima aspecifica o surrogata, permette di superare le problematiche che potrebbero sorgere laddove l'autore del reato, nel percorso di revisione critica delle proprie condotte, prestasse valido e consapevole consenso ad accedere ad un programma riparativo mentre, dall'altra parte, la vittima non dovesse prestarvi il proprio. Al fine di non far cadere nel vuoto e, al contempo, di valorizzare la meritevole volontà del condannato di procedere ad

¹⁰⁹ Sul punto, è rilevante l'opinione di C. MAZZUCCATO, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BRETagna – A. CERETTI – C. MAZZUCCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro. Responsabili e vittime della lotta armata a confronto*, Il Saggiatore, 2015, p. 291, la quale afferma che: “Non sono solo le vittime [...] che desiderano sapere la verità di ciò che è accaduto; anche i colpevoli hanno bisogno del racconto degli offesi per conoscere davvero, fino in fondo, cosa hanno fatto”, cit. riportata da G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., p. 125.

¹¹⁰ G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, p. 140, corsivi originali.

¹¹¹ Il rilievo è sollevato da G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., i quali suggeriscono, per superare l'impasse, di fare ricorso a forme di mediazione con vittima aspecifica o surrogata, anche al fine di “*soddisfare*” la volontà dell'autore del reato e permettergli di partecipare a procedure riparative anche in assenza di un valido consenso prestato dalla vittima specifica del fatto di reato.

percorso di revisione critica della condotta quale segno di tangibile responsabilizzazione, è possibile prevedere forme di *mediazione indiretta*, con vittima *aspecifica o surrogata*, nelle quali non è presente la specifica vittima che ha subito il fatto di reato per cui si procede o per cui il soggetto è stato condannato, bensì possono essere presenti vittime della medesima tipologia di reato, commesso però da altri soggetti, ovvero anche solamente i familiari della vittima specifica, in sua sostituzione¹¹².

L'importanza di momenti di incontro fra autore e vittima, nei quali possa esplicarsi un dialogo costruttivo fra le parti, è cruciale tanto in fase di giudizio quanto in fase *post iudicatum*.

Nel primo caso, la possibilità di esperire incontri costruttivi potrebbe rivelare utili elementi di giudizio per procedere alla definizione della specie e dell'ammontare della pena, secondo i criteri di cui all'art. 133 c.p.; nel secondo caso, momenti costruttivi di incontro potrebbero promuovere il superamento della logica di separazione e di esclusione sottesa al carcere: la pena detentiva esprime “*la logica particolaristica dell'isolamento*” e “*la logica particolaristica del conflitto aperto dal crimine e che, invece di comporsi, si protrae nella segregazione detentiva che certo non unisce, ma piuttosto separa materialmente e idealmente il delinquente dalla società*”¹¹³.

Come è facile intuire, i benefici che i programmi riparativi producono nei confronti dell'imputato/condannato sono evidenti. Non sono da sottovalutare anche i benefici che si realizzano nei confronti della vittima, a maggior ragione se si pensa che i vari atti sovranazionali pongono, quale *conditio sine qua non* per procedere all'espletamento di programmi riparativi, la circostanza che questi siano intrapresi nell'interesse della vittima e non sfocino nella produzione di effetti di *vittimizzazione secondaria*. I benefici che la vittima trae dai paradigmi riparativi attengono, principalmente, al superamento delle conseguenze negative che la commissione del reato lascia prevalentemente al livello morale e psicologico, posto che gli interessi meramente economici possono trovare adeguata soddisfazione nel processo penale. Da un incontro costruttivo la vittima può soddisfare, qualora lo avesse, il suo bisogno di conoscenza e verità circa le motivazioni, o le modalità, di commissione del fatto di reato. Non è infatti scontato che il processo possa soddisfarlo: numerosi studi scientifici in merito

¹¹² Sul valore dei percorsi mediativi con vittima aspecifica o surrogata, in fase *post iudicatum*, è possibile richiamare il commento di G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2012, in merito ad un'ordinanza emessa dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia, con cui è stata concessa l'applicazione del regime di semilibertà (ex art. 48 l. 354/1975) in favore di un soggetto condannato per plurimi gravi reati – fra cui omicidio, rapina e associazione per delinquere – per aver egli intrapreso un percorso di revisione critica delle proprie condotte antiggiuridiche anche attraverso l'esperimento di un percorso di mediazione penale con vittima aspecifica.

¹¹³ F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, corsivi originali, riportati da G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., p. 142.

all'espletamento dei programmi riparativi hanno dimostrato che le vittime che decidano di parteciparvi esprimono quale motivazione d'ingresso al programma un senso di insoddisfazione circa la ricostruzione del fatto emersa in sede processuale. Anche laddove si giunga, in sede processuale, ad un risultato favorevole alla vittima – ossia alla condanna dell'imputato e al riconoscimento delle pretese risarcitorie – potrebbero essere molteplici gli interrogativi che restano insoluti, soprattutto circa la ricostruzione giuridica del fatto.

Come è stato ampiamente sostenuto in precedenza, le dinamiche procedurali sono finalizzate all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato in relazione al fatto di reato oggetto di imputazione: da questo perimetro spesso restano fuori numerosi elementi, non funzionali ai fini processuali, dei quali la vittima mostra di avere un profondo bisogno di conoscenza, soprattutto per intraprendere un percorso – spesso di natura psicologica – che la conduca all'effettivo superamento delle conseguenze dannose conseguenti alla commissione del fatto di reato. I momenti di narrazione che hanno luogo nei programmi riparativi permettono alla vittima di raccontare l'esperienza di vittimizzazione dal proprio punto vista, con un linguaggio lontano dai formalismi tipici del processo penale. In sede processuale, la vicenda criminosa è ricostruita, dal punto di vista del reo, al fine di acquisire materiale probatorio che possa dimostrare la sua responsabilità penale, dando vita pertanto ad una narrazione oggettivata ai fini processuali che lascia aperti, nella persona offesa, numerosi interrogativi irrisolti¹¹⁴.

Lo *storytelling* che si realizza nei paradigmi riparativi conduce, invece, entrambi gli attori al raggiungimento di un punto importante: la chiusura con il passato, una *closure* con le dinamiche e le conseguenze scaturenti dal reato che, da molti, è definito come uno degli obiettivi ultimi dei programmi riparativi¹¹⁵.

L'interdipendenza si realizza, infine, anche nei confronti della comunità, la quale, in alcuni programmi riparativi improntati alla massima partecipazione degli attori sociali coinvolti nel reato, può assumere anche un ruolo attivo attraverso i propri rappresentanti civili o istituzionali. Occorre precisare che, indipendentemente dalla partecipazione attiva della comunità, essa trae benefici dall'espletamento di procedure riparative che soddisfino il principio di interdipendenza attraverso forme di incontro e dialogo delle parti: in altri termini, quanto di positivo si costruisce nella relazione che intercorre fra il reo e la vittima non può che andare anche a vantaggio della società, in termini di risanamento della frattura sociale derivante dal reato, in termini di sicurezza collettiva e, in ultimo, anche in termini di efficacia delle risposte che il sistema giudiziario è in grado di offrire dinanzi alla domanda di giustizia promanante dalla collettività.

¹¹⁴ In questi termini, G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., p. 159.

¹¹⁵ A tal proposito, il testo "*Handbook on Restorative Justice programmes*", adottato dalle Nazioni Unite nel 2006, afferma che: "*The victim and the offender both understand the dynamic that led to the specific incident, gain a sense of closure and are reintegrated into the community*".

È innegabile, infatti, che il positivo espletamento di procedure riparative – nel favorire un miglior reinserimento sociale del reo e il superamento di stress post-traumatico e di ulteriori effetti collaterali scaturenti dalla partecipazione al processo da parte della vittima, quali la vittimizzazione secondaria – indirettamente comporta numerosi benefici alla comunità in termini di risanamento del *pactum societatis* infranto dalla commissione del reato. I processi riparativi determinano effetti più duraturi rispetto a quelli raggiunti all'esito della pronuncia della sentenza definitiva del giudizio penale: uno dei motivi della maggiore perduranza degli effetti prodotti all'esito dei programmi riparativi deve rinvenirsi nella circostanza che le parti, che vi si atterranno, sentono maggiormente propri i contenuti raggiunti all'esito delle procedure perché vi hanno partecipato attivamente e, soprattutto, hanno avuto la possibilità di incidere, molto più di quanto non possano fare nelle dinamiche procedimentali classiche, sulla natura dei contenuti stessi.

In secondo luogo, sulla base dei risultati delle ricerche condotte in materia¹¹⁶, la giustizia riparativa ha avuto maggior successo nel diminuire i tassi di recidiva¹¹⁷ – che rimangono altissimi soprattutto per coloro che non beneficiano di misure alternative e scontano la pena detentiva in regime inframurario – e nel potenziare l'ottemperanza del trasgressore al risarcimento o all'imposizione di altre condotte a contenuto sanzionatori, rispetto a programmi di giustizia penale più tradizionali.

Infine, i programmi riparativi, soprattutto quelli di mediazione penale, riducono sensibilmente i tempi di risposta dell'autorità giudiziaria e, pertanto, favoriscono l'efficienza del sistema complessivo della giustizia penale, il quale da tempo patisce una eccessiva dilatazione delle tempistiche dei processi con conseguente diminuzione dell'idoneità a soddisfare le *istanze di giustizia* di cui siano portatori coloro che ne fruiscono¹¹⁸.

3. Gli attori del nuovo modello di giustizia.

Il paradigma riparativo presenta numerose peculiarità sotto il profilo soggettivo: i soggetti che assumono la qualifica di parte processuale sono parzialmente differenti rispetto agli attori del modello di giustizia riparativa.

¹¹⁶ Fra le tante, T. CHAPMAN - *La giustizia riparativa in Europa: sfide e opportunità*, in *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, P. PATRIZI (a cura di), op. cit., riporta le seguenti: UMBREIT - COATES, 1993; UMBREIT - COATES-VOS, 2001; STRANG, 2002; BECKETT *et al.*, 2004; LATIMER - DOWDEN - MUISE, 2005; STRANG *et al.*, 2006; JACOBSON - GIBBS, 2009; SHAPLAND - ROBINSON - SORSBY, 2011.

¹¹⁷ Per un maggiore approfondimento circa l'inefficacia delle risposte sanzionatorie detentive alla diminuzione dei tassi di recidiva: *infra*, Cap. I, § 3.2.

¹¹⁸ In questi termini, T. CHAPMAN, *La giustizia riparativa in Europa: sfide e opportunità*, in *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, op. cit., p. 46.

Le principali diversità si presentano, in primo luogo, da un punto di vista terminologico: le fonti sovranazionali abbandonano i termini, prettamente processualistici, di “*imputato/condannato e persona offesa*” e utilizzano, invece, le locuzioni di “*vittima e autore del reato*”. A ben vedere, la scelta terminologica si fa portatrice di un significato ulteriore: il nuovo modello di giustizia intende abbandonare le *maschere processuali* che i soggetti indossano in tale sede, al fine di creare un ambiente di dialogo ed incontro neutro, finalizzato alla ricerca di una composizione conciliativa delle conseguenze derivanti dal reato. Come si vedrà nel seguente paragrafo, la nozione giuridica di “*vittima e autore del reato*” è notevolmente più ampia rispetto a quella processuale di “*persona offesa e indagato/imputato*”: è logico ritenere che vi rientri un novero più ampio di soggetti, segno della massima inclusione e partecipazione alla quale mirano i programmi di giustizia riparativa.

Da un punto di vista sostanziale, la giustizia riparativa apre all’ingresso di nuovi soggetti, non contemplati nelle dinamiche processuali: il facilitatore e la comunità. Il primo assume una posizione che, con molte riserve, può essere assimilata a quella che il giudice esercita nelle dinamiche processuali, almeno con riferimento alla posizione di *equiprossimità* dalle parti e di *imparzialità* nell’addivenire ad una soluzione conciliativa del reato; la seconda, invece, rappresenta la maggior novità dei programmi riparativi, essendo del tutto assente nelle dinamiche procedimentali e del tutto marginale in fase esecutiva della pena.

3.1 La vittima del reato: istanze di tutela e bisogno di giustizia

I programmi di giustizia riparativa sono pensati per andare incontro alle istanze sollevate dalle vittime dei reati: il grande sviluppo che si è realizzato negli ultimi decenni è dovuto, in larga parte, alla circostanza che il paradigma riparativo è visto come uno strumento notevolmente efficace per aumentare le garanzie e la protezione offerte in favore delle vittime di reato, alle quali spesso viene relegato un suolo eccessivamente marginale nelle dinamiche procedimentali classiche. I programmi riparativi assurgono, quindi, a baluardo di protezione delle vittime di reato dai molteplici *effetti collaterali*¹¹⁹ che potrebbero prodursi, in loro danno, dall’espletamento delle varie fasi del procedimento penale. Il nuovo paradigma di giustizia intende andare incontro alle istanze di cui le vittime si facciano portatrici e che, per le particolari finalità che il processo penale intende perseguire, non possono trovare adeguata soddisfazione in quella sede.

I bisogni che le vittime ritengono insoddisfatti dai canoni classici del processo penale possono essere sommariamente riassunti come segue: bisogno di protezione, bisogno di supporto e bisogno di ascolto e partecipazione.

¹¹⁹ *Ut supra*, Cap. I, § 2.1.

La protezione alla quale si fa riferimento ha ad oggetto il rischio che le dinamiche procedimentali, finalizzate all'accertamento della responsabilità dell'imputato, possano provocare fenomeni di *vittimizzazione secondaria*. È inevitabile, sovente, che la vittima, nel corso delle varie fasi procedimentali, debba tornare in contatto con quanto patito a seguito della commissione del fatto di reato e debba rievocare ricordi e memorie che, per quanto strategicamente funzionali alla ricostruzione del fatto e all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, possono ostacolare notevolmente il percorso di *closure* dalle conseguenze dannose che il reato ha prodotto. È questo, infatti, uno dei costi che la vittima deve necessariamente sostenere per raggiungere il beneficio dell'accertamento della responsabilità dell'imputato, in ossequio alle garanzie che l'ordinamento predispone in suo favore.

Per tali motivazioni sorge, nella vittima, un bisogno di supporto che va ben oltre quello offerto dalle misure procedimentali previste dall'ordinamento in suo favore. Il bisogno in questione si estende, soprattutto, ad un supporto che non sia limitato in ragione della fase procedimentale e che trascenda dalle dinamiche processuali strettamente intese. Accanto ad un'attività di supporto strettamente collegata all'attività processuale, i bisogni delle vittime si estendono ad una tipologia di sostegno che sia anche di natura psicologica e sociale e, soprattutto, che non sia subordinato a condizioni di natura meramente procedimentale, ma si realizzi anche in fasi *pre-procedimentali* e *post-procedimentali*¹²⁰.

È evidente che non possa esservi supporto senza ascolto e comprensione delle vittime: essendo i canali procedimentali veicolati all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, il processo non è in grado di fornire spazi di comunicazione e di ascolto "*neutri*", che siano appositamente predisposti per soddisfare il bisogno di comprensione della vittima. È logico ritenere che le sedi procedimentali non possano soddisfare bisogni che vadano al di fuori delle esigenze previste dall'ordinamento giuridico, ma è altrettanto opportuno tentare di andare alla ricerca di soluzioni che permettano, per quanto possibile, il soddisfacimento dei bisogni e delle esigenze della vittima anche – ma non solamente – in sede processuale¹²¹.

I paradigmi di giustizia riparativa tendono alla creazione di un ambiente che, in sede processuale o al di fuori di essa, favorisca il raggiungimento di una soluzione concorde che

¹²⁰ Al riguardo, la Dir. 2012/29/UE, all'art. 8, co. 1, dispone che: "Gli Stati membri provvedono a che la vittima, in funzione delle sue esigenze, abbia accesso a specifici servizi di assistenza riservati, gratuiti e operanti nell'interesse della vittima, prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale".

¹²¹ Sulla carenza di ascolto percepita dalle vittime in sede procedimentale, si riporta C. MAZZUCCATO, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BRETagna – A. CERETTI – C. MAZZUCCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro. Responsabili e vittime della lotta armata a confronto*, p. 264, la quale riporta le parole di Sergio Lenci, sopravvissuto ad un tentato omicidio, il quale afferma: "*Dopo il mio avvocato avrei voluto parlare anche io [...]. Scoprii invece che in tribunale le parti possono solo essere interrogate, ma non possono parlare*".

tenga in conto non solamente le questioni attinenti alla responsabilità penale dell'autore, ma anche le istanze di ascolto e supporto di cui la vittima si fa portatrice.

La vittima può, pertanto, essere validamente definita come il *cuore* dei programmi di giustizia riparativa: questi sono pensati per andare incontro alle sue istanze e per espandere il livello di tutela offerto loro dall'ordinamento giuridico, tanto in fase endo-procedimentale quanto al di fuori del processo. Sono espressione di questa politica numerosi cenni contenuti soprattutto nella Dir. 2012/29/UE: fra i vari, spiccano la rubricazione dell'atto normativo – “*Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*” – nonché la previsione che in tanto si possa procedere a programmi di giustizia riparativa, in quanto gli stessi rientrino nell'interesse della vittima e siano eseguiti secondo modalità che prevengano dal pericolo di *vittimizzazione secondaria o ripetuta*¹²².

Ulteriore espressione della politica volta all'aumento del livello di tutela della vittima è ravvisabile nell'adozione di una qualificazione normativa di vittima molto ampia, appositamente allargata rispetto a quella prettamente processualistica di persona offesa. Questa scelta normativa ha radici profonde: il legislatore ha inteso raccogliere le istanze di tutela di quei soggetti che – pur non rientrando nella qualificazione di “*persona offesa*” offerta, “*a maglie strette*”, dal codice di rito penale – comunque avessero subito conseguenze dannose dalla commissione del fatto di reato. Inoltre, una qualificazione tanto ampia da ricomprendervi soggetti precedentemente esclusi è resa possibile dalla circostanza che i risultati riparatori ai quali tendono i programmi di giustizia riparativa non devono per forza consistere nelle tipologie di sanzioni comminabili all'esito del processo – che di norma coincidono con un risarcimento di carattere economico in favore della persona offesa costituitasi parte civile – ma possono essere ben rappresentati da *azioni* o anche *dazioni* di valore puramente simbolico, purché ritenute soddisfacenti dalle parti¹²³. Con tali diverse prospettive, è possibile aprire all'ingresso di soggetti “*nuovi*”, ai quali le forme del codice di rito non conferiscono diritto di partecipazione attiva al processo in quanto estranei al raggiungimento delle finalità alle quali il processo è preposto, ossia l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato e, conseguentemente, l'applicazione di una pena.

¹²² L'art. 12, co. 1, lett. a) della Dir. 2012/29/UE dispone che: “Si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul suo consenso libero e informato, che può essere revocato in ogni momento”.

¹²³ Al riguardo, infatti, il punto n. 51 della Ris. n. 12/2002 (comunemente definita “*Basic principles*”), adottata dall'Economic and Social Council delle Nazioni Unite, dispone che per “*risultato riparativo*” (traduzione dall'inglese di “*restorative outcome*”) possa intendersi “qualsiasi accordo raggiunto dalle parti all'esito di un programma riparativo, e può includere risposte e programmi come riparazioni del danno, restituzioni e servizio sociale, finalizzato a soddisfare le necessità e le responsabilità individuali e collettive delle parti, e alla reintegrazione della vittima e dell'autore nel tessuto sociale”.

La nozione di vittima, ai fini della partecipazione a programmi di giustizia riparativa, si è da sempre discostata dalla qualificazione normativa di *persona offesa*, vigente nel sistema processual-penalistico. La definizione di vittima sulla quale, ad oggi, la comunità internazionale è unanimemente concorde è frutto di una stratificazione normativa che si è realizzata nel tempo, a partire dall'adozione dei primi atti normativi in materia di giustizia riparativa. La nozione di vittima è, senza dubbio, uno degli aspetti sui quali gli atti normativi si sono maggiormente concentrati al fine di costruire un sistema di giustizia che potesse essere quanto più inclusivo e che, al contempo, fosse in grado di raccogliere e soddisfare le istanze provenienti dai soggetti che, a vario titolo, fossero danneggiati dalla commissione di un fatto di reato.

La Risoluzione n. 2000/14 adottata dalle Nazioni Unite, al capo I – dedicato alla risoluzione delle questioni definitorie – al punto n. 4, definisce il perimetro soggettivo di applicazione dei programmi riparatori. L'atto normativo qualifica come parti di un programma di giustizia riparativa: “[...] la vittima, l'autore del reato e ogni altro soggetto o membro della comunità colpito dalla commissione di un fatto di reato, che potrebbe essere coinvolto in un programma riparativo”¹²⁴.

A ben vedere, la definizione fornita dalla Risoluzione in esame risulta essere eccessivamente generica e, per ampi tratti, tautologica.

In primo luogo, l'atto normativo fornisce un'elencazione generica dei soggetti che possono essere coinvolti nei programmi di giustizia riparativa senza però definire, nel dettaglio, i requisiti di appartenenza alle singole categorie menzionate. In secondo luogo, nel tentativo di definire i soggetti ulteriori alla vittima e all'autore del reato, identifica una generica categoria di soggetti individuati in ragione del fatto che, essendo strati “*toccati*” dalle conseguenze negative scaturenti dalla commissione di un reato, potrebbero avere interesse alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa. La tautologia è, pertanto, evidente.

A ben vedere, però, la Risoluzione presenta un pregio notevole: sebbene in termini generici e vaghi, apre alla partecipazione di soggetti ulteriori rispetto alla vittima, anche appartenenti al tessuto sociale, a condizione che abbiano “*patito*” il reato e che possano, con la loro partecipazione, rappresentare un valore aggiunto alle procedure riparative in ottica del raggiungimento di un accordo di composizione conciliativa delle conseguenze negative scaturenti dal reato. Per quanto attiene ai connotati della vittima, la Risoluzione non presenta una definizione specifica dei requisiti che legittimano l'assunzione, in capo ad un soggetto, di tale qualifica ai fini della partecipazione ai programmi di giustizia riparativa.

¹²⁴ Il testo originale della Risoluzione, in lingua inglese, recita: “*Parties means the victim, the offender and any other individuals or community members affected by a crime who may be involved in a restorative process*”.

Diversamente, a livello euro-comunitario è stata fornita una definizione di vittima più dettagliata, che si è sviluppata attraverso due atti normativi susseguenti: la Decisione Quadro 2001/220/GAI UE (di seguito, D. Q.) e la Direttiva 2012/29/UE¹²⁵.

La D. Q. 2001/220/GAI, rubricata: “*Decisione quadro [...] relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale*”, fornisce una definizione specifica della persona che assume la qualità di vittima del reato, imperniata sulla *tipologia* di danno che essa subisce in conseguenza della fattispecie di reato per la quale si procede. Sono rilevanti, a tal fine, numerose voci di danno, che prescindono da quello di natura unicamente materiale e/o economico, per ricomprendervi anche il c.d. *danno morale*, ovvero sofferenze psichiche che siano diretta conseguenza della commissione di un fatto di reato in virtù della sussistenza di un nesso eziologico fra evento e danno¹²⁶.

La normativa fa riferimento ai soli soggetti che abbiano, in prima persona, subito il danno conseguente dal reato: si fa pertanto riferimento alle sole “*vittime primarie*”, ossia soggetti che siano giuridicamente titolari del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice che si intende essere stata violata. Non vengono presi in considerazione quei soggetti che abbiano subito danni c.d. “*indiretti*” dalla commissione del fatto di reato, in quanto non giuridicamente titolari del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata, qualificati invece come “*vittime secondarie*”. La restrizione del perimetro soggettivo alle sole vittime primarie è giustificata in ragione dell’ambito di riferimento dell’atto normativo: la D. Q., infatti, ha ad oggetto la posizione della vittima del reato *nel procedimento penale*, non riferendosi invece ai programmi di giustizia riparativa che, improntati al principio di inclusione, estendono il loro raggio applicativo anche in favore di soggetti che non potrebbero assumere la qualifica di persona offesa nel corso del procedimento penale.

I programmi di giustizia riparativa entrano invece nel perimetro d’azione della Direttiva 2012/29/UE, adottata in sostituzione delle D. Q. precedentemente analizzata: la maggior ampiezza dell’atto normativo si desume anche dalla sua rubrica (“*Direttiva [...] che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato [...]*”). Essendo espressione di una politica criminale che favorisce l’adozione, da parte degli Stati membri, di programmi di giustizia riparativa nell’interesse delle vittime del reato, sulla scorta del *principio di massima inclusione* del nuovo paradigma di giustizia, la Direttiva introduce una nozione di

¹²⁵ Il testo integrale degli atti normativi citati può essere consultato presso il portale dell’Unione Europea.

¹²⁶ La D.Q. 2001/220/GAI UE, all’art. 1 (rubricato: “Definizioni”), co. 1, *lett. a*), dispone che debba qualificarsi come vittima: “La persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro”.

vittima del reato che non si ferma alle vittime primaria, ma si spinge ad includere anche le vittime secondarie¹²⁷.

La direttiva introduce esplicitamente, fra le categorie di soggetti beneficiari della disciplina di maggior tutela prevista in favore delle vittime di reato, anche i familiari della persona la cui morte sia stata causata dalla commissione di un reato¹²⁸. Pertanto, alle condizioni stabilite dalla legge, essi sono qualificati come vittime di reato e sarà ammessa la loro partecipazione ai programmi di giustizia riparativa, realizzando un meccanismo finalizzato al massimo soddisfacimento degli interessi di cui sono portatori i soggetti colpiti dal fatto di reato.

La definizione fornita dalla Direttiva è stata pedissequamente ripresa dalla legge-delega n. 134/2021: nell'ambito della riforma c.d. *Cartabia*, oggetto di delega è la predisposizione di una definizione di vittima del reato *ad hoc* per lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa¹²⁹. Le motivazioni che sorreggono la scelta legislativa di riproporre letteralmente la definizione fornita a livello comunitario di “vittima del reato” sono da rinvenirsi, probabilmente, nella volontà di ottemperare alla direttiva comunitaria in forma più aderente rispetto a quanto fatto con il d. lgs. n. 212/2015, atto normativo di recepimento della già menzionata direttiva. In quella sede, infatti, il legislatore italiano, seppur recependo alcuni dei contenuti normativi della direttiva, ha del tutto disatteso gli auspici in materia di giustizia riparativa in essa contenuti, omettendo di introdurre, entro l'ordinamento domestico, istituti che potessero rappresentare – anche in forma embrionale – forme di sperimentazione e applicazione dei nuovi paradigmi di giustizia riparativa.

Il passo in avanti verso una tutela sostanziale della vittima è significativo: la previsione dell'implementazione di programmi di giustizia riparativa apre scenari favorevoli soprattutto in ottica di protezione, supporto e assistenza della vittima anche al di fuori delle dinamiche procedurali.

¹²⁷ La Dir. 2012/29/UE, all'art. 2 (rubricato: “Definizioni”), co. 1, lett. a) definisce come vittima:

- a) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato;
- b) un familiare di una persona la cui morte sia stata cagionata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona;

¹²⁸ La Dir. 2012/29/UE, all'art. 1, co. 1, lett. b), definisce come familiare: “Il coniuge, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima”.

¹²⁹ La l. n. 134/2021, all'art. 1, co. 18, lett. b) dispone che: “Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti una disciplina organica della giustizia riparativa sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] b) definire la vittima del reato come la persona fisica che ha subito un danno, fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono state causate direttamente da un reato; considerare vittima del reato il familiare di una persona la cui morte è stata causata da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona; definire il familiare come il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, nonché i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle e le persone a carico della vittima;”.

La categoria della vittima del reato, nei programmi di giustizia riparativa, si discosta, leggermente, da quella della persona offesa nel corso del procedimento penale. A monte, appare opportuno rammentare che, nel procedimento penale, possono verificarsi dei casi di scollamento fra vittima e persona offesa: sebbene, tendenzialmente, le due figure coincidano nel medesimo soggetto, possono esservi casi in cui la vittima del reato non assume la qualifica di persona offesa in sede processuale. Come precedentemente riportato, la persona offesa dal reato è identificata in base alla titolarità del bene, o interesse, giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice che è stata violata dando luogo alla consumazione di un fatto di reato. Per ciò solo essa è titolare di diritti e facoltà processuali, indipendentemente dalla costituzione di parte civile nel processo penale. Tuttavia, l'attribuzione della qualifica di persona offesa comporta l'assunzione della posizione di "*soggetto processuale*": l'attribuzione della qualifica di "*parte processuale*" è subordinata all'esercizio, da parte del danneggiato, dell'azione civile di risarcimento del danno in sede penale, ossia alla costituzione di parte civile, ex artt. 76 e ss. del codice di procedura penale¹³⁰.

Dai sommari cenni appena riportati emerge una fondamentale differenza in termini di trattamento e coinvolgimento attivo della "*persona offesa*" nel processo penale e della "*vittima del reato*" nei programmi di giustizia riparativa: la seconda è identificata unicamente in base al danno che essa subisce dalla commissione di un fatto di reato, non rilevando la titolarità del bene giuridico oggetto di tutela dalla fattispecie incriminatrice che si assume violata. A conclusione diversa deve giungersi, invece, con riferimento alla persona offesa nel procedimento penale: è indissolubile il legame giuridico esistente fra titolarità del bene giuridico tutelato dalla norma violata e l'assunzione della qualità di persona offesa dal reato, con le automatiche conseguenze in termini di esercizio dei diritti e delle facoltà processuali attribuite dal codice di rito penale.

Inoltre, nei programmi riparativi non è insito il binomio "*vittima-parte civile*": in altri termini, non rileva l'intenzione della vittima del reato di agire per il risarcimento del danno cagionato dal reato al fine di acquisire la titolarità di specifiche facoltà procedurali, altrimenti non attribuibili in suo favore in assenza della volontà di agire in risarcimento del danno. Tale aspetto discende dai diversi scopi ai quali i programmi riparativi sono finalizzati: il risarcimento pecuniario del danno cagionato dal reato, nel nuovo paradigma riparativo, è solamente uno dei

¹³⁰ In questi termini, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ventunesima edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 146, il quale sostiene che, basandosi la qualifica di persona offesa unicamente sulla titolarità dell'interesse o del bene giuridico tutelato dalla norma penale che si assume violata, l'individuazione della persona offesa debba avvenire avendo ad oggetto solamente la norma penale sostanziale, e il bene giuridico che si assume da questa tutelato. Ne deriva, pertanto, che, qualora un soggetto abbia comunque subito un danno dalla commissione di un reato, ma non sia titolare del bene giuridico oggetto di tutela della norma violata, egli non potrà assumere la qualifica di persona offesa.

possibili contenuti riparatori dell'accordo – eventualmente raggiunto dalle parti – per la definizione concordata delle conseguenze dannose del reato e, secondo i canoni riparativi, si palesa essere il risultato meno ambito.

I programmi riparativi aprono alla più ampia partecipazione di soggetti qualificabili come “*stakeholder*”, relativamente alla fattispecie di reato commessa, perché i risultati ai quali tendono prescindono dalle logiche: “*accertamento della responsabilità penale dell'imputato – applicazione di una pena – risarcimento in favore della persona offesa costituitasi parte civile*”.

In definitiva, l'implementazione dei nuovi paradigmi di giustizia riparativa persegue la creazione di modelli di giustizia “*aperti, decentrati e negoziali*”, orientati, piuttosto che al rigido accertamento della responsabilità penale del reo secondo una logica prettamente retributiva, al superamento delle conseguenze dannose dell'illecito penale attraverso il raggiungimento di *accordi mediativi* fra vittime e autori che favoriscano il soddisfacimento di istanze e interessi che vadano ben oltre la dimensione economica e attengano, invece, al piano psicologico, sociale e delle relazioni intersoggettive, anche a vantaggio della compattezza del tessuto sociale di appartenenza¹³¹.

3.2 L'autore del reato: prospettive di rieducazione e responsabilizzazione

Il processo penale si snoda lungo fasi che sono intrise di garantismo in favore dell'imputato, un garantismo che è, ovviamente, giustificato dalla necessità di tutelare, al massimo grado, tanto il suo diritto di difesa quanto la presunzione di non colpevolezza.

A ben vedere, i quesiti alla cui risposta il processo è preposto ruotano attorno alla figura dell'imputato: per sommi capi, ci si chiede se è possibile sostenere l'accusa in giudizio nei suoi confronti sulla base degli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari, se la qualificazione giuridica del fatto oggetto di imputazione sia corretta, se egli può essere ritenuto penalmente responsabile per il fatto di reato oggetto di imputazione e, in caso di condanna, quale sia la pena da doversi applicare nei suoi confronti. Ai seguenti quesiti il processo è chiamato a fornire risposta nel rispetto delle garanzie previste, in sede procedimentale, in favore dell'imputato.

Com'è evidente, la persona offesa dal reato assume una valenza “*marginale*” nelle dinamiche procedimentali, rispetto a quella dell'imputato: la persona offesa introduce, nel procedimento penale, un quesito giuridico solo al momento della sua costituzione di parte civile, una domanda di risarcimento del danno civile in sede penale, la quale può distaccarsi dal procedimento penale in presenza di peculiari circostanze, quali l'opzione di procedere nelle forme di un rito

¹³¹ Di questa opinione è L. CORNACCHIA, *Vittima e giustizia criminale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen, n. 4, 2013.

alternativo. La natura giuridica della domanda denota come la persona offesa possa parzialmente influire, nelle dinamiche procedimentali, all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, ma il suo contributo è "*mediato*" dalla richiesta di un risarcimento del danno derivante dal reato che ha, propriamente, connotati civili.

In questa prospettiva, è possibile affermare che il processo penale, nelle forme che attualmente assume, sia – a ragione – costruito secondo una struttura *offender centred*¹³².

L'idea che il processo ruoti intorno alla figura dell'imputato, data la costruzione di una "*cintura protettiva*" costituita dalle numerose garanzie in suo favore, stona notevolmente con i risultati che il sistema giudiziario, comprensivo tanto della fase di cognizione quanto della fase esecutiva della pena eventualmente irrogata, manifesta in termini di rieducazione, reinserimento nel tessuto sociale e soprattutto desistenza del condannato dal commettere altri fatti di reato. Un sistema giuridico complessivamente molto attento alle istanze dell'imputato in sede procedimentale fallisce, in caso di condanna, la missione costituzionale di rieducazione e responsabilizzazione del condannato, previsto dall'art. 27, co. 3 della Costituzione.

I dati statistici raccolti nelle indagini effettuate su un campione di popolazione che abbia subito ed espiato una condanna a pena detentiva dimostra, incontrovertibilmente, come l'esecuzione carceraria della pena secondo modalità inframurarie aumenti vertiginosamente il tasso di recidiva: le ragioni risiedono nella scarsità dei contenuti rieducativi insiti nella tipologia della pena. Senza pretese di esaustività sul tema – il quale si presenta senza dubbio in termini più complessi rispetto a quelli nei quali è ivi proposto – è evidente che quanto minori siano i contenuti rieducativi e responsabilizzanti delle misure esecutive della pena, tanto maggiore sarà il tasso di recidiva.

Segnatamente, i dati dimostrano come il passaggio "*diretto*" dalla realtà carceraria alla realtà sociale "*libera*", al termine dell'esecuzione della pena, aumenti sensibilmente il rischio di reiterazione di reati: l'autore di un reato, condannato, è reimmesso nel tessuto sociale privo dei mezzi per potervi convivere nel rispetto delle norme dell'ordinamento giuridico.

Una situazione diametralmente opposta si verifica, invece, nei casi di detenuti che abbiano beneficiato di misure alternative alla pena detentiva o di benefici penitenziari che lo abbiano estratto, anche per brevi lassi di tempo, dal *circuito chiuso* della realtà inframuraria.

Si giunge, pertanto, alla conclusione che quanto più i contenuti esecutivi della pena detentiva siano volti a stimolare, nel condannato, un senso di rieducazione e responsabilizzazione sociale, tanto maggiori saranno le probabilità che si realizzi un effettivo reinserimento del condannato

¹³² Si veda K. J. FOX – M. GARBER – T. WARD, *Restorative justice, offender rehabilitation and desistance*, in *Restorative Justice: An International Journal*, Vol. II, issue I, anno 2014.

nel tessuto sociale, riducendo drasticamente il rischio che lo stesso si sottragga ai propri doveri di condotta sociale commettendo, in futuro, nuove fattispecie di reato.

I dati che il sistema giudiziario penitenziario mostra sono, invece, scoraggianti in tal senso: la *dimensione carcerocentrica* della pena prevale in misura rilevante, a discapito della possibilità di modellare la pena in senso rieducativo ampliando il novero di soggetti ammessi alla possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione.

In tal senso, la politica criminale domestica ha visto brusche inversioni di tendenza: accanto a riforme chiaramente finalizzate ad ampliare il novero di soggetti possibili beneficiari di pene con contenuti rieducativi, sono state adottate leggi che sono perfetta espressione del c.d. “*populismo penale*”¹³³, ossia volte a prevedere nuove fattispecie di reato – spesso *penalizzando* condotte che precedentemente assumevano caratteri di illeciti amministrativi – ovvero a introdurre nuove fattispecie di reato nel novero di quelli definiti c.d. “*ostativi*”, ex art. 4-*bis* ord. penit., in relazione ai quali il condannato non è ammesso – salvo le deroghe ivi previste – ad accedere a misure alternative o benefici penitenziari secondo le ordinarie regole di trattamento penitenziario.

Nel segno della politica criminale appena riportata, la pena detentiva diviene ancor più centrale nel sistema esecutivo, nonostante siano evidenti i limiti della pena carceraria in relazione alle finalità di rieducazione e responsabilizzazione del condannato. La scarsità dei contenuti rieducativi, unitamente con le precarie condizioni organizzative del circuito penitenziario – nello specifico, il soffocante problema del *sovraffollamento carcerario* – fanno sì che il dettato dell’art. 27, co. 3 della Costituzione sia, in larga parte, disatteso.

Ampia dimostrazione dell’attuale “*fallimento*” della pena carceraria, scontata secondo modalità prettamente inframurarie, rispetto all’esigenza di provvedere alla rieducazione e responsabilizzazione del reo, è fornita dall’elevato tasso di recidiva da parte dei soggetti condannati, a pena detentiva, che non abbiano beneficiato di misure alternative alla detenzione nel corso dell’esecuzione.

I dati riportati dimostrano che episodi di recidiva sono più che triplicati nei casi di detenuti, non ammessi a beneficiare di misure alternative alla detenzione con contenuti rieducativi, i quali abbiano scontato la pena secondo modalità interamente inframurarie e siano stati, al termine, reimmessi nel tessuto sociale senza un *graduale passaggio* attraverso istituti che potessero

¹³³ La tendenza normativa è stata definita da E.A.A. DEI-CAS, in *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell’ambito della legge delega Cartabia*, in Archivio Penale, 2021, n. 3, come “*penale-spazza*” dalla rubrica, più politica che giuridica, delle norme finalizzate ad inasprire il trattamento sanzionatorio e il trattamento esecutivo per alcune fattispecie di reato, soprattutto in tema di reati contro la pubblica amministrazione (a titolo esemplificativo, legge spazza-corrotti, l. n. 3/2019).

favorire un percorso di responsabilizzazione del soggetto e di riavvicinamento dello stesso alla società¹³⁴.

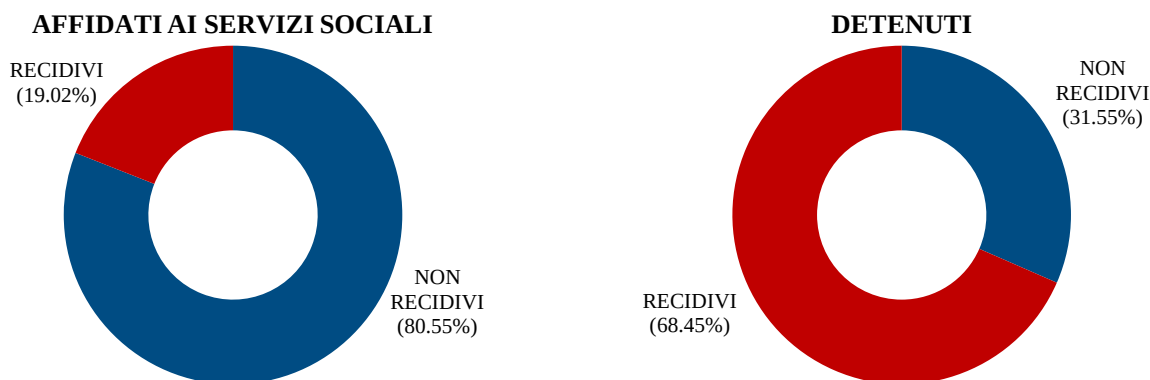


Grafico 1 - Tasso di recidiva dei condannati ammessi alle misure alternative (es. affidamento in prova al servizio sociale) e dei detenuti non ammessi alle misure alternative.

Il dato è ancor più allarmante se si nota che episodi di recidiva sono commessi, in più del 25% dei casi, entro un anno dalla cessazione dell'espiazione della pena; sempre secondo gli stessi dati, entro 54 mesi dalla cessazione della pena, più del 90% degli *ex detenuti* è tornato a delinquere e, di media, il fenomeno della recidiva si presenta decorsi poco più di due anni dal termine dell'esecuzione della pena precedente¹³⁵.

È evidente che il sistema giudiziario – comprensivo tanto della fase di cognizione quanto della fase esecutiva – non riesca, nelle forme attuali, a soddisfare il bisogno di rieducazione e responsabilizzazione del reo al quale, costituzionalmente, deve tendere. È doveroso, pertanto, andare alla ricerca di soluzioni alternative, che si discostino dalla rigidità imposta da una visione *carcerocentrica* del sistema esecutivo, e che permettano, anche secondo procedure meno formalizzate, di soddisfare il bisogno di risocializzazione e responsabilizzazione del condannato.

In questa direzione si inseriscono i programmi di giustizia riparativa, i quali, a fronte di una maggiore *fluidità* e *de-formalizzazione procedurale*, offrono maggiori spazi per intraprendere percorsi di rieducazione e responsabilizzazione dell'autore che abbiano spunto dall'incontro con la vittima e con gli altri *stakeholders* interessati dalla commissione del fatto di reato.

¹³⁴ I grafici ivi riportati sono stati elaborati sulla base di dati raccolti dalle indagini statistiche effettuate dall'Associazione Openpolis, riportati nel dossier n. 9 del 2016.

¹³⁵ I dati riportati sono stati elaborati da F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in Rassegna penitenziaria e criminologica, n. 2, Ministero della Giustizia, Roma, 2007. Per un maggiore approfondimento sull'evoluzione dei dati relativi al tasso di recidiva al 31 dicembre 2021, si veda: <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>.

A ben vedere, l'ordinamento penitenziario presenta, al momento, istituti latamente riparativi che, distaccandosi dalla monoliticità delle forme esecutive classiche, favoriscono un percorso di revisione critica delle azioni delittuose commesse dal reo.

Oltre alle misure alternative alla detenzione – di cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti¹³⁶ – l'ordinamento penitenziario dischiude importanti spazi per la revisione critica delle condotte delittuose ai sensi dell'art. 13, co. 3 della l. 354/75, il quale dispone che, nell'ambito dell'osservazione scientifica della personalità – prevista dall'art. 13, co. 2 – al condannato sia offerta l'opportunità di una riflessione sul fatto di reato commesso, finalizzata a comprendere i motivi che lo hanno prodotto nonché le conseguenze causate nei confronti della vittima, nell'ottica di individuare possibili azioni in tal senso riparative.¹³⁷

Il tratto distintivo dei programmi di giustizia riparativa, rispetto agli istituti appena menzionati, risiede nella peculiarità che il processo di responsabilizzazione dell'autore è stimolato in un contesto sciolto dai contenuti propri della pena, come classicamente intesa. Elementi caratterizzanti sono, infatti, la promozione di incontri con la vittima – anche se non in persona, in forma surrogata o aspecifica – in presenza di un soggetto terzo, il facilitatore, con funzione conciliatrice fra le parti. Tali elementi non sono rinvenibili nelle dinamiche proprie dell'esecuzione della pena: la disciplina prevista all'art. 13, co. 3 ord. penit. trova applicazione in un contesto *inframurario*, in assenza della vittima quale interlocutrice del processo di responsabilizzazione, ed è parte integrante di un programma ulteriore, ossia l'osservazione scientifica della personalità del condannato, il quale rappresenta un documento centrale nelle decisioni circa l'idoneità del condannato ad essere ammesso a regimi penitenziari alternativi.

Nei termini che seguono, è possibile affermare che la *fluidità* e la *de-formalizzazione* delle procedure riparative siano di beneficio all'autore in ottica di rieducazione e responsabilizzazione. La logica di massima inclusione, alla quale sono ispirati i programmi di giustizia riparativa, giova all'autore soprattutto dal momento in cui offre punti di contatto con la vittima, anche in forma aspecifica o surrogata. La stimolazione della responsabilizzazione dell'autore prende le mosse proprio dal contatto con la vittima, dalla comprensione e dall'elaborazione delle conseguenze dannose che il reato ha prodotto e dallo sviluppo di un senso di empatia con le istanze e le necessità di cui la persona offesa dal reato si fa portatrice.

Il senso di responsabilizzazione che i programmi di giustizia riparativa intendono perseguire si discosta notevolmente dalla tipologia di rieducazione che si persegue per mezzo della pena detentiva. La seconda, infatti, tende ad una rieducazione che nasca dall'obbedienza, la quale a

¹³⁶ *Ut supra*, Cap. I, § 1.3.

¹³⁷ L'art. 13, co. 3, l. 354/75 dispone che: “*Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione*”.

sua volta deriva dall'imposizione di una sanzione che porta con sé un notevole contenuto afflittivo, una "*duplicazione del male*", distinto e successivo a quello causato dall'autore con la commissione del reato¹³⁸.

La responsabilizzazione dell'autore del reato, che si persegue attraverso i programmi di giustizia riparativa, muove, come detto, dalla comprensione del male arrecato e dallo sviluppo di un atteggiamento favorevole al rispetto delle regole sociali, ivi comprese le norme penali, per giungere ad un concetto di "*riparazione morale*", che prescinde dalla necessaria compresenza di componenti di natura economica o materiale. In altri termini, il percorso di rieducazione dell'autore ha come scopo ultimo la responsabilizzazione circa il disvalore sociale della condotta tenuta, con il conseguente impegno a compiere azioni, anche non materiali, purché di segno contrario a quelle delittuose, che rappresentino un momento di riparazione nei confronti della vittima e della comunità¹³⁹.

Pertanto, è possibile ipotizzare la definizione di un percorso di rieducazione e riabilitazione dell'autore che si snodi lungo sei fasi, le quali – rifuggendo dall'idea della materialità o economicità della condotta in favore della vittima – costituiscono un percorso "*morale*" attraverso il quale sia possibile sviluppare un senso di responsabilizzazione solido ed effettivo, il quale riesca a tradursi, nel lungo termine, in un beneficio in favore della comunità consistente in un drastico calo dei casi di recidiva e nel risanamento della frattura sociale cagionata dal reato.

Per giungere ad un'effettiva "*riparazione morale*"¹⁴⁰ e responsabilizzazione dell'autore è, infatti, necessario che:

- a) Si addebiti, in capo all'autore, la responsabilità per il fatto di reato commesso: tale fase può essere compiuta secondo le forme, anche prettamente procedurali, che ciascun ordinamento prevede per procedere alla contestazione del fatto di reato tramite la formulazione dell'imputazione.
- b) L'autore del fatto di reato, una volta che questo è stato oggetto di contestazione, abbia una piena comprensione delle conseguenze dannose scaturenti dal reato nei confronti della vittima – e della comunità – e compia un percorso finalizzato ad affrontare il danno arrecato nei confronti dei vari *stakeholders*.
- c) Siano riaffermati l'autorità delle norme penali, violate dall'autore del reato, e l'impegno all'ottemperamento delle stesse, tanto da parte del reo quanto da parte della comunità: è

¹³⁸ In questi termini, G. COLOMBO, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve nulla*, Ponte alle Grazie, 2020.

¹³⁹ Al riguardo, S. MARUNA, *Making good: how ex-convicts reform and rebuild their lives*, Washington DC: American Psychological Association, 2001.

¹⁴⁰ La procedura a sei fasi, di seguito proposta, è stato oggetto di elaborazione da parte di M. WALKER, *Moral repair: reconstructing moral relations after wrongdoings*, Cambridge University Press.

fondamentale che questa spinta provenga anche dai consociati, i quali dovrebbero rappresentare una sorta di “*esempio*” da seguire per il reo, onde evitare che si crei una condizione in cui l’autore del reato dovrebbe manifestare rispetto nei confronti di norme che non sono avvertite come meritevoli di rispetto da parte della società.

- d) Si proceda al risanamento della fiducia delle vittime del reato tanto nell’ordinamento giuridico, quanto nelle pratiche e nelle procedure – anche giudiziarie - che sono concreta espressione dell’ordinamento stesso.
- e) Si proceda a ristabilire un senso generale di rispetto e fiducia nei confronti delle norme giuridiche e nei confronti dei soggetti, sia privati che pubblici, deputati a garantirne il rispetto nel tessuto sociale.
- f) Si proceda al risanamento relazioni intersoggettiva fra i vari *stakeholders* - ossia vittima, autore e comunità – che sono state intaccate dalla commissione del fatto di reato.

Dalla procedura appena esposta emerge il necessario carattere di inclusione delle procedure riparative: la responsabilizzazione morale del reo non può essere raggiunta se non attraverso una fitta rete di collegamenti intersoggettivi fra i vari soggetti coinvolti, primi fra tutti la vittima e la comunità. È evidente che, qualora la creazione di tale rete fosse raggiunta per mezzo dell’espletamento dei programmi di giustizia riparativa, i risultati ottenibili sarebbero di notevole rilievo sociale, soprattutto in termini di risanamento del senso di sicurezza collettivo, riduzione del tasso di recidiva e stimolazione di un senso di responsabilizzazione che condurrebbe, in ultima istanza, alla desistenza dal delinquere.

3.3 La comunità: verso il risanamento della *frattura sociale* derivante dalla commissione del reato

La comunità può essere qualificata come una *parte* la cui partecipazione è meramente “*eventuale*” nello svolgimento dei programmi riparativa: la considerazione discende automaticamente dalla constatazione che, mentre non potrebbero esistere programmi riparativi in assenza dell’autore o della vittima del reato¹⁴¹, lo stesso dicasi per il facilitatore – la cui presenza è imprescindibile quale “*gestore e catalizzatore*” dei programmi riparativi – diversamente sono ipotizzabili modelli di giustizia riparativa ai quali la comunità non partecipa. La considerazione è avvalorata anche dalle definizioni normative di “*programmi di giustizia riparativa*” che sono state fornite dai numerosi atti sovranazionali in materia: da questi, infatti,

¹⁴¹ La partecipazione della vittima del reato, quale necessario interlocutore procedimentale dell’autore del reato, può realizzarsi, nel caso in cui la vittima *specifica* non presti consenso alla partecipazione, anche in forma *aspecifica* o *surrogata*. In caso di programmi con vittima *aspecifica* o *surrogata*, di regola l’interlocutore dell’autore del reato è individuato in soggetti che abbiano subito la stessa tipologia di reato e che abbiano contezza, pertanto, delle conseguenze negative che vi discendono.

emerge che gli elementi qualificanti debbono rinvenirsi nella compresenza dell'autore e della vittima, nonché di un soggetto terzo in posizione equidistante dalle parti, mentre non è fatta menzione della partecipazione *necessaria* della comunità, la quale assurge solamente a soggetto *eventuale* dei nuovi paradigmi di giustizia¹⁴².

Sebbene non figuri nel novero dei soggetti necessari dei programmi riparativi, la comunità assume un ruolo fondamentale tanto nello svolgimento delle procedure riparative, quanto nel raggiungimento di un esito positivo. Nell'ottica del principio di inclusione, infatti, molti dei modelli nei quali può esprimersi il nuovo paradigma di giustizia riparativa favorisce un coinvolgimento attivo della comunità.

Al riguardo, infatti, autorevole dottrina¹⁴³, ben consapevole della dinamicità e della fluidità delle forme che il nuovo paradigma riparativo può assumere nei vari ordinamenti e nelle varie esperienze giuridiche, ha tentato di fornire una classificazione dei vari modelli tenendo in considerazione i contenuti e le funzioni che essi mirano ad assolvere, anche in base al numero di attori che in esso sono coinvolti. Da tali classificazioni è emerso che solamente alcuni dei vari modelli astrattamente possibili potessero essere qualificati come “*propriamente riparativi*”, in quanto prevedono il *necessario* coinvolgimento *attivo* della comunità¹⁴⁴.

Ne deriva pertanto che, sebbene al livello normativo la comunità non sia considerata una parte necessaria, le esperienze pratiche di giustizia riparativa si muovono in senso opposto, tentando di accogliere, per quanto possibile, forme di presenza della collettività sociale in qualità di parte attiva nell'espletamento dei programmi riparatori.

Questa tendenza è stata recepita anche al livello normativo: gli atti sovranazionali, infatti, a più riprese incentivano l'apertura dei programmi riparativi alla partecipazione della comunità in ottica di massima inclusione dei vari soggetti interessati dalla commissione del reato¹⁴⁵. Inoltre, la comunità, oltre ad essere vista quale “*parte eventuale*” dei programmi di giustizia riparativa, è riconosciuta anche come una componente sociale entro la quale sviluppare organizzazioni – anche di natura privata – e promuovere iniziative che possano favorire lo sviluppo e

¹⁴² Al riguardo, infatti, la Dir. 2012/29 UE – ripresa al livello nazionale dalla legge delega 134/2021 – così come la Rec. (2018)8 del Consiglio d'Europa, fornisce una definizione dei programmi di giustizia riparativa quale: “[...] qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale.

¹⁴³ Nel panorama nazionale ed internazionale, si distinguono: G. ROBINSON – J. SHAPLAND – A. SORSBY, *Restorative justice in practice. Evaluating what works for victims and offenders*, Routledge, 2011, e MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, p. 131.

¹⁴⁴ Come riporta E.A.A. DEI-CAS, in *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, Archivio Penale, 2021 n. 3, fra questi debbono ricomprendersi i “*circles, il family group conferencing e il community conferencing*”.

¹⁴⁵ La Rec. (2018)8 adottata dal Consiglio d'Europa, fra i *consideranda* che hanno portato all'adozione della Raccomandazione, menziona la necessità di promuovere forme di giustizia che favoriscano la partecipazione tutti i soggetti interessati dalla commissione del reato, includendo, oltre alle parti necessarie – quali autore e vittima del reato – anche “*la più ampia comunità*”.

l'implementazione di programmi di giustizia riparativa¹⁴⁶. In altri termini, la comunità deve fungere da catalizzatore nel favorire un cambiamento culturale che permetta di abbandonare gli ideali *retribuzionisti* della pena, secondo la logica della pena vista come “*duplicazione del male*”, e permetta una fiduciosa apertura verso i nuovi paradigmi riparativi.

Il coinvolgimento della comunità che si intende perseguire attraverso l'implementazione di programmi di giustizia riparativa è ben lontano dalla partecipazione della società nelle dinamiche del sistema giuridico vigente. In fase di cognizione, la comunità non è presa in considerazione: vi sono, anzi, degli istituti procedurali che procedono ad escludere la comunità, o per meglio dire l'opinione pubblica, dalle aule di giustizia, per ovvie ragioni di tutela dell'attività investigativa in sede di indagini preliminari e di preminente tutela di diritti o interessi delle parti, che potrebbero essere lesi dalla pubblicità dei procedimenti.

Qualche spazio per la partecipazione della comunità viene recuperato in fase esecutiva della pena: la legge sull'ordinamento penitenziario dischiude margini di coinvolgimento della comunità negli istituti di pena sia attraverso la possibilità di partecipazione allo svolgimento di attività rieducativa nelle carceri¹⁴⁷, sia attraverso la stipulazione di convenzioni – fra l'amministrazione penitenziaria e soggetti pubblici o privati – per l'inserimento lavorativo dei detenuti, ex art. 20, co. 8 ord. penit.

Il coinvolgimento della comunità che i programmi di giustizia riparativa intendono perseguire deve, invece, manifestarsi tanto in fase di svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, quanto in fase di esecuzione degli eventuali esiti favorevoli di risoluzione concordata delle conseguenze derivanti dal reato.

Ciò premesso, occorre comprendere, in presenza della commissione di un fatto di reato, cosa debba intendersi per comunità interessata e quale porzione di essa può essere legittimamente ritenuta uno “*stakeholder*”, e dunque essere ammessa a prendere parte alle procedure riparative. In ultimo, occorre identificare i benefici derivanti dalla partecipazione della comunità e le modalità di partecipazione, essendo necessario individuare, nell'ampia nozione di comunità, dei soggetti legittimati a rappresentarla e a farsi portatori degli interessi collettivi.

¹⁴⁶ La Raccomandazione, di cui alla nota precedente, fra i *consideranda* pone la necessità che venga valorizzato il fattivo contributo che può essere fornito dalla società, sia per mezzo della costituzione di organizzazioni non governative che tramite l'impegno delle comunità locali nel realizzare gli ideali di giustizia riparativa, quali il perseguimento della giustizia e dell'armonia sociale.

¹⁴⁷ L'art. 17, l. 354/1975, rubricato “*partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa*”, dispone che: “1. La finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa. 2. Sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore, tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera.”

Muovendosi in ordine logico, la prima questione che merita di essere risolta è quella inerente alla definizione del concetto di *comunità interessata* dalla commissione del fatto di reato.

Al riguardo, di fondamentale importanza è il contributo offerto da G. Mannozi¹⁴⁸, la quale, nel proporre una definizione di “*giustizia riparativa orientata sulla comunità*”, tenta di individuare dei canoni condivisi in base ai quali sia possibile riconoscere che un determinato gruppo di individui rappresenti una comunità.

I criteri plausibilmente individuati sono due: uno di natura geografica ed uno di natura funzionale.

Il primo, che individua una comunità in presenza di individui che vivano – stabilmente o temporaneamente – in un’area geografica circoscritta, appare eccessivamente riduttivo e *anacronistico*, in quanto è incapace di intercettare le molteplici complesse sfumature che la società contemporanea presenta. Il criterio funzionale identifica una comunità in base alla circostanza che un certo numero di soggetti riconosca una serie di “*doveri, reciprocità e appartenenze*”¹⁴⁹, indipendentemente dalla loro ubicazione geografica, così che si possa parlare quasi di una “*comunità senza confini*”. Sebbene quest’ultimo sia nettamente da preferire al primo, anche questo criterio stenta a descrivere, in termini esatti, il concetto di comunità in una società notevolmente globalizzata.

Il tratto qualificante delle comunità moderne è la compresenza di numerose *micro-unità sociali*, definibili quali “*organizzazioni o associazioni intermedie*”, che si frappongono fra l’individuo e le autorità pubbliche. Potrebbe questa essere una valida soluzione ai fini della costruzione di programmi di giustizia riparativa ampiamente inclusivi: le micro-comunità, rappresentate da enti o organizzazioni locali, a ben vedere, rappresentano uno dei centri in cui si realizza maggiormente lo sviluppo della personalità di ciascun individuo.

Dalla notevole difficoltà sin qui emersa, potrebbe discendere la constatazione che non è consigliabile fornire una definizione *statica* di ciò che, ai fini della partecipazione a programmi riparativi, debba intendersi come comunità. Sembrerebbe maggiormente opportuno garantire una certa elasticità definitoria della nozione di comunità, i cui contenuti saranno, di volta in volta, riempiti a seconda delle tipologie di reato per le quali si procede, a seconda dei beni giuridici tutelati dalla norma penale che si intende violata e a seconda delle conseguenze dannose prodotte dal reato¹⁵⁰.

¹⁴⁸ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, op. cit., p. 62 e ss.

¹⁴⁹ G. MANNOZZI, *ibidem*, p. 66, nota 59, l’A. riporta il pensiero di D. W. VAN NESS – K. HEETDERKS STRONG, *Restorative Justice*, p. 33 e di F. F. SCAHUER, *Community, Citizenship, and the Search for National Identity*, in *Michigan Law Review*, 19986, 06/1986, p. 1504.

¹⁵⁰ A titolo meramente esemplificativo di quanto sostenuto, è possibile pensare che, in caso di commissione di c.d. “*hate crimes*”, la comunità ammessa alla partecipazione di programmi riparativi dovrà coincidere con la comunità

Occorre, infine, inquadrare il ruolo che la comunità è chiamata a svolgere nel corso dell'espletamento dei programmi riparativi. Al riguardo – a seconda della tipologia di reato e a seconda delle conseguenze prodotte dall'illecito penale – la comunità potrebbe intervenire in qualità di vittima o danneggiato, in qualità di mero beneficiario degli interventi riparativi oppure in qualità di *partecipante attivo* al percorso di riparazione¹⁵¹.

È ipotizzabile che la comunità intervenga in qualità di vittima o danneggiato laddove il bene giuridico tutelato dalla norma penale violata abbia una dimensione collettiva o superindividuale, che trascenda dal singolo soggetto giuridicamente titolare del bene in questione. Esempi in tal senso potrebbero essere rinvenuti nelle fattispecie di reato previste dal libro II del Codice penale, quali i delitti contro la personalità dello Stato (Titolo I), i delitti contro la pubblica amministrazione (Titolo II), i delitti contro l'amministrazione della giustizia (Titolo III), i delitti contro l'incolumità pubblica (Titolo VI) o contro l'ambiente (Titolo VI-bis)¹⁵².

L'intervento della comunità in qualità di "*partecipante attivo*" ai programmi riparativi potrebbe richiedersi laddove la comunità, pur non presentando la "*titorietà*" del bene giuridico leso, può risultare utile sia al fine di proteggere la vittima da ulteriori aggressioni del reo – o viceversa il reo da possibili sentimenti di vendetta della vittima o della sua comunità di appartenenza¹⁵³ – ovvero al fine di facilitare un incontro delle parti per addivenire ad una soluzione concordata avente ad oggetto i contenuti riparativi delle azioni future che le parti si impegnano a rispettare reciprocamente¹⁵⁴.

Nella maggior parte delle procedure riparative, accanto a uno dei due ruoli pocanzi esposti – vittima o partecipante attivo – la comunità risulta essere comunque *soggetto beneficiario* degli interventi riparativi sui quali le parti eventualmente convergono.

Il risultato più importante di queste procedure è un rafforzamento generale del senso di sicurezza collettivo, nonché il risanamento delle fratture sociali che, inevitabilmente, emergono

alla quale appartiene il soggetto che ha materialmente subito la commissione del reato, in quanto essa condivide, con la vittima, valori e ideali che sono stati oggetto di aggressione.

¹⁵¹ La tripartizione è proposta da G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 62.

¹⁵² Riguardo ai reati ambientali, è da tempo diffuso in giurisprudenza l'orientamento secondo cui le associazioni a tutela dell'ambiente possono validamente costituirsi parte civile nel giudizio penale, a condizione che esse non agiscano a tutela di un generico interesse diffuso all'integrità e/o salubrità dell'ambiente, bensì facciano valere un diritto soggettivo ovvero un interesse "*collettivo*", ossia a condizione che la posizione giuridica che viene fatta valere in giudizio sia distinguibile da quella di un generico interesse rinvenibile in capo a ciascun individuo facente parte della collettività (Cass. Pen. Sez. III, sent. n. 10557/95).

¹⁵³ È di questa opinione, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 63 e ss.

¹⁵⁴ La comunità, in senso ampio, potrebbe giocare un ruolo fondamentale quale "*catalizzatore e facilitatore*" nell'addivenire ad una soluzione concordata tutte le volte in cui il reato commesso sia espressione di fratture del tessuto sociale, quali faide fra fazioni sociali contrapposte, ovvero sia motivato da ragioni di natura etnica, razziale, religiosa o politica (quali, ad esempio, le ragioni che si pongono alla base dei c.d. "*hate crimes*").

dalla commissione di un reato. In questi termini, la giustizia riparativa agisce quale una “*giustizia per la comunità*”¹⁵⁵, finalizzata a raccogliere le istanze provenienti dalle diverse parti, a tentare di darvi una soluzione approfondita – che non sia solamente di natura materiale o economica – e a permettere un effettivo reinserimento dell’autore del reato nel tessuto sociale, con il conseguente vantaggio di ridurre il tasso di recidiva ed incentivare una efficace desistenza dal delinquere nuovamente.

3.4 Il facilitatore: *collante e catalizzatore del paradigma riparativo*

I nuovi paradigmi di giustizia riparativa si fondano su una concezione del reato nettamente distante da quella alla base dei modelli “*classici*”, fondati sulla natura retributiva o rieducativa della pena: mentre in questi ultimi la consumazione di un fatto di reato è intesa principalmente quale violazione del sistema valoriale tutelato dall’ordinamento giuridico, nei primi, invece, l’illecito penale è considerato quale una violazione di diritti soggettivi facenti capo ai soggetti che, da esso, si intendono danneggiati. Questo mutamento di prospettiva comporta la predilezione di modelli finalizzati alla risoluzione delle conseguenze nascenti dal reato che, discostandosi dalla pretesa del monopolio punitivo statale, favoriscano l’ingresso di forme di “*privatizzazione del conflitto*” a beneficio di soluzioni *concordate* che permettano di soddisfare, con alto grado di personalizzazione, le istanze e le necessità di cui le parti coinvolte si facciano portatrici.

In quest’ottica, pertanto, al binomio “*reato-retribuzione*” si affianca quello di “*conflitto-riparazione*”, foriero della necessità che si aprano prospettive di accesso ad una gestione *privatizzata* del conflitto affinché le conseguenze dannose conseguenti dal reato non siano solamente sanzionate, ma più propriamente *riparate* in una dimensione *relazionale* e collettiva¹⁵⁶.

In un contesto *privatizzato*, fondamentale importanza assume il ruolo di un soggetto terzo, il quale si ponga in posizione di imparzialità ed equiprossimità dalle istanze sollevate dalle parti in causa, ossia il *facilitatore*.¹⁵⁷

Dal combinato disposto dei vari atti sovranazionali in materia di mediazione penale e, più in generale, di giustizia riparativa, è possibile fornire una prima definizione della figura del facilitatore alla luce delle caratteristiche che tale soggetto deve necessariamente assumere in

¹⁵⁵ L’espressione è utilizzata da G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 63, riferendosi a modello di giustizia che proponga una forma di riparazione che sia rivolta, oltre che ai singoli individui interessati, ad un destinatario diffuso e aspecifico, appunto la comunità.

¹⁵⁶ È di questa opinione R. NORMANDO, *Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l’intervento del mediatore*, in *Processo penale e Giustizia*, n. 2/2014.

¹⁵⁷ In alcuni atti sovranazionali, fra i quali la *Rec. (99)19* del Consiglio d’Europa, il facilitatore appare con la terminologia di “*mediatore*”, poiché tali atti sovranazionali hanno specificamente ad oggetto la mediazione penale.

fase di espletamento di programmi riparativi: egli deve porsi come un soggetto terzo, imparziale, indipendente e in posizione di equiprossimità dalle istanze di cui le parti si facciano portatrici.

La *terzietà* del facilitatore attiene tanto alla posizione che egli ricopre in relazione allo svolgimento del procedimento penale in sede giudiziaria – in seno al quale potrebbero innestarsi parentesi di giustizia riparativa – quanto all'appartenenza del soggetto a istituzioni che, sullo stesso caso, possano avere in precedenza esercitato poteri giurisdizionali o, in generale, autoritativi. Le garanzie di *terzietà* mirano, in via principale, ad evitare che il facilitatore approcci al programma riparativa avendo già formato un *preconcetto* o un pregiudizio sulla controversia – in ragione di funzioni procedurali precedentemente esperite – che potrebbe inficiare la sua posizione di neutralità rispetto ai fatti sui quali esercita la sua funzione¹⁵⁸.

L'*imparzialità* è, invece, una caratteristica non tanto attinente allo *status* della figura del mediatore, quanto piuttosto alla posizione che egli, in concreto, assume nell'espletamento dei programmi di giustizia riparativa. Si intende garantire che il facilitatore non parteggi per le istanze di una parte a discapito delle esigenze dell'altra, secondo uno schema che risulterebbe eccessivamente sbilanciato nelle dinamiche di dialogo e conciliazione alle quali le procedure riparative sono proposte. L'*imparzialità* non implica, invece, che il facilitatore non intervenga nel processo comunicativo fra le parti: egli deve agire al fine di condurre queste ultime verso soluzioni che siano bilanciate ed efficaci, intromettendosi qualora il dialogo sbandi, invece, verso soluzioni i cui contenuti non sarebbero equi o ragionevoli.¹⁵⁹

Una particolare sfaccettatura dell'*imparzialità* è rappresentata dalla necessaria "*equiprossimità*"¹⁶⁰ che il facilitatore deve assumere nei confronti delle parti. Si potrebbe affermare che l'utilizzo del vocabolo "*equiprossimità*" riempi di contenuto il concetto di *imparzialità*: il mediatore, nel rispetto delle istanze e delle esigenze delle parti, deve tentare di avvicinarsi empaticamente alle loro richieste, piuttosto che astrarsi dalle stesse mantenendo un certo distacco dai loro bisogni.

L'avvicinamento empatico alle parti deve essere perseguito sia attraverso una conoscenza approfondita dei fatti oggetto della controversia¹⁶¹, sia per il tramite di un ascolto approfondito,

¹⁵⁸ È di questo parere, V. PATANÈ, *Mediazione penale*, op. cit., p. 583.

¹⁵⁹ In questi termini, R. NORMANDO, *Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore*, op. cit.

¹⁶⁰ Il termine "*equiprossimità*", riferito alle caratteristiche del facilitatore, compare, per la prima volta, nella legge delega alla c.d. "*riforma Cartabia*". Nello specifico, all'art. 1, co. 18, lett. f), si prevede che la disciplina organica in materia di giustizia riparativa, oggetto di esercizio della delega, debba: "Prevedere i requisiti e i criteri per l'esercizio dell'attività professionale di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa [...] garantendo le caratteristiche di imparzialità, indipendenza ed equiprossimità del ruolo".

¹⁶¹ Al riguardo, la Rec. (2018)8 adottata dal Consiglio d'Europa, al punto n. 33 dispone che: "Prima dell'avvio di un percorso di giustizia riparativa, il facilitatore dovrebbe essere informato di tutti i fatti rilevanti del caso e di ogni elemento necessario dalle autorità giudiziarie competenti o dalle agenzie della giustizia penale."

che non si limiti alle formalità dell'ascolto tipiche del procedimento penale – nel quale le dichiarazioni delle parti sono filtrate e finalizzate all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato – ma che si estenda alla comprensione dei bisogni correlati alla commissione di un fatto di reato¹⁶². In quest'ottica di vicinanza e prossimità alle parti è possibile garantire, tramite l'operato del facilitatore, che i programmi riparativi vengano effettuati nel rispetto della dignità e all'insegna del rispetto reciproco delle parti¹⁶³.

Diversamente dall'imparzialità, l'*indipendenza* attiene, invece, alla posizione e allo *status* della figura del mediatore rispetto alle altre autorità statali preposte all'accertamento della responsabilità penale. Da questo punto di vista, infatti, è doveroso garantire che, nello svolgimento dei programmi riparativi, il facilitatore non sia sottoposto nel suo operato ad altre autorità giudiziarie, dal momento che la carenza di autonomia procedurale potrebbe minare l'effettiva riuscita dei paradigmi riparativi.

D'altro canto, è necessario prevedere, per fini di sicurezza sociale, dei meccanismi di raccordo fra il facilitatore e l'autorità giudiziaria. Fermo restando la confidenzialità e la riservatezza delle informazioni che vengono rese dalle parti al facilitatore – una garanzia, questa, necessaria al fine di tutelare la presunzione di innocenza dell'imputato qualora i programmi riparativi abbiano esito negativo e si ritorni, pertanto, al rito ordinario – è necessario imporre, in capo al facilitatore, un obbligo di comunicazione all'autorità giudiziaria dei casi in cui, nell'esercizio della propria funzione, venga a conoscenza di fatti di reato imminenti o ulteriori¹⁶⁴.

Ulteriori punti di raccordo fra il facilitatore e le autorità giudiziarie devono essere previsti in caso di esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa. In tal caso, infatti, è necessario che il facilitatore, all'esito della procedura, rediga un *processo verbale* che attesti il risultato conciliatorio che le parti hanno raggiunto, riportante i contenuti delle azioni e degli obblighi che le parti si sono impegnate a rispettare reciprocamente¹⁶⁵. È questa, infatti, una procedura

¹⁶² Sono di questo avviso, G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., nel quale gli A. affermano come l'ascolto al quale è tenuto il mediatore sia ben diverso dall'ascolto processuale, richiedendo un'attività che si estenda, a tutto tondo, su ogni segnale che le parti manifestano nel corso dei programmi riparativi, anche sui silenzi che potrebbero dischiudere stati d'animo la cui lettura è fondamentale per realizzare l'equiprossimità dalle parti.

¹⁶³ La Rec. (2018)8 del Consiglio d'Europa, al punto 45, parte VI dell'atto normativo, dispone che: “[...] Il facilitatore dovrebbe sempre rispettare la dignità delle parti e assicurare che esse agiscano con rispetto reciproco. Si dovrebbe evitare che il percorso sia dominato da una delle parti o dal facilitatore; il percorso dovrebbe essere svolto con la stessa attenzione per ciascuna delle parti.”

¹⁶⁴ A tal proposito, al punto 49, parte VI della Rec. (2018)8 del Consiglio d'Europa, esplicitamente si afferma che: “Fermo restando il principio di riservatezza, il facilitatore dovrebbe trasmettere alle autorità competenti eventuali informazioni circa imminenti o gravi reati che potrebbero emergere durante il percorso di giustizia riparativa.”

¹⁶⁵ Al riguardo, nella Rec. (2018)8, al punto 53, è previsto che: “Nel caso in cui la giustizia riparativa abbia un'incidenza sulle decisioni giudiziarie, il facilitatore dovrebbe riferire alle competenti autorità giudiziarie o alle agenzie della giustizia penale in merito al percorso svolto e al(i) risultato(i) della giustizia riparativa. Fermi restando gli obblighi in capo ai facilitatori di cui alla Regola 49, i loro rapporti non dovrebbero rivelare i contenuti

necessaria affinché i risultati positivi, raggiunti all'esito dei programmi riparativi, possano avere un valore giuridicamente riconosciuto anche in sede processual-penalistica.

Alla luce della disciplina appena analizzata, emerge automaticamente la constatazione che il facilitatore, in seno alle procedure di giustizia riparativa, assume e svolge una funzione del tutto distinta da quella che il giudice esercita nel procedimento penale. Quest'ultimo, infatti, sebbene debba possedere gli stessi requisiti di cui si è fatta menzione per il facilitatore, esercita un potere autoritativo finalizzato alla pronuncia di una decisione che, in ossequio alla funzione giurisdizionale, imporrà una soluzione coatta della *res iudicanda*. Nell'esercizio del potere giurisdizionale, il giudice non deve farsi *interlocutore* delle parti se non nella misura prevista dalle dinamiche procedurali: egli, pertanto, non sarà in posizione di *equiprossimità* dalle parti, quanto piuttosto in posizione di *equidistanza* dalle stesse, con ciò volendo significare che egli non dovrà ascoltare le istanze delle parti per addivenire ad una soluzione concordata, quanto piuttosto dovrà dare ascolto alle narrazioni, che le parti rilasciano in sede procedimentale, per addivenire ad una decisione che sia strettamente conforme ai canoni del diritto, in ossequio al principio di stretta legalità penale.

Le funzioni del facilitatore, invece, sono del tutto diverse. Egli non giunge ad una decisione, ma deve condurre la procedura di dialogo e confronto delle parti affinché – qualora ve ne fosse la possibilità – queste ultime addivengano, di per sé, ad una soluzione della controversia che esse ritengono equa, giusta e sostenibile.

In definitiva, il facilitatore deve supportare le parti nell'individuazione di una soluzione riparatrice, non *etero-imposta* ma proveniente dalle parti stesse¹⁶⁶. Ciò implica, ovviamente, che il facilitatore non ricopra un ruolo meramente passivo, ma aiuti – senza mai decidere – le parti a trovare dei punti di contatto per giungere ad una soluzione riparatrice che soddisfi reciprocamente le istanze di cui sono portatrici.

Un'attività, in generale, complessa, come quella del facilitatore non può prescindere da una formazione specifica ed informazione assai capillare. Pertanto, egli deve conoscere a fondo le dinamiche ed i fatti materiali della controversia perché possa lavorare con le parti affinché queste prestino consapevolmente valido consenso alla partecipazione. Inoltre, egli deve comprendere le istanze di cui le parti si facciano portatrici per indirizzarle, anche tramite dei programmi o bozze di accordo, verso una definizione concordata della controversia; nel fare ciò, è necessario che, oltre alle tecniche di mediazione, egli abbia approfondita conoscenza del diritto penale per comprendere le implicazioni giuridiche della controversia e delle eventuali soluzioni proposte alle parti.

delle discussioni tra le parti, né esprimere alcun giudizio sul comportamento delle parti durante il percorso di giustizia riparativa”.

¹⁶⁶ R. NORMANDO, *Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore*, op. cit.

Da quanto appena detto, discende che la riuscita dei programmi verte, in larga parte, sulla professionalità e competenza del facilitatore. Egli deve farsi fautore della “*ricomposizione dei rapporti intersoggettivi*”¹⁶⁷, attraverso un processo che renda la vittima disposta ad ascoltare e accogliere l’impegno riparatorio dell’autore e, al contempo, quest’ultimo capace di comprendere il danno arrecato alla persona offesa e di maturare un senso di responsabilizzazione che lo conduca a riconoscere il disvalore sociale delle proprie condotte e ad impegnarsi per la sua riparazione, contribuendo in tal modo ad un effettivo rafforzamento del senso di sicurezza collettivo.

¹⁶⁷ R. NORMANDO, *Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore*, op. cit., corsivi originali.

CAPITOLO II

La giustizia riparativa nella riforma c.d. *Cartabia*: verso un progressivo abbandono dell'impostazione *carcerocentrica* attraverso i criteri direttivi della legge-delega n. 134/2021

SOMMARIO: 1. **Legittimazione soggettiva e garanzie procedurali del nuovo paradigma di giustizia** – 1.1 Il binomio *reo-vittima*: il complesso delle garanzie procedurali necessarie per la costruzione di programmi di giustizia riparativa equi, bilanciati e nell'interesse di entrambe le parti – 1.2 La costruzione di programmi di giustizia riparativa compatibili con le garanzie del *giusto processo*: il delicato dubbio di legittimità costituzionale nei confronti della presunzione di non colpevolezza – 1.3 L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale: una possibile causa di esclusione nelle procedure conciliatorie in fase *ante iudicium*? – 2. **Le modalità esecutive dei programmi di giustizia riparativa** – 2.1 Il superamento dei limiti oggettivi all'esperibilità dei programmi di giustizia riparativa – 2.2 I servizi di giustizia riparativa: organi competenti, procedure applicative e organizzazione interna – 2.3 Le modalità di riconoscimento degli esiti *positivi* dei programmi di giustizia riparativa: quale valore giuridico? – 3. **Esperienze di giustizia riparativa in una prospettiva comparatistica** – 3.1 Luci ed ombre sulla giustizia riparativa in Francia: l'interessante prospettiva di una "*terza via procedimentale*" al binomio esercizio dell'azione penale – archiviazione *incondizionata* – 3.2 Le pratiche di giustizia riparativa nell'ordinamento belga: l'interessante prospettiva di una "*restorative detention*" – 3.3 Le pratiche di giustizia riparativa in Austria e Germania: il recepimento condizionato degli ideali riparativi entro istituti di *diversion* processuale

1. Legittimazione soggettiva e garanzie procedurali del nuovo paradigma di giustizia

La legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia* presenta un chiaro spirito innovatore tanto in tema di revisione del complessivo apparato sanzionatorio penale, quanto in materia di predisposizione di una disciplina organica che introduca un sistema procedimentale alternativo – ma complementare a quello vigente – consistente nei modelli e nelle pratiche di giustizia riparativa. Sebbene gli interventi riformatori si dispieghino su vari fronti del sistema penale – sostanziale, procedimentale e sanzionatorio – l'efficientamento della "*giustizia penale*" è perseguito nel segno di un chiaro orientamento di politica criminale: si assiste, infatti, ad un progressivo abbandono dell'impostazione *carcerocentrica* della pena¹⁶⁸. L'obiettivo della

¹⁶⁸ È di questa opinione F. CAPASSO, *Una nuova forma di politica criminale. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in *Unità per la Costituzione*; il contributo completo è consultabile presso il seguente link: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjutu7u_aT3AhVdiv0HHYgBD0MQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.unicost.eu%2Funa-nuova-forma-di-politica-criminale-la-giustizia-riparativa-nella-riforma-cartabia%2F&usq=AOvVaw1lWuARi3gyS.

riforma è realizzato, infatti, sia guardando all'introduzione di modelli e pratiche di giustizia riparativa che si affianchino – ma non sostituiscano – il processo penale classicamente inteso, sia riducendo al minimo i momenti di transito o di permanenza inframuraria dei condannati per specifiche tipologie di reato a pene detentive *brevi*, trasformando in sanzioni sostitutive alla pena detentiva degli istituti precedentemente contemplati quali misure alternative alla detenzione.

Il tentativo di introdurre modelli di giustizia riparativa nell'ordinamento penale prende le mosse – in ossequio ai criteri direttivi contenuti nella legge-delega n. 134/2021 – dalla specificazione dei soggetti legittimati a prendervi parte e dalla definizione dei complessi meccanismi procedurali volti a garantire la posizione soggettiva delle parti. Per inciso, la predisposizione delle garanzie procedurali interessa principalmente quei programmi di giustizia riparativa che trovano luogo in fase *ante iudicatum*, i quali si inseriscano nel procedimento penale in corso, ovvero lo precedano intervenendo in una fase antecedente al formale esercizio dell'azione penale.

In tale contesto, il complesso delle garanzie procedurali ha riguardo sia alla posizione dell'autore del reato, sia alla posizione della vittima. Nei confronti della seconda, gli accorgimenti contenuti nei criteri direttivi della legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia* tendono ad una complessiva protezione della persona della vittima, prevenendo la concretizzazione del rischio di verificazione di fenomeni di *vittimizzazione secondaria*. Nei confronti dell'autore del reato, invece, i programmi di giustizia riparativa – che intervengano in fase *ante iudicatum* – devono contemplare un complesso di accorgimenti che li rendano conformi alle garanzie procedurali previste, in favore della persona dell'imputato, nel corso del procedimento penale.

Segnatamente, taluni ostacoli potrebbero sorgere nell'opera di predisposizione di una disciplina organica, in merito a modelli di giustizia riparativa, che risulti conforme ai principi costituzionali del giusto processo, della presunzione di non colpevolezza e dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

In conclusione, l'attenzione del legislatore è rivolta alla predisposizione di un complesso di norme organiche che definiscano programmi equi, perfettamente bilanciati fra le diverse istanze delle parti in causa: tali programmi dovranno essere costruiti in modo tale da coadiuvare tanto le dinamiche processual-penalistiche, quanto il sistema sanzionatorio vigente, nel rispetto dell'assetto garantistico che permea l'ordinamento giuridico in materia penale.

1.1 Il binomio *reo-vittima*: il complesso delle garanzie procedurali necessarie per la costruzione di programmi di giustizia riparativa equi, bilanciati e nell'interesse di entrambe le parti

Il paradigma riparativo nasce come risposta all'evidente crisi del diritto penale moderno: sono numerose, infatti, le falle che esso presenta sia da un punto di vista sostanziale che procedimentale.

Le politiche criminali di recente conio – allo scopo di rispondere al crescente bisogno sociale procedere ad un rafforzamento dell'ordine e della sicurezza – hanno nuovamente valorizzato un'impostazione retributiva della funzione della pena: a tal fine, il legislatore ha proceduto ad un notevole inasprimento sanzionatorio, per talune fattispecie già esistenti, e alla predisposizione di nuove fattispecie di reato, contribuendo ad una vera e propria *inflazione* del diritto penale moderno. A ciò è conseguita una generale perdita di efficienza dell'intero sistema giudiziario: aumento del carico di procedimenti pendenti, aumento dei casi di maturazione del termine di prescrizione e, infine, aumento della popolazione detenuta, con conseguente peggioramento del *vulnus*, già ampiamente esistente, rappresentato dalle piaghe del *sovraffollamento* carcerario e delle precarie condizioni di esecuzione della pena detentiva¹⁶⁹.

Nel quadro appena delineato, da un punto di vista processual-penalistico, il ricorso ai paradigmi di giustizia riparativa appare una valida soluzione per allinearsi ad un consolidato orientamento di politica criminale internazionale ed euro-unitaria, finalizzato ad assegnare alla vittima del reato un ruolo centrale nelle dinamiche di accertamento della responsabilità penale e a valorizzare condotte prettamente riparatorie delle conseguenze dannose del reato.

Al riguardo, è molto espressiva la rappresentazione grafica delle dinamiche dei modelli riparativi offerta da G. Mannozi, la quale propone di rappresentare le procedure riparative secondo le forme di un'ellisse, contenente *due fuochi* – rappresentanti la vittima e l'autore del reato – diversamente dal processo penale attuale il quale, preposto all'accertamento della responsabilità penale dell'autore, vi pone quest'ultimo al centro, relegando la vittima ad un ruolo funzionalmente marginale¹⁷⁰.

Il binomio autore e vittima del reato, nei programmi riparativi, nasce dalla circostanza che tali programmi hanno, come scopo ultimo, non tanto l'applicazione di una sanzione penale nei confronti del reo – corrispondente al soddisfacimento della pretesa punitiva avanzata dallo Stato – quanto una più ampia prospettiva di riparazione delle conseguenze del reato, che vada ben oltre il momento repressivo. Di conseguenza, in ottica di una piena riparazione, è necessario

¹⁶⁹ In merito, è opportuno ricordare l'impatto che ha avuto la sentenza *Torreggiani c. Italia* del 2013, con la quale la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per aver apprestato, in fase esecutiva della pena, condizioni di detenzione disumane in relazione all'eccessivo sovraffollamento carcerario.

¹⁷⁰ G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, op. cit., p. 10.

valorizzare il ruolo della vittima, porla su un piano di assoluta parità funzionale con l'autore del reato e dar corso alla necessaria *interdipendenza* delle parti che trova luogo nei programmi riparativi¹⁷¹: in un contesto tale, la relazione intercorrente fra autore e vittima del reato non deve muoversi lungo una logica di mera contrapposizione processuale, bensì deve snodarsi su un piano paritario, egualitario quanto a diritti e garanzie procedurali¹⁷².

La vittima del reato rappresenta il fulcro delle procedure riparative: non a caso, infatti, l'interesse per lo sviluppo e l'implementazione di programmi riparativi, a livello sovranazionale, si inserisce in una politica criminale che affianca al superamento di una visione carcerocentrica – che tuttora permea i vari sistemi penali nazionali – la valorizzazione della posizione della vittima del reato, affinché sia fornita una risposta che possa soddisfare al meglio le istanze di giustizia e riparazione, spesso inascoltate nelle dinamiche processual-penalistiche classiche. Di tal genere sono anche gli orientamenti di politica criminale che concorrono a definire i criteri direttivi della legge-delega n. 134/2021.

Ciò premesso, un chiaro segnale del mutamento di prospettiva pocanzi definito è rinvenibile fin dalla definizione normativa che viene fornita della “*vittima del reato*” dalla legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia*. Come anticipato¹⁷³, l'art. 1, co. 18, lett. b) della legge-delega n. 134/2021 assegna al legislatore delegato il compito di fornire una definizione normativa della categoria della “*vittima del reato*” – valida per le procedure riparative – volutamente ampia, che vada oltre i confini della più ristretta definizione normativa di “*persona offesa*” valida ai fini processual-penalistici.

Sul punto la legge-delega è molto specifica, dal momento che non si limita a indicare dei criteri direttivi secondo i quali addivenire ad una nozione normativa di “*vittima*” ai fini dei programmi riparativi, bensì giunge a fornire una definizione – quasi in sé completa – in merito ai requisiti soggettivi necessari per qualificare la legittimazione soggettiva alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa.

In primo luogo, la legge delega intende chiaramente ricomprendere, nel novero delle vittime del reato, tanto le c.d. “*vittime primarie*”, quanto le c.d. “*vittime secondarie*”. La vittima primaria è comunemente identificata nella: “*persona fisica che ha subito un danno, fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che siano state causate direttamente da un reato*”. Ciò che maggiormente risalta è l'orientamento di dare rilievo, ai fini della qualificazione di un soggetto quale vittima del reato, diverse tipologie di danno, ormai comunemente acquisite nel panorama normativo e giurisprudenziale: il danno fisico o biologico, il danno morale e il danno

¹⁷¹ *Ut supra*, Cap. I, § 2.1.

¹⁷² Sono di questa opinione G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *ibidem*.

¹⁷³ Vedi *supra*, Cap. I, par. 3.1.

economico, a condizione che siano conseguenza diretta della commissione di un fatto di reato¹⁷⁴.

Il tratto saliente della legge-delega è da individuarsi, senza ombra di dubbio, nella diretta ricomprensione delle “*vittime secondarie*” nel novero dei soggetti legittimati alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa. Sebbene tali soggetti trovino spazio anche nelle dinamiche del processo penale classico, il loro ruolo è certamente più valorizzato nelle procedure a carattere riparativo di quanto non avvenga in sede procedimentale: è ivi previsto, infatti, che le stesse vi partecipino attivamente, in quanto portatori di interessi sostanziali propri, non meramente pecuniari¹⁷⁵. La legge-delega concorre a definire, nello specifico, i soggetti che debbano propriamente qualificarsi come *vittime secondarie* ai fini della legittimazione soggettiva alla partecipazione alle procedure riparative: il risultato al quale essa giunge potrebbe apparire, per ampi tratti, insoddisfacente. All’art. 1, co. 18, lett. b), secondo capoverso, è stabilito, infatti, che debba qualificarsi come vittima secondaria: “[...] *il familiare di una persona la cui morte è stata causata da un reato e che abbia subito un danno in conseguenza della morte di tale persona*”.

Non pare di cadere in errore nell’affermare che la normativa definisca due condizioni, cumulativamente necessarie, che sembrano essere, a tratti, tautologiche.

Se la prima condizione non pone particolari problemi interpretativi – in quanto è lo stesso comma che, successivamente, definisce in termini più specifici chi debba assumersi come “*familiare*”¹⁷⁶ della persona la cui morte sia conseguenza di un reato – la seconda potrebbe risultare maggiormente critica in fase di esercizio della potestà delegata. Nel dettaglio, potrebbe dar adito a problemi interpretativi la nozione di “*danno conseguente alla morte*” della vittima del reato, soprattutto in riferimento alla tipologia di danno che deve essere assunta quale parametro per la definizione della legittimazione soggettiva per le vittime secondarie¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Sebbene il dato testuale della legge delega, all’art. 1, co. 18, lett. b), sembri riferire la necessità che il danno sia conseguenza immediata di un fatto di reato alle sole “*perdite economiche*”, è doveroso ritenere che, ragionevolmente, lo stesso requisito debba riferirsi anche alle altre tipologie di danno.

¹⁷⁵ È di questo avviso E.A.A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell’ambito della legge delega Cartabia*, in Archivio Penale, n. 3/2021; l’A. rinviene le ragioni, alla base di questa scelta normativa, nella volontà di omologare la disciplina nazionale alle indicazioni sovranazionali ed euro-comunitarie – dettate, in particolare, con la direttiva n. 2012/29/UE – e nella volontà di assegnare alle vittime secondarie un ruolo meno marginale, come accade nel processo, rendendole portatrici di interessi che vadano oltre le semplici pretese risarcitorie.

¹⁷⁶ L’art. 1, co. 18, lett. b), secondo capoverso, della l. 134/2021 dispone che, per “*familiare*”, debba intendersi: “[...] *il coniuge, la parte di un’unione civile fra persone dello stesso sesso, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, nonché i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle e le persone a carico della vittima*”.

¹⁷⁷ È evidente, infatti, che una nozione di danno incentrata sull’aspetto morale o psicologico amplierebbe il novero dei soggetti che potrebbero assumere la qualità di vittima nell’esperimento di programmi di giustizia riparativa; diversamente, una nozione di danno ancorata a elementi di carattere economico o materiale restringerebbe notevolmente tale categoria.

Come pocanzi accennato, i criteri direttivi previsti dalla legge delega per la definizione delle vittime secondarie appaiono essere, a tratti, insoddisfacenti, in quanto eccessivamente restrittivi rispetto ai principi di inclusione, partecipazione e interdipendenza che permeano le procedure riparative. Un approccio meno stringente nella definizione dei requisiti soggettivi della vittima secondaria avrebbe, senz'altro, permesso la creazione di forme di giustizia riparativa maggiormente efficaci – soprattutto nella ricomposizione della frattura sociale derivante dal reato – in quanto aperte alla partecipazione di un maggior numero di *stakeholders*.

Al riguardo, infatti, parte della dottrina ha evidenziato come nei programmi propriamente riparativi – per talune tipologie di reato e in presenza di particolari condizioni pratiche – sarebbe più funzionale ricomprendere, nel novero delle vittime secondarie, anche i familiari del reo, in quanto soggetti che patiscono, indirettamente, un danno dalla commissione di un fatto di reato¹⁷⁸.

Al contempo, l'esplicita menzione del requisito dell'essere familiare di un soggetto “*deceduto a causa del reato*” implica – come conseguenza immediata – che non potrebbero presenziare, ai programmi di giustizia riparativa, vittime secondarie di reati per i quali non si sia verificato, come evento, il decesso di un soggetto, ma che si troverebbero in situazioni giuridiche a queste molto simili, come quando, ad esempio, la vittima sia divenuta gravemente incapace di attendere alla normale quotidianità a causa del reato.

La tutela della posizione della vittima del reato emerge, in modo netto, dai criteri direttivi che individuano i criteri di accesso ai programmi di giustizia riparativa: il primo baluardo a tutela della libertà di scelta e dell'integrità personale della vittima emerge dalla previsione che in tanto si possa procedere secondo gli schemi della giustizia riparativa, in quanto le parti abbiano, a ciò, prestato consenso informato, liberamente rilasciato¹⁷⁹. Conseguentemente, al fine di garantire massima libertà di scelta circa le forme procedurali secondo cui procedere, la legge delega dispone che si debba offrire alle parti la possibilità di ritrattare, in ogni momento, il consenso precedentemente prestato alla partecipazione a programmi di giustizia riparativa¹⁸⁰.

¹⁷⁸ È di questa opinione G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 50; l'A. evidenzia che i familiari del reo, per certi aspetti e per talune tipologie di reati, ricoprono una posizione non dissimile da quella delle *vittime secondarie*: tale aspetto è un risvolto del fatto di reato di cui la giustizia penale classica, per come è strutturata e per gli obiettivi che persegue, non potrebbe farsi carico, ma che diventa invece un nodo centrale nei paradigmi riparativi, finalizzati invece alla composizione sociale del conflitto.

¹⁷⁹ La legge delega, all'art. 1, co. 18, lett. c), prevede, quale criterio direttivo nell'esercizio della delega, che si debba: “[...] prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa [...] sulla base del consenso libero della vittima del reato [...]”.

¹⁸⁰ La legge delega, all'art. 1, co. 18, lett. d), dispone che si debba: “[...] prevedere, in ogni caso, che le specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa e per il loro svolgimento includano: [...] la ritrattabilità del consenso in ogni momento [...]”.

Fermo restando la necessità di costruire programmi di giustizia riparativa che siano equi, perfettamente bilanciati ed equidistanti dalle istanze delle parti coinvolte, da un'analisi approfondita delle dinamiche relazionali intercorrenti fra le parti al momento dell'adesione alla partecipazione a tali programmi, emerge chiaramente che la previsione del consenso quale condizione d'accesso si pone maggiormente a tutela della posizione della vittima piuttosto che di quella dell'autore del reato. È la prima, infatti, ad esporsi a rischi di vittimizzazione secondaria, che potrebbero palesarsi, in corso d'opera, tanto dal contatto con la persona dell'autore del reato, quanto dalla narrazione dell'esperienza di vittimizzazione primaria, necessaria per la ricostruzione delle dinamiche del reato e per la ricerca di una soluzione concordata alle conseguenze da esso provocate. L'autore, diversamente, avendo riguardo alle dinamiche processuali classiche e agli esiti a cui queste possono giungere in termini di durezza del trattamento sanzionatorio in caso di condanna, nonché alle numerose garanzie poste in suo favore in caso di fallimento del programma riparativo intrapreso con conseguente “ritorno” al procedimento penale classico, presenta un interesse notevolmente maggiore alla partecipazione e, di conseguenza, appare verosimile che questi abbia, se non in casi particolari, meno interesse a ritrattare il consenso precedentemente prestato.

Come in precedenza anticipato¹⁸¹, al fine di ottenere il consenso delle parti e di mantenerlo per tutto il corso dello svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, un ruolo fondamentale è svolto dal facilitatore, il quale potrebbe essere ammesso a dialogare con le parti – anche separatamente – al fine di renderle edotte sulla possibilità di procedere secondo tali programmi, sulle modalità di svolgimento degli stessi, nonché sui possibili esiti raggiungibili. Ancor prima del facilitatore, la polizia e le autorità giudiziarie che intervengono agli albori del procedimento penale – ovvero l'U.E.P.E., se in fase *post iudicatum* – svolgono una funzione di cruciale importanza nel fornire, ai soggetti astrattamente legittimati alla partecipazione e, in particolar modo, alla vittima del reato, un quadro informativo capillare ed esaustivo circa la possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa. Al pari del consenso, infatti, la circostanza che i legittimati attivi siano esaustivamente informati sulla disponibilità e sulle caratteristiche delle procedure riparative rappresenta una fondamentale garanzia in loro favore¹⁸²: questo permette loro di compiere una scelta procedimentale ponderata, avendo l'opportunità di decidere sulle forme procedimentali da seguire al netto di una approfondita valutazione circa la rispondenza delle suddette forme procedimentali agli interessi, procedimentali o sostanziali, di cui siano portatori.

¹⁸¹ *Ut supra*, Cap. I, § 3.4.

¹⁸² Al riguardo, infatti, la legge delega, all'art. 1, co. 18, lett. d), dispone che la disciplina organica in materia di giustizia riparativa debba: “[...] prevedere, in ogni caso, che le specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa e per il loro svolgimento includano: la completa, tempestiva ed effettiva informazione della vittima e dell'autore del reato [...] circa i servizi di giustizia riparativa disponibili”.

Un'ulteriore garanzia prevista, soprattutto, in relazione alla vittima del reato consiste nel vaglio circa l'effettiva "*utilità del programma*", da effettuarsi ad opera dell'autorità giudiziaria competente in relazione alla fase procedimentale nella quale si innesta una parentesi riparativa¹⁸³. Questa peculiare forma di controllo, riservata ad un organo terzo ed esterno rispetto alle parti, potrebbe assumere una natura, per così dire, *ibrida*, potendo avere ad oggetto tanto la sussistenza dei requisiti formali di accesso ai programmi di giustizia riparativa, quanto un giudizio prognostico circa l'esito favorevole degli stessi.

La legge-delega, nel prosieguo, non fornisce delucidazioni in merito alla natura che tale controllo debba assumere – se meramente formale ovvero sostanziale – di tal che appare opportuno andare alla ricerca di soluzioni ermeneutiche che, al contempo, soddisfino le esigenze di tutela delle parti – soprattutto della parte debole, ossia la vittima del reato – senza, però, denaturare i connotati propri delle procedure riparative, primo fra tutti la rilevanza del consenso prestato dalle parti. Al riguardo, appare inverosimile ipotizzare un sistema di giustizia riparativa nel quale la volontà *etero-imposta* di un'autorità giudiziaria possa prevalere sulla volontà delle parti di procedere secondo le dinamiche dei programmi riparativi, qualora la stessa autorità dovesse ritenere l'espletamento di tali programmi privo di utilità pratica o giuridica. In altri termini, sarebbe difficile immaginare che il consenso a partecipare, prestato dalle parti volontariamente e sulla base di un quadro informativo completo ed esaustivo, possa essere messo da parte, senza alcun limite, da una valutazione prognostica negativa effettuata dall'autorità giudiziaria, la quale sia idonea a troncare, in radice, la possibilità di procedere secondo forme riparative del contrasto scaturente dal reato.

Diversamente, un controllo meramente *formale* – circa la sussistenza dei requisiti formali previsti per la legittimazione attiva delle parti e per l'espletamento in concreto dei programmi riparativi – non contrasterebbe, in alcun modo, al principio consensualistico sul quale si fondano le suddette procedure.

Per completezza espositiva e senza pretesa di esaustività, è possibile ipotizzare dei casi nei quali l'autorità giudiziaria, a tutela della posizione di una o di entrambe le parti, possa esprimere una valutazione vincolante circa l'utilità di procedere secondo modelli di giustizia riparativa, la quale, spingendosi oltre un mero controllo formale, si estrinsechi in un giudizio prognostico circa l'utilità dei programmi riparativi in relazione ad un possibile esito positivo degli stessi. Appare ragionevole ipotizzare che un simile giudizio prognostico possa trovare maggiormente applicazione in relazione a quei programmi di giustizia riparativa che siano intrapresi in sede

¹⁸³ La legge delega dispone, infatti, all'art. 1, co. 18, lett. c), che la disciplina organica debba: "*prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa [...] sulla base [...] della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lett. a)*".

esecutiva, ossia *post iudicatum*, e che tale giudizio sia condotto dalla magistratura di sorveglianza, di concerto con l'U.E.P.E., e verta, principalmente, sull'idoneità del condannato a prendere parte a programmi di giustizia riparativa che implicino contatti con la vittima del reato. Diversamente, sembrerebbe difficile ipotizzare che un simile giudizio, avente carattere prognostico, possa trovare applicazione in una fase *ante iudicatum*, essendo ivi presenti alcune circostanze che a ciò osterebbero: in primo luogo, è difficile immaginare un giudizio prognostico, condotto dall'autorità giudiziaria procedente, in una fase nella quale, come spesso accade, non siano stati raccolti elementi sufficienti per procedere ad un giudizio in tal senso ponderato, soprattutto circa l'idoneità dell'imputato a partecipare ai programmi di giustizia riparativa. In tal caso, appare stringente la presunzione di non colpevolezza, sancita dall'art. 27, co. 2 della Costituzione, la quale vieta, in radice, che l'autorità giudiziaria procedente compia un giudizio dal quale possano emergere elementi che facciano desumere una prematura valutazione di colpevolezza dell'imputato.

Taluni spazi per un giudizio prognostico circa l'utilità dei programmi di giustizia riparativa potrebbero dischiudersi qualora lo stesso vertesse sulla possibile pericolosità dell'imputato (o indagato), la quale rischierebbe di dar luogo ad episodi di *vittimizzazione secondaria*: in tali ipotesi, appare ragionevole prevedere che, nel compimento di un siffatto giudizio, l'autorità giudiziaria debba avvalersi, necessariamente, di esperti in psicologia, criminologia o scienze sociali, affinché possa da questi acquisire materiale tecnico sulla base del quale ponderare un giudizio che potrebbe imporsi sulle parti e, dunque, ostare all'espletamento di programmi di giustizia riparativa.

In fase *post iudicatum*, diversamente, un giudizio di merito sull'utilità circa l'espletamento di programmi di giustizia riparativa potrebbe trovare più facilmente applicazione e potrebbe, ragionevolmente, vertere sulla personalità del condannato. In fase esecutiva, infatti, è ragionevole ipotizzare che l'autorità giudiziaria competente – di norma la magistratura di sorveglianza, di concerto con l'U.E.P.E. per le questioni pratiche dell'esecuzione della pena – possa, laddove le parti acconsentano a procedere secondo forme di giustizia riparativa, esperire un giudizio sull'utilità di procedere secondo paradigmi di giustizia riparativa alla stregua dei risultati riscontrati nel corso dell'esecuzione della pena.

In primo luogo, infatti, una solida base cognitiva per procedere al suddetto giudizio potrebbe essere offerta dai risultati ottenuti per mezzo dell'osservazione scientifica della personalità, ex art. 13, co. 2 della l. 354/75: questa analisi potrebbe, infatti, rivelare degli elementi utili soprattutto in merito all'idoneità del condannato a prender parte ai suddetti programmi, allo stato del trattamento rieducativo, senza che ciò possa tradursi nella concretizzazione di un elevato rischio di vittimizzazione secondaria. Al contempo, un indicatore utile ai fini di tale giudizio potrebbe essere offerto dal comportamento del condannato a pena detentiva dinanzi

all'opportunità di una *“riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione”*, offerta dall'art. 13, co. 3 della l. 354/75: come in precedenza sostenuto¹⁸⁴, il comma in esame rappresenta, al momento, la porta d'ingresso più promettente dei programmi di giustizia riparativa entro l'ordinamento penitenziario vigente. Da tali istituti, infatti, la magistratura di sorveglianza può desumere elementi importanti sulla base dei quali ponderare il proprio giudizio, soprattutto in relazione alla personalità dell'autore del reato: in ogni caso, tale giudizio dovrà essere svolto con estrema prudenza, senza alcun pregiudizio derivante da considerazioni in merito alla gravità del reato commesso, e deve essere teleologicamente orientato alla tutela della vittima del reato da rischi di vittimizzazione secondaria.

È possibile ipotizzare che, sempre in relazione alla figura dell'autore del reato, il giudizio di cui sopra potrebbe snodarsi lungo le dinamiche tipiche dei giudizi prognostici finalizzati alla concessione di alcune misure alternative alla detenzione, segnatamente dell'affidamento in prova, ex art. 47 ord. penit. Al riguardo, infatti, il co. 2 del medesimo articolo identifica alcuni criteri di giudizio alla stregua dei quali valutare se concedere o meno, al detenuto, la misura dell'affidamento in prova, i quali potrebbero essere trasposti, con successo, nel giudizio di cui alla lett. c) dell'art. 1, co. 18 della legge delega. Ne deriverebbe, pertanto, un giudizio prognostico circa l'utilità di procedere secondo programmi di giustizia riparativa, il quale tenga in considerazione: l'idoneità dei programmi di contribuire alla rieducazione del detenuto¹⁸⁵, la ragionevole certezza che il programma assicuri la prevenzione del pericolo che il soggetto possa commettere altri reati – soprattutto nei riguardi della stessa vittima – e la ragionevole probabilità che il programma non rischi di realizzare fenomeni di vittimizzazione secondaria, scaturenti principalmente dal contatto fra autore e vittima del reato.

Come è facile intuire, la legge-delega persegue l'introduzione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa che definisca un sistema procedimentale equo e bilanciato in relazione agli interessi di cui i legittimati attivi si facciano portatori. Tale assunto è centrale nella creazione di un nuovo paradigma di giustizia, il quale, nell'affiancare il sistema processual-penalistico vigente, senza pretesa di sostituirlo, tenti di renderlo *“più efficiente, più personale e più socialmente inclusivo”*¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Vedi *supra*, Cap. I, § 1.3.

¹⁸⁵ In relazione ai programmi di giustizia riparativa, è più corretto parlare di *“responsabilizzazione e reinserimento sociale”* dell'autore, piuttosto che di semplice *“rieducazione”* del condannato. La differenza lessicale si giustifica alla luce del fatto che il paradigma riparativo si fa portatore, a detta della dottrina maggioritaria, di una funzione della pena distinta sia quella meramente retributiva, sia da quella rieducativa, tuttora vigenti nell'ordinamento penale.

¹⁸⁶ In questi termini si esprime, al punto n. 14, la *“Dichiarazione dei ministri della giustizia degli stati membri del consiglio d'Europa sul ruolo della giustizia riparativa in materia penale”*, altresì detta *“Dichiarazione di*

A dimostrazione della rilevanza conferita al principio di equità delle parti, la legge delega, in apertura, all'art. 1, co. 18, lett. a) dispone che i decreti legislativi attuativi della delega devono predisporre una disciplina organica in materia di giustizia riparativa, definendo *“modalità di svolgimento dei programmi e di valutazione dei suoi esiti, nell'interesse della vittima e dell'autore del reato”*. Ne discende, pertanto, che, sebbene i paradigmi riparativi siano frutto di un movimento culturale, ancor prima che giuridico, finalizzato ad aumentare la tutela e la valorizzazione della posizione della vittima del reato, essi non possano che avere, come base di partenza, una condizione di assoluta parità procedimentale fra le parti, dovendosi, a tal proposito, predisporre un ampio sistema di garanzie procedurali in favore dell'autore del reato, il quale deve essere destinatario di un trattamento procedimentale che presenti lo stesso livello di garanzie previste, tuttora, nel processo penale.

Al riguardo, infatti, sono molteplici gli spunti che è possibile cogliere, in questa direzione, nei criteri direttivi forniti dalla legge-delega: ne deriva, complessivamente, una disciplina attenta a tutelare la posizione dell'autore del reato, sia nel corso dei programmi riparativi, sia nell'eventuale *“ritorno”* al processo penale, laddove il primo dovesse riportare esiti fallimentari.

Al pari di quanto sostenuto in relazione alla vittima del reato, la prima garanzia a tutela della posizione dell'autore del reato è rappresentata dal necessario consenso, informato e volontario, che egli deve prestare affinché possa procedersi secondo forme di giustizia riparativa; tale consenso è revocabile, in ogni momento, nel corso dell'espletamento del programma riparativo. In secondo luogo, un ulteriore baluardo a tutela della posizione dell'autore del reato è rappresentato dalla *confidenzialità* che permea l'intero svolgimento dei programmi di giustizia riparativa. La riservatezza circa le informazioni rilasciate nel corso dell'espletamento di tali procedure opera, in relazione ad entrambe le parti, su due fronti: in primo luogo, al pari di quanto accade per il compimento di taluni atti del procedimento penale, non è possibile dischiudere all'esterno il contenuto delle dichiarazioni rilasciate dalle parti; in secondo luogo, soprattutto in relazione alla figura dell'autore del reato, le dichiarazioni rilasciate sono caratterizzate da assoluta inutilizzabilità in sede procedimentale e in fase di esecuzione della pena¹⁸⁷.

Venezia”, sottoscritta dai Ministri della Giustizia degli Stati membri del Consiglio d'Europa nel dicembre 2021, in occasione della *“Conferenza sulla criminalità e giustizia penale: il ruolo della giustizia riparativa in Europa”*.

¹⁸⁷ Nello specifico, la legge delega, all'art. 1, co. 18, lett. d), individua, fra i criteri direttivi all'esercizio della delega, la necessità che la disciplina organica debba: *“prevedere, in ogni caso, che le specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa e per il loro svolgimento includano: [...] la confidenzialità delle dichiarazioni rese nel corso del programma di giustizia riparativa, [...] nonché la loro inutilizzabilità nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena”*.

A ben vedere, gli istituti appena esaminati – sebbene siano posti a garanzia dei diritti di entrambe le parti – dispiegano i propri effetti maggiormente a tutela della posizione dell'autore del reato. Al riguardo, infatti, la previsione di assoluta inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso dei programmi riparativi tutela l'autore del reato dal pericolo di vedere utilizzate, contro di sé nel corso del procedimento penale, dichiarazioni eventualmente *auto-accusatorie* che egli, in un clima di dialogo reciproco che caratterizza le procedure riparative, abbia rilasciato¹⁸⁸.

A necessario corredo dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso dell'espletamento dei programmi riparativi, sembrerebbe opportuno prevedere, ad ulteriore garanzia, il divieto per il facilitatore di rendere testimonianza circa i fatti che ha appreso nell'esercizio e in ragione della sua funzione, tanto nel procedimento penale avente ad oggetto il medesimo fatto di reato oggetto del programma di giustizia riparativa, quanto in procedimenti ad esso connessi o collegati¹⁸⁹. A ben vedere, la legge-delega non comprende, esplicitamente, una tale previsione, ma è ragionevole prevedere che un simile divieto possa discendere, quale corollario necessario, dal principio di riservatezza e segretezza delle dichiarazioni rese nel corso dei programmi di giustizia riparativa e possa essere, pertanto, oggetto della disciplina organica prodotta in sede di esercizio della delega. Al riguardo, la soluzione maggiormente prospettabile – come sottolineato tanto nel parere rilasciato dal Garante nazionale per i diritti dei detenuti, quanto nel dossier della Camera dei deputati in merito alla disciplina della giustizia riparativa in seno alla riforma c.d. *Orlando* – potrebbe consistere nell'inserimento del facilitatore nella categoria di soggetti per cui, ex art. 200 c.p.p., è prevista l'esclusione dall'obbligo di deporre, per segreto professionale, in relazione ai fatti, alle dichiarazioni e ad ogni altra informazione appresa nell'esercizio della propria funzione, tanto in relazione al processo avente ad oggetto i medesimi fatti di reato, quanto per eventuali processi a questo connessi o collegati.

¹⁸⁸ La garanzia in esame assume un'importanza ancora più cruciale alla luce di quanto prevede la Direttiva 2012/29/UE (la quale rappresenta una delle fonti sovranazionali alle quali disposizioni la disciplina organica nazionale, predisposta nell'esercizio della delega, dovrà risultare conforme) all'art. 12, co. 1, lett. c), secondo cui in tanto si può procedere secondo programmi riparativi in quanto "*l'autore abbia riconosciuto i fatti essenziali del caso*". Sebbene la questione sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo (vedi *infra*, Cap. II, § 1.2), appare opportuno anticipare che la previsione di assoluta inutilizzabilità, in sede procedimentale, delle dichiarazioni rese nel corso dei programmi di giustizia riparativa tutela l'autore dalla possibilità di vedere utilizzate, contro di sé in sede processuale, eventuali dichiarazioni, consistenti in ammissioni di colpevolezza circa il fatto oggetto di imputazione, inderogabilmente necessarie per procedere all'espletamento di programmi di giustizia riparativa, a norma della suddetta Direttiva.

¹⁸⁹ In particolare, la necessità di prevedere il divieto di rendere testimonianza, nei confronti del mediatore, circa i fatti appresi nell'esercizio della propria funzione era stata sollevata, in precedenza, sia nel dossier in relazione al disegno di decreto legislativo A.G. n. 29 - presentato in seno alla c.d. " *riforma Orlando*" dal Servizio Studi della Camera dei deputati – sia nel parere, rilasciato dal Garante nazionale dei diritti dei detenuti, di accompagnamento alla relazione tecnica e illustrativa relativo all'A.G. n. 29, trasmesso alle camere, il 21 maggio 2018, per la sua sottoposizione a parere parlamentare.

Il parere rilasciato dal Garante Nazionale per i diritti dei detenuti esprimeva, inoltre, la necessità che l'esclusione dall'obbligo di testimonianza per i facilitatori circa i fatti appresi nell'esercizio della funzione, dovesse essere ulteriormente sottratto dall'applicabilità dei casi, tassativamente previste dall'art. 200 c.p.p., in cui l'esclusione cade e, quindi, anche i soggetti ivi previsti sono obbligati alla testimonianza. La legge delega non sembra accogliere questa posizione, forse eccessivamente *garantista* a discapito di altri interessi, anche superindividuali, altrettanto meritevoli di tutela – quali la sicurezza pubblica e il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia – prevedendo, invece, delle ipotesi tassative in cui l'obbligo di segretezza e riservatezza cade. Nel merito, infatti, all'art. 1, co. 18, *lett. d)*, la legge-delega dispone che, al di là dell'ipotesi in cui siano le parti stesse a prestarvi esplicito consenso, le dichiarazioni rese sono coperte da assoluta confidenzialità, salvo che la divulgazione sia indispensabile per evitare la commissione di imminenti o gravi reati, ovvero che le dichiarazioni non integrano di per sé reato.

In ultima istanza, i legittimati attivi, che prendono parte a programmi di giustizia riparativa, godono di tutele che si pongono anche in prospettiva di un “*ritorno*” al processo penale o all'esecuzione della pena, in caso di esiti fallimentari dei suddetti programmi. Al riguardo, infatti – fermo restando l'assoluta inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nello svolgimento di programmi di giustizia riparativa tanto nel procedimento penale, quanto in fase esecutiva della pena – la legge-delega prevede, fra i criteri direttivi, che debba essere oggetto di esplicita previsione, nella disciplina organica in materia di giustizia riparativa, che eventuali esiti fallimentari dei suddetti programmi non possano produrre “*effetti negativi*” a carico delle parti¹⁹⁰. Sul punto, la legge-delega fa riferimento tanto alla circostanza che le parti non addiventano ad una soluzione *conciliativa* delle conseguenze dannose del reato, quanto all'ipotesi in cui le parti giungano ad una soluzione concordata - che è riportata nel verbale che il mediatore è tenuto a redigere – il cui contenuto non sia, successivamente, adempiuto e portato a compimento. In entrambi i casi, pertanto, gli esiti fallimentari di tali programmi non possono riverberarsi, a carico delle parti, tanto in fase procedimentale, quanto in fase esecutiva.

È ragionevole supporre che la previsione in esame operi su un piano distinto da quello della assoluta inutilizzabilità, in fase procedimentale o esecutiva, delle dichiarazioni e delle informazioni rilasciate dalle parti nello svolgimento di programmi di giustizia riparativa: la prima, infatti, ha uno spettro applicativo più ampio della seconda, comprendendo anche elementi che, pur non consistendo in dichiarazioni o informazioni, possano avere, in altra sede, un valore probatorio o dimostrativo. Senza pretesa di esaustività, è possibile fare riferimento,

¹⁹⁰ In particolare, la legge delega, all'art. 1, co. 18, *lett. e)*, dispone che la disciplina organica debba: “[...] prevedere che l'impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento non producano effetti negativi a carico della vittima o dell'autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva”.

in linea di massima, a comportamenti o accadimenti che, verificatisi nel corso dello svolgimento di programmi riparativi, vengano riportati nel verbale, redatto dal mediatore, e possano, pertanto, influire nelle dinamiche procedimentali – come materiale indiziario o probatorio – ovvero in sede esecutiva, soprattutto in relazione a misure alternative la cui concessione sia subordinata a giudizi *prognostici* da parte della magistratura di sorveglianza.

Specialmente in relazione alla fase esecutiva, la previsione in esame esplica una funzione garantistica fondamentale in favore dell'autore del reato, condannato – sia che stia espiando la pena secondo modalità inframurarie, sia che abbia ottenuto l'accesso a misure alternative alla detenzione – in quanto vieta che quanto prodotto o verificatosi nel corso dello svolgimento dei programmi riparativi influisca negativamente sui giudizi prognostici o valutativi ai quali è subordinata la concessione delle misure alternative o dei benefici penitenziari, ovvero il loro mantenimento o revoca qualora fossero stati concessi in precedenza.

Per fini di chiarezza espositiva, le misure alternative alla detenzione e i benefici penitenziari – la cui applicazione, concessione o revoca non potrebbe essere influenzata da eventuali risultati negativi riportati al netto dell'espletamento di programmi riparativi – possono essere così schematizzati:

- a) In primo luogo, eventuali comportamenti, accadimenti o dichiarazioni del condannato – verificatisi in sede di espletamento di programmi riparativi che abbiano cagionato esiti negativi – non possono essere tenuti in considerazione ai fini dell'osservazione scientifica della personalità, ex art. 13, co. 2 della legge sull'ordinamento penitenziario.
- b) Al pari, esiti negativi o fallimentari dei programmi di giustizia riparativa non possono essere assunti quali indicatori utili nel giudizio circa la possibilità di concedere permessi premio, ex art. 30-ter l. 354/75, ai condannati detenuti: segnatamente, non è possibile tenerne conto nel giudizio circa la sussistenza degli elementi della “*regolare condotta*”¹⁹¹ in fase esecutiva e dell'assenza di “*pericolosità sociale*” del condannato, requisiti la cui presenza è necessaria per concedere il beneficio penitenziario in esame.
- c) Esiti fallimentari dei suddetti programmi, in fase *post iudicatum*, non possono produrre effetti negativi nei confronti del condannato in sede di concessione o revoca della misura

¹⁹¹ Segnatamente, in relazione al requisito della “*regolare condotta*” nel corso dell'esecuzione della pena, il co. 8 dell'art. 30-ter della legge sull'ordinamento penitenziario dispone che: “*la condotta [...] si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale [...]*”. Ne consegue, pertanto, che esiti fallimentari dei programmi di giustizia riparativa, esperiti in fase esecutiva della pena, non possano essere presi in considerazione nel giudizio circa i progressi compiuti nel corso del trattamento penitenziario ai fini della concessione dei permessi premio: segnatamente, non possono influire sul giudizio circa la maturazione, da parte del detenuto, di un senso di costante responsabilità e di mantenimento di un contegno personale improntato alla correttezza nei riguardi degli altri soggetti, siano essi altri detenuti, personale penitenziario ovvero la persona della vittima del reato in sede di espletamento del programma riparativo.

alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, ex art. 47 della l. 354/75. Segnatamente, gli esiti negativi – ancorché astrattamente indicativi – non possono costituire gli indicatori secondo cui condurre, ex art. 47, co. 2 ord. penit., il giudizio prognostico circa l'idoneità della misura alternativa a contribuire alla rieducazione del reo e ad assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati. Al contempo, i risultati negativi, derivanti dall'esito fallimentare dei programmi di giustizia riparativa, non possono integrare la base cognitiva sulla quale redigere il verbale dell'affidamento in prova, il quale – ex art. 47, co. 5 ord. penit. – contiene le prescrizioni alle quali l'affidato dovrà attenersi in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale, alla dimora, alla libertà di locomozione, al divieto di frequentare determinati luoghi e al lavoro.

- d) Il fallimento dei programmi di giustizia riparativa in sede esecutiva non potrà comportare effetti negativi in merito alla concessione del regime di semilibertà, previsto dall'art. 48 della l. 354/75. Al riguardo, infatti, gli esiti dei suddetti programmi non potranno influenzare negativamente la valutazione in merito *“ai progressi compiuti nel corso del trattamento”*, né tantomeno la sussistenza di *“condizioni per un graduale reinserimento dei soggetti nella società”*, i quali rappresentano – ex art. 50, co. 4, ord. penit. – i criteri in base ai quali valutare la possibilità di concedere che la pena detentiva sia scontata in regime alternativo.
- e) In ultima istanza, gli esiti fallimentari dei programmi di giustizia riparativa non potranno comportare effetti negativi in merito al riconoscimento della liberazione anticipata, in favore dell'autore del reato, condannato, che stia espiando una pena detentiva. Segnatamente, eventuali esiti fallimentari dei suddetti programmi non potranno essere presi in considerazione, in senso sfavorevole al condannato, nella valutazione circa la *“partecipazione all'opera di rieducazione”*¹⁹², requisito al quale l'art. 54, co. 1 ord. penit. subordina la concessione del beneficio penitenziario.

Dall'analisi dei criteri direttivi all'esercizio della delega emerge, nitidamente, un quadro normativo che mira alla costruzione di una disciplina organica del settore che sia

¹⁹² È opportuno rammentare, in questa sede, che il requisito della *“partecipazione del detenuto all'opera di rieducazione”* è stato, nella prassi giudiziaria, soppiantato dal più semplice requisito della *“buona condotta”*, la quale opera su un piano distinto e ha dei connotati del tutto diversi dalla partecipazione all'opera rieducativa. La soluzione pratica, appena riportata, è frutto della circostanza che l'offerta e i programmi rieducativi, facenti parte del trattamento penitenziario personalizzato, varia notevolmente a seconda dei vari istituti penitenziari, soprattutto in relazione ai fondi di cui le amministrazioni penitenziarie dispongono, e alle attività che le stesse sono in grado di attivare entro i singoli istituti penitenziari. Di conseguenza, presso realtà detentive in cui l'offerta rieducativa è scarsa, per le più disparate ragioni, la concessione del beneficio della liberazione anticipata è subordinata al requisito della buona condotta, il quale – com'è facile intuire – è privo di quella componente rieducativa alla quale la *littera legis* fa riferimento.

complessivamente bilanciata nei riguardi di tutte le parti coinvolte, e che permetta un equo soddisfacimento delle istanze di cui esse siano portatrici.

Appare altresì evidente come la maggior parte delle garanzie sia, logicamente, prevista in favore dell'autore del reato, e si articoli in un complesso di norme che permettano di rendere la disciplina, complessivamente risultante, conforme ai più importanti principi garantistici previsti in favore dell'autore del reato in fase di esperimento di tali programmi.

1.2 La costruzione di programmi di giustizia riparativa compatibili con le garanzie del giusto processo: il delicato dubbio di legittimità costituzionale in relazione alla presunzione di non colpevolezza

Una delle maggiori criticità che sorge in relazione all'inserimento di programmi di giustizia riparativa in ambito penalistico, risiede nella definizione di una disciplina organica che sia compatibile, sia dal punto di vista sostanziale che procedimentale, con il complesso di principi e garanzie poste a tutela dell'autore del reato – indagato, imputato o condannato – tanto in fase di cognizione, quanto in fase esecutiva della pena.

Le problematiche di cui l'inserimento di modelli di giustizia riparativa si fa portatore derivano, soprattutto in ambito penale, da due ordini di ragioni, di cui di seguito si dirà.

Da una parte, è necessario attribuire una *“natura giuridica”* e un collocamento procedimentale a tali programmi, così da definire se questi si presentino, propriamente, come una *“terza via procedimentale”* – accanto ai modelli retributivi o special-preventivi – ovvero come una *“modalità alternativa”* di risoluzione delle controversie nascenti dalla commissione di un fatto di reato, la quale si innesti nelle dinamiche procedimentali classiche, costituendone una parentesi. Dall'altra, invece, è opportuno chiarire la funzione con la quale i nuovi programmi riparativi debbano fare ingresso nel sistema giuridico vigente: in particolare, occorre comprendere se tali programmi assumano una funzione di *complementarità* rispetto al sistema penale procedimentale vigente, ovvero rispetto a questo si pongano in condizione di *alternatività*, se non di vera e propria concorrenzialità.

A ben vedere, la soluzione che si intende fornire ai quesiti sopra posti è fondamentale per comprendere l'esatta funzione che i programmi riparativi svolgono nel sistema procedimentale vigente e, di conseguenza, per definire il complesso di norme – soprattutto di rango costituzionale – al quale è necessario che la nuova disciplina sia conforme, anche in relazione alla finalità alla quale dovrà tendere la sanzione penale eventualmente risultante dagli stessi.

È utile precisare, fin dal principio, che non è agevole fornire una risposta univoca alle suddette questioni, dal momento che il paradigma di giustizia riparativa *fluttua, rebus sic stantibus*, in una dimensione sfumata, a cavallo fra l'ambito prettamente procedimentale e l'ambito sostanziale del diritto penale. Fermo restando un clima di incertezza generalizzata, dovuta

anche alla rapida evoluzione normativa e dottrinarica che ha interessato il nuovo paradigma riparativo, è preferibile produrre una disciplina organica che, nel valorizzare l'autonomia concettuale e procedurale dei nuovi programmi, inquadri questi ultimi come *procedimenti autonomi*, connotati da una funzione di *complementarità* rispetto alle dinamiche procedurali attualmente vigenti in ambito penale¹⁹³.

Se da una parte i programmi di giustizia riparativa, per espletare al meglio le proprie potenzialità conciliatorie, richiedono una marcata autonomia procedurale ed applicativa – la quale spinge per la predisposizione di strutture e risorse distinte da quelle destinate per lo svolgimento delle dinamiche procedurali classiche – d'altro canto gli stessi non possono che inserirsi in una o più fasi del procedimento penale: ne deriva, pertanto, che al momento è difficile ipotizzare la previsione di modelli di giustizia riparativa che assurgano ad una vera e propria “*terza via procedimentale*” con finalità “*alternative o concorrenziali*” al processo penale; diversamente, è più logico prevedere delle parentesi di giustizia riparativa – autonome rispetto al procedimento penale, soprattutto in termini di svolgimento pratico – le quali rappresentino delle strategie di risoluzione delle conseguenze scaturenti dal reato *complementari* alle dinamiche processual-penalistiche, in relazione alle quali apportano anche notevoli contributi in termini di deflazione del carico procedimentale pendente.

Ciò premesso, la *complementarità* con la quale i nuovi paradigmi riparativi fanno ingresso nel sistema penale – tanto dal punto di vista sostanziale, che procedimentale ed esecutivo della pena – comporta la necessaria conformità della disciplina organica tanto alle norme codicistiche, quanto alle norme costituzionali che rappresentano il substrato normativo delle prime.

La legge-delega n. 134/2021 – tanto quanto gli atti normativi sovranazionali ed euro-comunitari ai quali, per effetto del richiamo contenuto all'art. 1, co. 18, *lett. a)*, la disciplina organica in materia di giustizia riparativa dovrà essere conforme – presenta taluni aspetti in relazione ai quali potrebbero sorgere criticità circa la rispettiva compatibilità con il dettato costituzionale.

Procedendo con ordine, una delle maggiori criticità circa la compatibilità costituzionale della nuova disciplina organica in materia di giustizia riparativa sorge in relazione agli articoli 24, co. 2 e 27, co. 2 Cost.: nello specifico, uno dei maggiori *moniti* al legislatore delegato appare essere quello di evitare di incorrere nella costruzione di programmi riparativi i quali possano violare il principio del “*nemo tenetur se detegere*”, nonché la presunzione di non colpevolezza sino a condanna definitiva.

In relazione a quest'ultimo, infatti, appare fondato il timore che l'esercizio della delega possa comportare problemi di compatibilità costituzionale con l'art. 24, co. 2 Cost., nella parte in cui

¹⁹³ Su questa linea si pongono G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 361 e ss. e G.A. LODIGIANI – G. MANNOZZI, *Le tre sfide della giustizia riparativa: normativa, prassi e formazione*, in *Minorigiustizia*, n. 1 – 2016.

l'espletamento di programmi di giustizia possa essere subordinato – quale “*conditio sine qua non*” – al previo riconoscimento, da parte dell'autore, dei fatti di reato, per cui si dovrebbe procedere nelle forme di un programma riparativo. A ben vedere, la legge-delega non presenta fra i criteri direttivi l'individuazione di una condizione necessaria di procedibilità nel riconoscimento, da parte dell'autore, dei fatti di reato intorno ai quali il programma riparativo è incentrato; tuttavia – ai sensi del richiamo contenuto all'art. 1, co. 18, lett. a) della legge-delega – la disciplina organica prodotta dovrà essere conforme ai principi sanciti al livello internazionale ed euro-comunitario, e segnatamente al contenuto della Direttiva 2012/29/UE, la quale prevede espressamente – all'art. 12, co. 1, lett. c) – che una delle condizioni necessarie di procedibilità dei programmi di giustizia riparativa debba rinvenirsi, inderogabilmente, nella circostanza che l'autore del reato abbia “*riconosciuto i fatti essenziali del caso*”¹⁹⁴.

Di conseguenza, in ossequio alla suddetta “*clausola di compatibilità*” in apertura dell'art. 1, co. 18, lett. a) della legge-delega, la disciplina organica in materia di giustizia riparativa non potrà non tener conto della preclusione introdotta dall'art. 12, co. 1, lett. c) della suddetta Direttiva.

Al riguardo, è logico ritenere che procedimenti di giustizia riparativa che, avendo luogo in fase *ante iudicatum*, prevedano – quale condizione di procedibilità – che l'autore del reato (o il soggetto che tale si assume essere) riconosca i fatti essenziali del reato, si porrebbero in una posizione di palese contrasto con gli artt. 24, co. 2 e 27, co. 2 della Costituzione, in quanto violerebbero tanto il principio del “*nemo tenetur se detegere*”, quanto la presunzione di non colpevolezza sino a sentenza di condanna definitiva. Da qui sorge, pertanto, la necessità di giungere ad un'interpretazione costituzionalmente conforme della suddetta condizione di procedibilità, onde evitare che la disciplina organica prodotta – al fine di rispettare i criteri direttivi alla delega – vada a porsi in un irrimediabile contrasto con due dei principi costituzionali cardine del sistema penale vigente.

Al riguardo, è possibile prospettare una duplice interpretazione.

Secondo la prima delle due per “*riconoscimento dei fatti essenziali del caso*” si dovrebbe intendere un'ammissione di responsabilità o colpevolezza, producendo l'autore una dichiarazione quasi parificabile ad una confessione del fatto di reato, a condizione che si prevedano successivamente delle garanzie in suo favore che rendano tali dichiarazioni del tutto

¹⁹⁴ Il testo completo dell'art. 12, co. 1 della Dir. 2012/29/UE recita che: “Gli Stati membri adottano misure che garantiscono la protezione delle vittime dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall'intimidazione e dalle ritorsioni, applicabili in caso di ricorso a eventuali servizi di giustizia riparativa. Siffatte misure assicurano che una vittima che sceglie di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa abbia accesso a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti, e almeno alle seguenti condizioni: [...] c) l'autore del reato ha riconosciuto i fatti essenziali del caso”.

inutilizzabili in sede procedimentale qualora il programma di giustizia riparativa dovesse riportare esiti fallimentari e si retrocederebbe, pertanto, alle forme classiche del procedimento penale. Una siffatta interpretazione tenta, in altri termini, di recuperare terreno sul campo della legittimità costituzionale per mezzo della previsione di un meccanismo di tutela che operi in un secondo momento, e che renda l'eventuale ammissione di responsabilità valida ai soli fini di procedere all'espletamento di un programma di giustizia riparativa: è evidente, d'altro canto, che una simile soluzione non può dirsi del tutto compatibile con il dettato costituzionale, in quanto un generalizzato obbligo di "*ammissione di colpevolezza*" – esplicita o implicita che sia – quale condizione di procedibilità, si porrebbe in palese contrasto con l'art. 24, co. 2 della Costituzione, rappresentando una manifesta violazione del diritto di difesa dell'autore del reato nella misura in cui concorrerebbe ad eludere il principio del "*nemo tenetur se detegere*"¹⁹⁵.

La seconda soluzione, diversamente, si fonda su un'interpretazione che distingue il "*riconoscimento dei fatti essenziali del caso*" da un'esplicita "*ammissione di colpevolezza*" da parte dell'autore del fatto di reato. Questa soluzione – sostenuta dalla dottrina maggioritaria¹⁹⁶ – ritiene che, quale condizione di procedibilità, non possa richiedersi una confessione o un'ammissione di colpevolezza da parte dell'autore del reato, bensì ci si debba limitare ad un riconoscimento, anche solo fattuale, delle dinamiche del fatto di reato verificatesi da parte di quest'ultimo. Anche tenendo in conto il contesto di politica criminale entro cui l'atto normativo euro-unitario è stato adottato¹⁹⁷, è ragionevole ritenere che un riconoscimento materiale dei fatti oggetto del programma riparativo possa ritenersi *sufficiente* quale condizione di procedibilità: tale interpretazione trova maggiore avallo alla luce della circostanza che la previsione in esame, allo scopo di fornire una tutela effettiva della vittima da episodi di vittimizzazione secondaria e ripetuta derivanti dal contatto con l'autore del reato, intende far sì che i programmi di giustizia riparativa intrapresi poggino su delle solide basi consensuali, andando alla ricerca di "*intese comuni*" che rappresentino il punto di partenza per il raggiungimento di una soluzione *mediata e consensuale* delle conseguenze del reato.

¹⁹⁵ È di questa opinione M. CAGOSSI, *Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, L. LUPÁRIA (a cura di), Cedam, 2015, p. 158.

¹⁹⁶ Per tutti, si veda K. LAUWAERT, *Restorative justice in the 2012 EU Victims Directive: a right to quality service, but no right to equal access for victims of crime*, in *Restorative Justice: an International Journal*, Vol. I, issue 3, 2013.

¹⁹⁷ Al riguardo, la rubrica dell'atto normativo ("*Direttiva [...] che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*") è di grande aiuto per comprendere la *ratio legis* che ha mosso il legislatore europeo nell'adozione della direttiva in esame: com'è facile intuire, lo scopo dell'art. 12, co. 1, lett. c) è unicamente quello di prevedere delle condizioni di accesso ai programmi di giustizia riparativa che non comportino rischi in danno della vittima del reato. Di conseguenza, è ragionevole leggere tale previsione tentando di fornire un'interpretazione che garantisca, al contempo, un'efficace tutela della posizione della vittima e la minima compressione dei diritti di difesa dell'autore del reato.

Ciò premesso, è lo stesso “*spirito legislativo*” dell’atto normativo europeo che induce a non spingersi fino a richiedere un’esplicita ammissione di colpevolezza quale condizione di procedibilità: consistendo l’obiettivo principale nella protezione della vittima da fenomeni di vittimizzazione secondaria, è ragionevole ritenere che un simile risultato possa essere raggiunto anche qualora l’autore del reato – in fase *ante iudicatum* – riconosca l’accadimento dei fatti materiali, nonché il danno patito dalla vittima, senza giungere a ritenere necessaria una “*confessione implicita*”.

Come anticipato, la previsione di una simile condizione di procedibilità pone dubbi di tenuta costituzionale anche in relazione all’art. 27, co. 2 della Costituzione repubblicana, segnatamente in relazione alla presunzione di non colpevolezza sino a sentenza di condanna definitiva. Al riguardo, premettendo che le dinamiche riparative non prevedono un formale accertamento della responsabilità penale dell’autore del reato alla stregua delle dinamiche processual-penalistiche vigenti, nè tanto meno l’adozione di un provvedimento conclusivo del programma a contenuto decisorio – che sia di condanna o di assoluzione – si porrebbero seri dubbi di legittimità costituzionale, in relazione all’art. 27, co. 2, qualora fosse prevista una condizione di accesso nella necessaria ammissione di colpevolezza dell’autore del reato circa i fatti oggetto del programma di giustizia riparativa da intraprendersi. È ragionevole ritenere che una tale previsione eluderebbe, senza alcun margine di interpretazione costituzionalmente orientata, la presunzione di non colpevolezza sino a condanna definitiva in favore dell’imputato.

A ben vedere, dubbi di legittimità costituzionale, in relazione al medesimo articolo, potrebbero sorgere anche qualora si propendesse per la seconda delle interpretazioni pocanzi proposte della condizione di procedibilità prevista dall’art. 12, co. 1, lett. c) della Direttiva 2012/29/UE, al quale la disciplina organica deve essere conforme in ossequio alla *clausola di compatibilità* ivi prevista: tuttavia, è ragionevole ritenere che tale interpretazione possa raggiungere un equo bilanciamento fra le diverse istanze contrapposte, ossia, da una parte, l’esigenza di prestare adeguata tutela alla vittima da episodi di vittimizzazione secondaria e, dall’altra, la necessità di apportare il minor sacrificio ad un baluardo del diritto penale, quale la presunzione di non colpevolezza in favore del soggetto che si assume abbia commesso un fatto di reato.

Chiarito tale aspetto interpretativo, sempre in relazione alla presunzione di non colpevolezza potrebbero sorgere problemi circa la tenuta costituzionale della disciplina qualora l’esperimento dei programmi di giustizia riparativa abbia esito negativo e, pertanto, si torni al rito ordinario. Al riguardo, talune criticità sorgono in relazione al possibile valore procedimentale da attribuire – una volta fatto ritorno alle dinamiche procedimentali classiche – alla condizione di procedibilità del “*riconoscimento dei fatti essenziali del caso*”, nonché alla possibilità di

riconoscere un'ammissione di colpevolezza implicita nella circostanza che un soggetto abbia, volontariamente e consensualmente, preso parte ad un programma di giustizia riparativa¹⁹⁸.

Appare evidente, infatti, che, in entrambi i casi, simili circostanze non possano assumere, in sede procedimentale, alcun valore probatorio o anche semplicemente dimostrativo circa la colpevolezza dell'imputato. Con riferimento al valore procedimentale del *"riconoscimento dei fatti essenziali del caso"*, è la stessa legge delega, all'art. 1, co. 18, lett. d) e lett. e), ad impedire, categoricamente, che una condizione di procedibilità – necessaria per procedere secondo le forme di giustizia riparativa – possa tradursi in un'ammissione di colpevolezza, ai danni dell'imputato, in sede procedimentale. Segnatamente, un simile accadimento non potrebbe trovare luogo in ragione del fatto che la legge delega, fra i criteri direttivi, prescrive che si debbano prevedere, in favore delle parti, garanzie che includano l'assoluta inutilizzabilità, in sede procedimentale, delle dichiarazioni e delle informazioni rese dalle parti, nonché l'impossibilità che esiti fallimentari dei suddetti programmi possano produrre effetti negativi a discapito delle parti, tanto in fase procedimentale, quanto in sede esecutiva della pena.

Ciò premesso, anche in relazione alla possibile ammissione implicita della colpevolezza derivante dal consenso volontariamente prestato dall'autore del reato a partecipare a programmi di giustizia riparativa, le fonti sovranazionali, alle quali la legge delega rimanda¹⁹⁹, pongono a ciò un limite invalicabile: nel dettaglio, l'allegato alla Risoluzione n. 12/2002, adottata dall'Economic and Social Council delle Nazioni Unite – comunemente definita *"Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters"* – dispone, al capo II, punto n. 8, secondo periodo, che: *"[...] La partecipazione (dell'autore) non deve essere utilizzata come prova dell'ammissione di colpevolezza in un successivo procedimento legale"*.²⁰⁰ Sul punto, sebbene la legge-delega non preveda alcuna espressa menzione del suddetto divieto, è ragionevole ritenere che questo possa leggersi, implicitamente, fra le righe della previsione di assoluta inutilizzabilità delle dichiarazioni e delle informazioni rese nell'espletamento dei suddetti programmi nei procedimenti penali aventi il medesimo oggetto – ovvero a questo connessi o collegati – a norma dell'art. 1, co. 18, lett. d) della stessa legge-delega.

Al netto della trattazione sinora effettuata, appare evidente che, per quanto i programmi di giustizia riparativa si propongano come *"strategie procedimentali complementari"* di

¹⁹⁸ È di questa opinione S. SESSA, *La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019 - 10.

¹⁹⁹ Segnatamente, l'art. 1, co. 18, lett. a) della legge delega n. 134/2021 dispone che: "Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti una disciplina organica della giustizia riparativa sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) introdurre, nel rispetto delle disposizioni della direttiva 2012/29/UE [...] e dei principi sanciti a livello internazionale, una disciplina organica della giustizia riparativa".

²⁰⁰ Il testo originario, in lingua inglese, della Risoluzione n. 12/2002, Capo II, punto n. 8 recita testualmente: *"Participation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings"*.

risoluzione delle conseguenze negative nascenti dalla commissione di un fatto di reato, questi non possano non essere soggetti ad una disciplina organica che garantisca, al massimo grado, la tutela del diritto di difesa delle parti, e soprattutto della presunzione di non colpevolezza che opera in favore del soggetto che vi partecipa in qualità di autore del reato. È ragionevole ritenere che tali garanzie procedurali – che assurgono ad essere un pilastro portante dell'ordinamento giuridico in materia penale, sia da un punto di vista sostanziale che procedimentale – non possano essere disattese in ambito riparativo, nonostante la circostanza che tali programmi trovino origine dal consenso volontario ed informato delle parti: tale consenso non ha ad oggetto la rinuncia a diritti, costituzionalmente protetti, che rappresentano le fondamenta del garantismo nel modello procedimentale accusatorio del moderno Stato di diritto.

1.3 L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale: una possibile causa di esclusione nelle procedure conciliatorie in fase *ante iudicium*?

Proseguendo nell'analisi intrapresa nel paragrafo precedente, l'introduzione nell'ordinamento giuridico di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa pone ulteriori interrogativi di legittimità costituzionale in relazione al principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale in capo al pubblico ministero, sancito dall'art. 112 Cost.

L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ricopre una funzione fondamentale nel tessuto costituzionale: al di là del valore di porsi quale garanzia di indipendenza della magistratura nell'espletamento delle funzioni inquirenti e requirenti da ogni eventuale ingerenza esterna che possa pregiudicarne l'imparzialità, per ciò che rileva ai fini della presente trattazione, il principio in esame è finalizzato ad assicurare l'effettiva uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge – imponendo l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione volta alla repressione di ogni condotta che integri una violazione della legge penale – nonché la previsione di un capillare controllo di legalità, ad opera del giudice, circa il corretto esercizio della funzione requirente²⁰¹. Nondimeno, nel suddetto principio è insito anche il c.d. “*monopolio statale*” della potestà repressiva dei reati: nel presupporre che l'esercizio dell'azione penale sia obbligatoria in capo al pubblico ministero, il principio sottrae ragion d'essere a qualunque modalità di risoluzione *privatistica* delle conseguenze derivanti dal reato che non presupponga la presenza di un organo giudiziario statale nell'esercizio della propria funzione giurisdizionale. Conseguentemente, alla luce del quadro costituzionale appena riportato, appare opportuno interrogarsi sulla compatibilità costituzionale di procedure di risoluzione delle conseguenze nascenti dal reato le quali – presentando una notevole

²⁰¹ Come sostenuto da P. CARETTI e U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, terza edizione, Giappichelli Editore, Torino, p. 480 e ss.

componente “*privatistica*” che si risolve in accordi conciliatori fra autore e vittima del reato – tendono parzialmente a sottrarsi al *monopolio statale* della funzione requirente e che, per ampi tratti, prescindano dall’accertamento circa la sussistenza della responsabilità penale tipico delle modalità procedurali vigenti in ambito penalistico.

In secondo luogo, occorre interrogarsi sulla posizione che tali procedure di giustizia riparativa possono ricoprire nell’ordinamento giuridico vigente, soprattutto in termini procedurali: in altri termini, occorre indagare, principalmente, se eventuali accordi conciliatori raggiunti fra le parti al netto dell’espletamento di programmi di giustizia riparativa possano comportare un’eventuale deroga all’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale in capo al pubblico ministero.

Le maggiori criticità, come sostenuto in dottrina²⁰², riguardano l’individuazione di *spazi normativi* – tuttora quasi del tutto assenti – che consentano, al pubblico ministero, di considerare eventuali esiti positivi riportati al netto dell’esperimento di programmi di giustizia riparativa – per lo più tentativi di mediazione penale fra autore e vittima – al fine di non esercitare l’azione penale.

Attualmente, il quadro normativo vigente non prevede – sulla scorta del dettato dell’art. 112 Cost. – alcun margine discrezionale in capo al pubblico ministero circa l’opportunità di procedere all’esercizio dell’azione penale: infatti – dal disposto dell’art. 125 disp. att. al codice di procedura – emerge chiaramente che l’unica regola di giudizio, per motivi distinti da quelli di cui al co. 1 dell’art. 425 c.p.p., circa l’esercizio della potestà di promuovere l’azione penale debba individuarsi nell’idoneità degli elementi raccolti, in fase di indagine preliminare, a sostenere validamente l’accusa in dibattimento. Di conseguenza, *rebus sic stantibus*, anche qualora si fosse in presenza di esiti positivi raggiunti al netto dell’esperimento di programmi di giustizia riparativa²⁰³, non sarebbero individuabili, in capo al pubblico ministero, facoltà direttamente attribuite dalla legge di discernere discrezionalmente se esercitare o meno l’azione penale.

Ciò premesso, nel tentativo di ipotizzare delle possibili soluzioni all’*impasse* costituzionale pocanzi esposto, sembrerebbe opportuno proporre una distinzione fra programmi di giustizia riparativa che trovano luogo in una fase *anteriore* al formale esercizio dell’azione penale e

²⁰² *Ex multis*, cfr. V. PATANÈ, *Ambiti di applicazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in Aa.Vv, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, A. MESITZ (a cura di), Carrocci, Roma, 2004.

²⁰³ È di questo parere S. SESSA, *La giustizia riparativa nell’ordinamento penale italiano*, op. cit.; l’A. rileva come l’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale, nonché la tassatività dei casi, previsti dalla legge, in cui il pubblico ministero può richiedere l’emissione del decreto di archiviazione, rappresentano una notevole barriera alla possibilità di introdurre “*istituti di flessibilizzazione*”, dal momento che la legge non prevede casi in cui il pubblico ministero possa astenersi dall’esercitare l’azione penale in virtù di esiti conciliatori, fra autore e vittima, riportati al netto dell’esperimento di programmi di giustizia riparativa.

programmi che, invece, si instaurano in una fase successiva, posto che sia stato disposto il rinvio a giudizio. È evidente, infatti, che dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, ex art. 112 Cost., si pongono solamente in relazione ai primi, posto che, per i secondi, si è in presenza di un formale esercizio dell'azione penale e di conseguenza non sorgono al riguardo problemi circa un'eventuale discrezionalità che possa essere riconosciuta, in merito, al pubblico ministero.

In relazione ai primi, secondo il panorama normativo vigente, risulta complesso rinvenire degli spazi normativi che attribuiscono al pubblico ministero, la facoltà di non esercitare l'azione penale laddove le parti abbiano, con successo, esperito programmi di giustizia riparativa – di norma, mediazione penale – che abbiano loro permesso di giungere a risultati conciliatori.

Al riguardo, infatti, per addivenire ad un simile risultato, sarebbe necessario che la legge – in ossequio al principio di stretta legalità in materia penale – riconoscesse esplicitamente un valore impeditivo all'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'esperimento positivo di programmi di mediazione penale che abbiano condotto le parti al raggiungimento di un accordo conciliativo e risolutorio delle conseguenze scaturenti dalla commissione di un fatto di reato²⁰⁴. Qualora una simile facoltà fosse positivamente procedimentalizzata in capo al pubblico ministero, il principio di stretta legalità verrebbe rispettato a pieno e, al contempo, sarebbe ipotizzabile introdurre forme di controllo giurisdizionale – non dissimili da quelle tuttora previste, in relazione alla richiesta di archiviazione, ex art. 409 c.p.p. – volte a verificare la sussistenza dei presupposti di legge che legittimerebbero il mancato esercizio dell'azione penale e la conseguenziale pronuncia di un decreto di archiviazione²⁰⁵.

Diversamente, allo stato delle cose, è difficile ricondurre il positivo esperimento di programmi mediatori *ante iudicium*, suggellato dal raggiungimento di accordi conciliatori fra vittima ed autore del reato, in uno dei casi di archiviazione previsti dagli artt. 408 c.p.p., 411 c.p.p. o 415 c.p.p., nonché dall'art. 125 disp. att. al codice di procedura penale.

Parziali spiragli potrebbero, tuttavia, aprirsi alla luce della sentenza n. 88/1991 della Corte costituzionale, per mezzo della quale la Consulta, in relazione alle ipotesi di richiesta di archiviazione, fa riferimento ad un lato concetto di “*superfluità del dibattimento*”: a ben vedere, si potrebbe argomentare circa la possibilità di ricondurre le ipotesi del raggiungimento di un accordo conciliatorio fra reo e vittima, prima del formale esercizio dell'azione penale, nella casistica delle ipotesi di “*superfluità*” del dibattimento. Tale superfluità dovrebbe valutarsi soprattutto in relazione dell'interesse dello Stato al perseguimento di un reato per le cui

²⁰⁴ In merito, si veda V. PATANÈ, *Ambiti di applicazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in Aa.Vv, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, A. MESITZ (a cura di), op. cit.

²⁰⁵ È di questa opinione F. RUGGERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, p. 200.

conseguenze, sostanzialmente, le parti coinvolte abbiano già raggiunto un accordo risolutorio delle conseguenze dannose scaturenti dal reato²⁰⁶. In realtà, la parziale impercorribilità di questa strada interpretativa deriva da un ulteriore elemento, desumibile direttamente dalla suddetta sentenza: la Consulta, infatti – pur introducendo il criterio di “*superfluità del dibattimento*” nel discrimine fra esercizio dell’azione penale ovvero presentazione della richiesta di archiviazione – riferisce tale criterio unicamente alla sussistenza di elementi di carattere oggettivo, idonei a limitare il clima di discrezionalità che si instaurerebbe laddove si ammettesse una valutazione circa la *superfluità* del giudizio ancorata ad elementi suscettibili di una valutazione di natura soggettiva o personale. Pertanto, la Consulta ha ancorato i casi di “*superfluità del dibattimento*” alle sole ipotesi in cui, oltre ai casi di evidente innocenza del soggetto sottoposto alle indagini, si versi in una situazione in cui gli elementi probatori raccolti appaiono essere “*insufficienti o contraddittori, rispetto ai quali il dibattimento non offrirebbe alcun reale contributo conoscitivo*”²⁰⁷.

A ben vedere, *rebus sic stantibus*, risulta complesso ricomprendere nella suddetta *clausola di superfluità del dibattimento* i casi del previo raggiungimento, fra le parti, di un accordo conciliatorio al netto dell’esperimento di programmi riparativi. L’unica strada in tal senso percorribile potrebbe ancorarsi alla circostanza che, qualora il raggiungimento di un accordo conciliatorio fra le parti comprendesse – nei suoi contenuti – modalità di completa riparazione delle conseguenze dannose o pregiudizievoli scaturenti dal reato, il danno perderebbe i connotati di offensività e diverrebbe inidoneo alla causazione di una perdurante lesione del bene giuridico tutelato, divenendo pertanto “*superfluo*”²⁰⁸. Appare evidente che un simile giudizio non possa non essere delegato ad un organo giurisdizionale: la correttezza giuridica dei contenuti dell’accordo conciliatorio, nonché l’effettivo adempimento delle prescrizioni riparative ivi contenute – affinché lo stesso accordo possa assumere funzione legittimante la richiesta di archiviazione – sono elementi la cui verifica non può non essere sottoposta ad un previo controllo dell’organo giurisdizionale procedente in relazione alla fase procedimentale in

²⁰⁶ La soluzione interpretativa appena suggerita risulta, in ogni modo, carente di alcuni presupposti normativi per risultare totalmente conforme al principio di stretta legalità penale e al principio dell’obbligatorietà dell’azione penale. In merito, infatti, dovrebbe essere sempre previsto un controllo giurisdizionale, da svolgersi *ex post*, volto a verificare che le condizioni dell’accordo conciliatorio siano corrette, equilibrate ed effettive, e si traducano in un trattamento equo di entrambe le parti, onde evitare episodi di sopraffazione o intimidazione dell’una verso l’altra; al contempo, al pari di quanto sostenuto in precedenza, è necessario che eventuali “*cause di esclusione*” dell’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale siano positivizzate e previste tassativamente dalla legge, onde evitare lacune di controllo, ovvero un’eccessiva discrezionalità in capo al pubblico ministero.

²⁰⁷ Come sostenuto da A. DI PRISCO, *I presupposti dell’archiviazione e la sentenza n. 88 del 1991 Corte Cost. sulla “superfluità” del dibattimento*, in Iusinitinere, 29 marzo 2017.

²⁰⁸ Tale interpretazione è proposta da S. TIGANO, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in Rassegna penitenziaria e criminologica, n. 2, 2006, p. 38.

cui l'accordo viene raggiunto, indipendentemente dalla circostanza che le parti abbiano beneficiato dell'operato professionale di un mediatore qualificato.

La peculiarità di maggiore interesse della suddetta teoria consiste nel riferire la *superfluità* al danno, come risultante al netto dell'accordo conciliatorio delle parti, piuttosto che all'espletamento della fase dibattimentale in sé. Pertanto, è possibile ipotizzare che, qualora l'accordo conciliatorio contempli modalità di riparazione del danno che, una volta effettivamente espletate prima del formale esercizio dell'azione penale, permettano di definire l'offesa come connotata da "*particolare tenuità*" – anche in relazione all'esiguità originaria del danno o del pericolo cagionato – il pubblico ministero potrebbe validamente presentare richiesta di archiviazione, ex art. 411, co. 1-bis c.p.p., per "*particolare tenuità del fatto*", di cui all'art. 131-bis c.p.²⁰⁹.

A ben vedere, eventuali accordi conciliatori, positivamente raggiunti dalle parti per mezzo dell'espletamento di programmi di giustizia riparativa, potrebbero assumere valenza in prospettiva di comportare il non esercizio dell'azione penale, con conseguente richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, anche per il tramite del combinato disposto degli artt. 162-ter c.p. e 411 c.p.p., co. 1. Come in precedenza ampiamente riportato²¹⁰, l'art. 162-ter c.p. – di recente introduzione, con finalità eminentemente deflattiva del carico procedimentale, ad opera della l. n. 103/2017 – introduce una peculiare causa di estinzione del reato a seguito dell'adempimento da parte dell'imputato di condotte riparatorie del reato prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Ai fini della presenta trattazione, occorre chiedersi se eventuali accordi conciliatori, raggiunti fra le parti al netto dello svolgimento di procedure riparative, possano rilevare, se correttamente adempiuti ad opera dell'imputato, quale causa di estinzione del reato che, ex art. 411 c.p.p., co. 1, legittima la pronuncia di un decreto di archiviazione. Se così fosse, ci si troverebbe in presenza di uno sentiero normativo per mezzo del quale i suddetti accordi riparatori potrebbero validamente rappresentare delle cause, previste dalla legge, ostative all'esercizio dell'azione penale.

Una prima criticità sorge in relazione al contenuto che gli accordi conciliatori, da adempiersi correttamente entro la dichiarazione di apertura del dibattimento, devono presentare per assumere valenza quale causa di estinzione del reato. Al riguardo, infatti, il dato testuale dell'art. 162-ter c.p. richiede esplicitamente che l'imputato proceda a riparare interamente il

²⁰⁹ Ovviamente, perché possa procedersi secondo le forme dell'art. 411, co. 1-bis c.p.p., è necessario che sussistano, nel caso concreto, anche le ulteriori condizioni previste dall'art. 131-bis c.p.; in tal senso, pertanto, gli istituti mediatori di giustizia riparativa potrebbero essere visti come uno strumento per poter evitare l'esercizio dell'azione penale in virtù del raggiungimento dei requisiti che legittimano la richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto.

²¹⁰ *Ut supra*, Cap. I, § 1.3.

danno mediante risarcimento ovvero restituzione, e provveda ad eliminare – ove possibile – le conseguenze dannose o pericolose del reato. Emerge, pertanto, che in tanto sarà configurata una causa di estinzione del reato, in quanto le condotte oggetto degli accordi *riparativi* presentino i suddetti requisiti, non essendo ammesse talaltre tipologie di condotte²¹¹ che, seppur *accolte* dalla dottrina maggioritaria in tema di giustizia riparativa, non potrebbero rilevare ai fini del suddetto articolo.

In secondo luogo, l'art. 162-ter c.p., nel definire il soggetto tenuto all'adempimento delle condotte riparative, utilizza la locuzione di "*imputato*", ponendo seri dubbi circa l'operatività del suddetto articolo in una fase anteriore al momento in cui, mediante la richiesta di rinvio a giudizio, il pubblico ministero esercita formalmente l'azione penale. Segnatamente, il passaggio dalla posizione di *indagato* a quella di *imputato* si realizza solo a seguito della richiesta di rinvio a giudizio, atto con il quale avviene, nel rito ordinario, il formale esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero: se impostato in questi termini, il discorso giunge alla logica conclusione che l'adempimento di condotte riparatorie assumerebbe la valenza di causa di estinzione del reato solo in seguito al formale esercizio dell'azione penale, non potendo pertanto assumere rilievo per la pronuncia di decreto di archiviazione, ex art. 411 c.p.p., co. 1.

La soluzione normativa appena proposta si fonda, come è evidente, su un'interpretazione strettamente letterale del testo dell'articolo. D'altro canto, è ragionevole ritenere che una simile preclusione procedimentale all'operatività dell'istituto in esame non gioverebbe, in alcun modo, alle istanze *deflative* del contenzioso penale pendente, istanze che hanno, invece, rappresentato la *ratio legis* dell'introduzione dell'art. 162-ter c.p. per mezzo della legge n. 103/2017.

Sarebbe pertanto auspicabile, anche attraverso l'occasione offerta dalla predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa nell'esercizio della legge delega n. 134/2021, che si cogliesse l'opportunità di ampliare gli spazi di operatività di istituti riparativi già presenti nell'ordinamento giuridico vigente.

2. Le modalità esecutive dei programmi di giustizia riparativa

Una volta analizzate le implicazioni di natura teorica afferenti alla predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa, occorre spostare l'attenzione sugli aspetti

²¹¹ Fra le varie condotte riparative che, secondo la dottrina teorica del nuovo paradigma di giustizia, potrebbero essere validamente prese in considerazione ai fini del buon esito dei programmi riparatori rientrano, a titolo esemplificativo, anche le scuse formali del reo nei confronti della vittima; a ben vedere, tale condotta riveste, secondo la dottrina maggioritaria, una fondamentale valenza riparativa, essendo inserita, dall'Allegato n. III dei lavori del Tavolo n. 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, fra gli strumenti della giustizia riparativa dotato di maggiori componenti riparative.

prettamente pratici, inerenti principalmente alle modalità esecutive attraverso le quali il nuovo paradigma di giustizia dovrebbe fare ingresso nell'ordinamento giuridico vigente.

Al riguardo, infatti, è ragionevole supporre che dal corretto adempimento della delega in materia di *“criteri d'accesso, modalità di svolgimento dei programmi e di valutazione dei loro esiti”*²¹² dipenda, in buona sostanza, la riuscita del disegno riformatore volto all'introduzione di istituti di giustizia riparativa tanto in fase procedimentale, quanto in fase esecutiva della pena. A conferma della centralità di questo passaggio normativo, il tavolo n. 13 degli Stati Generali sull'esecuzione penale²¹³, fra i principali obiettivi della relazione prodotta in tema di giustizia riparativa, riporta – al punto n. 1 – la necessità di procedere all'individuazione dei cosiddetti *“reati mediabili”* tenendo conto dei limiti edittali di pena e delle tipologie di reato, di definire gli effetti della mediazione – e degli altri programmi riparativi – sull'esercizio dell'azione penale, sull'andamento del processo e sull'esecuzione della pena, nonché – al punto n. 4 – l'occorrenza di dare forma e contenuto normativo alla *“previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative”*²¹⁴.

Per tali ragioni, posta la centralità delle questioni, appare opportuno dedicare un apposito paragrafo della seguente trattazione all'analisi dei principi direttivi che la legge-delega fornisce in tema di definizione dei criteri d'accesso e dei limiti oggettivi all'esperibilità dei programmi riparativi, così come in merito alla specificazione delle modalità pratiche di svolgimento delle procedure riparative, di valutazione dei loro esiti e, infine, di organizzazione di appositi servizi di giustizia riparativa sul territorio nazionale.

2.1 Il superamento dei limiti oggettivi all'esperibilità dei programmi di giustizia riparativa

Il disegno normativo, di cui la legge-delega n. 134/2021 si fa portatrice, si presenta come un progetto di riforma ad ampio respiro: d'altro canto, l'ambito tematico sul quale esso incide

²¹² I corsivi riportano la dicitura contenuta all'art. 1, co. 18, lett. a) della legge delega n. 134/2021. A dimostrazione della loro centralità nel disegno riformatore, *“i criteri d'accesso, le modalità di svolgimento dei programmi e di valutazione dei loro esiti”* figurano, esplicitamente, fra i criteri direttivi all'esercizio della delega elencati al co. 18, lett. a), per essere successivamente ripresi – e meglio specificati – nelle lettere successive del medesimo comma.

²¹³ Gli Stati Generali sull'esecuzione penale, realizzati fra il 2015 e il 2016, rappresentano un'iniziativa organizzata dal Ministero della Giustizia, a seguito delle sentenze di condanna per lo Stato italiano emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – *ex multis*, la più incisiva è stata la sentenza *Torreggiani c. Italia* del 2013 – per procedere ad una revisione complessiva delle soluzioni normative adottate in fase esecutiva della pena, al fine di renderle conformi ai *dicta* della predetta sentenza e al fine di comportare un generale miglioramento delle condizioni di detenzione, soprattutto in ottica di piena valorizzazione della finalità rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, co. 3 Cost.

²¹⁴ I corsivi riportano il testo dell'art. 26, lett. d), del disegno di legge n. 2798/2014, presentato nel 2014 ad opera dell'allora Ministro della Giustizia Orlando.

– ossia l'introduzione di una disciplina organica in materia riparativa – si presenta, allo stato delle cose e salvo la presenza di lacunosi istituti “*latamente riparativi*”, come un *terreno fertile* per procedere ad una sperimentazione legislativa finalizzata a introdurre, dalle fondamenta, un nuovo paradigma di giustizia che, in funzione di *complementarità* con il sistema processual-penalistico vigente, permetta un effettivo efficientamento del complessivo sistema giuridico penale. Sebbene la riforma percorra *sentieri normativi* mai battuti in precedenza, lo spirito normativo ad essa sottostante risulta essere ben chiaro: infatti, oltre a introdurre – *ex novo* – una disciplina organica del settore, la *ratio legis* che si rinviene dai principi direttivi all'esercizio della delega dimostra evidentemente la chiara intenzione di costruire programmi di giustizia riparativa che, all'insegna della massima apertura, non siano soggetti a stringenti limiti procedurali, tanto di natura soggettiva quanto oggettiva.

La legge-delega esprime chiaramente la centralità assegnata, nella costruzione di una disciplina organica del settore, al principio di massima fruibilità dei programmi riparativi: è evidente, infatti, che una delle maggiori direttive della legge-delega debba rinvenirsi nell'intenzione del legislatore delegante di abbattere ogni tipologia di ostacolo all'accesso ai suddetti programmi rinvenibile nella tipologia o gravità del reato, nel particolare stato o grado in cui si trovi il procedimento, ovvero in relazione alla tipologia di pena eventualmente comminata con sentenza definitiva di condanna.

Ne deriva, pertanto, un quadro legislativo dai confini estremamente ampi: è da chiedersi quali siano le motivazioni che sorreggono una simile scelta normativa.

A ben vedere, sussistono due ordini di ragioni, delle quali si darà brevemente conto di seguito. Da una parte, è innegabile che il progetto riformatore rappresenti una “*seconda occasione*”, per lo Stato italiano, di procedere all'effettiva implementazione del contenuto di molteplici atti normativi sovranazionali in materia di giustizia riparativa e tutela delle vittime del reato – primi fra tutti, la Direttiva 2012/29/UE²¹⁵ e la Rec. n. (2018)8 del Consiglio d'Europa – i quali spingono fortemente verso la predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa che non incontri *barriere in ingresso* di carattere oggettivo, favorendo invece la

²¹⁵ È diffusa l'opinione secondo cui l'atto di recepimento della suddetta direttiva – ossia il d. lgs. 212/2015 – abbia ampiamente disatteso i contenuti e gli obiettivi preposti dal legislatore europeo. Sebbene il decreto in parola abbia apportato dei miglioramenti in relazione alla posizione della vittima del reato nel corso del procedimento penale, è indubbio che questo abbia ampiamente disatteso le premesse in tema di introduzione, a sostegno della vittima, di programmi di giustizia riparativa. A conferma di ciò, infatti, la relazione di accompagnamento al Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale aveva evidenziato chiaramente che l'allora schema di decreto legislativo 2798/2014, varato in attuazione della dir. 2012/29/UE, risultava “*davvero minimale, nulla prevedendo in materia – non vi è infatti indicazione rispetto a una piena valorizzazione della giustizia riparativa nella fase di cognizione – ed anzi dando un'esecuzione frammentaria e tutt'altro che completa alla Direttiva sopra citata non solo su questo ma su molti altri punti*”.

massima esperibilità dei suddetti istituti in presenza di una volontà in tal senso concorde delle parti.

In secondo luogo, alla base di una simile politica legislativa, si rinviene la necessità di non introdurre disparità di trattamento nei riguardi delle vittime di reati differenti: a tal proposito, introducendo dei limiti oggettivi incentrati sulla tipologia o sulla gravità del reato – così come sulla cornice edittale di pena ovvero sullo stato o grado del procedimento nel quale accedono parentesi di giustizia riparativa – si verrebbe a creare uno scenario normativo nel quale si creerebbero irragionevoli disuguaglianze nei confronti delle vittime in ragione di elementi estranei alla loro sfera soggettiva o volitiva, essendo in tal modo la loro facoltà di accedere, o meno, a programmi di giustizia riparativa limitata unicamente in ragione della tipologia di reato della quale hanno sofferto²¹⁶. In altre parole, in una siffatta maniera, alle vittime di alcune tipologie di reato – definibili come “*reati non mediabili*” – sarebbe aprioristicamente impedito di partecipare a programmi di giustizia riparativa anche qualora esse prestassero consenso a parteciparvi, cagionando loro un *deficit* di tutela che si porrebbe in aperto contrasto con la *ratio legis* che, oltre a sorregge il progetto di riforma, è alla base dei numerosi atti normativi ai quali il primo deve essere conforme.

In relazione alla prima delle due motivazioni sopra riportate, appare utile procedere ad una breve disamina delle fonti sovranazionali dalle quali deriva la necessità di elidere al minimo – se non di eliminare del tutto – i limiti oggettivi posti all’accesso ai programmi di giustizia riparativa che si fondino, irragionevolmente, sul *nomen iuris*, sulla gravità della fattispecie di reato, ovvero dello stato o grado del procedimento avente ad oggetto il reato per cui si procede. Sul punto, un resoconto approfondito, circa l’origine normativa della politica legislativa improntata alla massima fruibilità dei programmi di giustizia riparativa, è offerto dalla relazione di accompagnamento al Tavolo 13 degli Stati generali sull’esecuzione penale: il lavoro effettuato evidenzia, infatti, come la generale accessibilità ai suddetti programmi sia un orientamento legislativo che discende direttamente da atti normativi sovranazionali²¹⁷.

In questa sede, per ragioni di chiarezza espositiva, sembra opportuno richiamare, seppur brevemente, gli atti normativi sovranazionali che fondano quello che può essere validamente definito come il *principio della massima accessibilità e fruibilità* dei programmi di giustizia riparativa.

²¹⁶ È di questa opinione D. VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in Cass. Pen., 1, 2015, 382 ss.

²¹⁷ In merito, è opportuno ricordare l’efficacia della “*clausola di compatibilità espressa*”, presente all’art. 1, co. 18, lett. a) della legge delega, la quale impone che la disciplina organica, frutto dell’esercizio della potestà delegata, debba essere conforme ai principi sanciti – in materia di giustizia riparativa – al livello sovranazionale dai vari atti normativi adottati nel corso degli anni.

Le origini di questo principio si rinvencono nella Rec. (99)19 del Consiglio d'Europa, in tema di mediazione in materia penale, la quale – agli artt. 3 e 4 – dispone che la mediazione debba essere un servizio “*generalmente accessibile in ogni stato e grado del procedimento penale*”; proseguendo oltre, il medesimo atto normativo dispone – all'art. 5 – che i servizi di mediazione penale debbano essere dotati di autonomia rispetto al sistema processual-penalistico vigente, affinché possa spiegare al meglio i propri effetti per mezzo di una riconosciuta flessibilità rispetto alle forme procedurali classiche. Lo stesso principio è successivamente ribadito anche nella Risoluzione n. 12/2002 – comunemente definita “*Basic Principles*” – adottata dall'E.C.O.S.O.C. delle Nazioni Unite, la quale – all'art. 6 – dispone che: “*I programmi di giustizia riparativa dovrebbero essere esperiti in ogni stato e grado del procedimento penale, nel rispetto dell'ordinamento giuridico nazionale*”²¹⁸.

Del pari, la Direttiva 2012/29/UE – recante “*Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*” – manifesta una posizione che si colloca sulla stessa direttrice. Nel dettaglio, nella direttiva non è presente una disposizione che, al pari di quanto detto per gli atti normativi pocanzi riportati, favorisca manifestamente l'espletamento dei programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento. In ogni modo, tale principio è rinvenibile fra le righe dell'art. 12, co. 2 della medesima Direttiva, il quale – nel prevedere che gli Stati membri “*facilitino, il rinvio dei casi, se opportuno, ai servizi di giustizia riparativa*” – dispone implicitamente che limiti oggettivi all'accesso di tali programmi non possano essere aprioristicamente apposti in ragione del *nomen iuris* della fattispecie di reato, della gravità dello stesso, né tantomeno possano derivare dallo stato o al grado in cui versa il procedimento penale in relazione al fatto per cui si procede.²¹⁹

In ultimo, la contrarietà all'apposizione di limiti oggettivi all'opportunità di accedere programmi di giustizia riparativa è ribadita anche dalla Raccomandazione n. (2018)8 del Consiglio d'Europa, la quale dedica, allo scopo, numerosi punti del testo normativo²²⁰. La

²¹⁸ Segnatamente, il testo originale, in lingua inglese della Risoluzione, recita: “*Restorative justice programmes may be used at any stage of the criminal justice system, subject to national law*”.

²¹⁹ Per fini di chiarezza espositiva, è opportuno segnalare che il co. 2 del medesimo articolo legittima la possibilità, per gli Stati membri, di introdurre specifiche condizioni all'accesso ai servizi di giustizia riparativa. La previsione in esame introduce, pertanto, un margine di discrezionalità degli Stati membri nell'implementazione del contenuto della direttiva, discrezionalità necessaria per preservare le peculiarità di ciascun ordinamento nazionale e per far sì che i servizi di giustizia riparativa possano esservi conformi. È da ritenersi che, in ogni caso, limiti oggettivi all'accesso ai programmi di giustizia riparativa che non rispondano a canoni di ragionevolezza si pongano in aperto contrasto con la politica di facilitazione degli stessi di cui la direttiva è portatrice.

²²⁰ Segnatamente, la Rec. n. (2018)8 introduce il principio di massima accessibilità dei programmi di giustizia riparativa in varie sezioni dell'atto, a dimostrazione della centralità e della trasversalità del suddetto principio:

- a) Al punto 6, capo II, è disposto che: “*La giustizia riparativa può essere utilizzata in varie fasi del procedimento penale*”, potendo assumere diverse forme in relazione alla fase procedimentali in cui interviene;
- b) Al punto n. 18, capo III, è disposto che: “*La giustizia riparativa dovrebbe essere un servizio generalmente disponibile. Il tipo, la gravità o la localizzazione geografica di un illecito non dovrebbero, di per sé e in*

direttrice legislativa che ne deriva, in linea con quanto pocanzi detto in relazione agli altri atti normativi, impone di non precludere a priori l'esperibilità di programmi di giustizia riparativa in ragione della fattispecie di reato per cui si procede, in ragione della fase procedimentale nella quale si innesta una parentesi riparativa, e di predisporre una disciplina organica che, al riguardo, valorizzi la flessibilità e la personalizzazione delle procedure di giustizia riparativa. Ciò premesso, la legge-delega – all'art. 1, co. 18, lett. c) – sia allinea alle direttive comunitarie e sovranazionali, disponendo che la disciplina organica oggetto dell'esercizio della potestà delegata debba: *“prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, [...] senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità”*.

Al fine di comprendere le implicazioni derivanti da una delle maggiori novità introdotte dalla legge-delega in materia di giustizia riparativa sarebbe opportuno, in via preliminare, distinguere le due tipologie di limiti oggettivi sopra riportati: da una parte si colloca il superamento dei limiti connessi alla fase procedimentale ovvero esecutiva della pena in cui si innesti una parentesi di giustizia riparativa; dall'altra si pone l'abbandono di condizioni d'accesso legate al *nomen iuris* ovvero alla gravità della fattispecie di reato per cui si procede.

Prendendo le mosse dalla prima delle due categorie di limiti oggettivi sopra menzionate, è opportuno ripercorrere, brevemente, il dibattito nazionale che, anche negli anni addietro, è sorto circa l'opportunità di limitare l'introduzione di procedure di giustizia riparativa alla sola fase procedimentale ovvero alla sola fase esecutiva della pena. Al riguardo, la preparazione dei lavori afferenti al Tavolo 13 degli Stati generali è di fondamentale importanza per comprendere l'evoluzione del suddetto dibattito. Tale documento, infatti, fornisce un quadro ben preciso delle difficoltà che sono state riscontrate a concepire i programmi di giustizia riparativa come delle procedure che – in rapporto di complementarità funzionale con il sistema processual-penalistico – potessero intervenire non soltanto in fase esecutiva della pena, ma anche in fase prettamente procedimentale o addirittura pre-procedimentale.

È interessante notare come nella relazione di accompagnamento ai lavori del Tavolo 13 degli Stati generali dell'esecuzione penale, al punto n. 2, è rilevato che il perimetro tematico inizialmente assegnato ai lavori sia stato successivamente ridotto. Infatti, come riportato, su indicazioni fornite dal Coordinamento nazionale, il perimetro tematico dei lavori originariamente previsto – riguardante l'opportunità di: *“[...] promuovere la previsione normativa espressa della possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa e di*

assenza di ulteriori considerazioni, precludere alle vittime e agli autori dell'illecito di vedersi offerto un percorso di giustizia riparativa”.

- c) Al punto n. 19, capo III, si dispone che: *“I servizi di giustizia riparativa dovrebbero essere disponibili in ogni fase del procedimento penale”*.

mediazione [...] in ogni stato e grado del procedimento” – è stato successivamente limitato alla previsione normativa di programmi di giustizia riparativa inerenti alla sola fase esecutiva della pena²²¹. Le ragioni potrebbero essere molteplici: è indubbio che fra queste fosse presente anche una generale sfiducia nei confronti della circostanza che le procedure di giustizia riparativa, se previste in fase *ante iudicatum*, potessero assurgere a veri e propri istituti *alternativi* di risoluzione delle conseguenze nascenti da un reato, dotati di una spiccata autonomia procedimentale, i quali avrebbero questionato il *monopolio statale* nella repressione dei reati.

A ben vedere, la suddetta impostazione permane anche in seno alla riforma c.d. *Orlando* del 2017: anche in quella sede, infatti, è chiaramente ravvisabile un'impostazione di fondo che identifica la fase esecutiva della pena come la sede maggiormente idonea allo svolgimento di procedure a contenuto riparativo fra l'autore del reato – ormai definitivamente condannato – e la vittima dello stesso. Come riportato in precedenza²²², la fase esecutiva viene eletta ad essere la *sede naturale* delle procedure di giustizia riparativa non tanto in ragione di effettive motivazioni di natura giuridica, quanto piuttosto per delle mere convenienze di carattere pratico: la principale ragione è rinvenibile nella circostanza che, in tale fase, non opera più la presunzione di non colpevolezza – sancita dall'art. 27, co. 2 della Costituzione – e, di conseguenza, non sorgono gli spinosi problemi di legittimità costituzionali che si presentano, invece, in fase di cognizione, nella quale tale presunzione è operativa. Alla luce di ciò, anche il disegno di decreto legislativo prodotto in adempimento della delega conferita in seno alla riforma c.d. *Orlando* aveva optato per la suddetta impostazione: sebbene non vi sia alcuna esplicita previsione che limiti l'esperibilità dei programmi riparativi alla sola fase esecutiva della pena, il capo III dell'A.G. n. 29, nel disciplinare le modalità esecutive dei suddetti programmi, affida un ruolo centrale al magistrato di sorveglianza, il quale è l'organo deputato a fornire ai servizi di giustizia riparativa le informazioni necessarie sulle parti per l'elaborazione del programma trattamentale, nonché a ricevere, qualunque sia l'esito del programma, il verbale redatto dal facilitatore. Dal disegno normativo emergeva, complessivamente, un sistema procedimentale maggiormente incentrato sulla fase esecutiva della pena piuttosto che sulla fase procedimentale o dibattimentale²²³.

²²¹ Per fini di chiarezza espositiva, in quell'occasione, pur attenendosi alle direttive ricevute dal Coordinamento, i partecipanti ai lavori portati avanti dal Tavolo 13 hanno evidenziato, comunque, a loro parere, l'opportunità di prevedere la possibilità di accedere a programmi riparativi “*in ogni stato e grado del procedimento*”, e non limitatamente alla fase esecutiva della pena.

²²² *Ut supra*, Cap. II, § 1.2.

²²³ La scarsa attenzione che il disegno di decreto legislativo in questione dedicava allo svolgimento di programmi di giustizia riparativa in fase procedimentale o dibattimentale emerge chiaramente dal fatto che, nel testo complessivo, è fatto cenno alla possibilità di svolgere tali programmi in fase *ante iudicatum* solamente alla lett. b) dell'art. 8, e al solo fine di specificare che “se avviati a processo penale in corso, i programmi devono prevedere

Alla luce del breve *excursus* normativo finora condotto, emerge chiaramente la portata innovativa della legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia*: non v'è dubbio che, per il tramite della nuova disciplina organica oggetto dell'esercizio delega, anche la fase *ante iudicatum* – seppur con le notevoli difficoltà dovute all'operatività delle numerose garanzie procedurali previste in favore dell'indagato/imputato – si presterà all'espletamento di programmi di giustizia riparativa. A ben vedere, infatti, limitare l'esperibilità dei programmi di giustizia riparativa alla sola fase esecutiva risponderebbe più a motivazioni di *comodità normativa*, piuttosto che a ragioni di utilità pratica: è indubbia, infatti, la *versatilità* e la *dinamicità* con la quale i suddetti programmi potrebbero adattarsi facilmente alla una fase di cognizione, favorendo anche esigenze di deflazione del contenzioso che sono, tuttora, rinvenibili in numerosi istituti facenti parte del nuovo progetto di riforma.

Al riguardo, è utile riportare i risultati raggiunti dai lavori condotti dal Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, i quali – in una prospettiva *comparatistica*, volta all'analisi delle scelte normative effettuate dagli ordinamenti giuridici esteri in materia di giustizia riparativa – evidenziano come possano essere molteplici le funzioni che i programmi riparativi potrebbero assumere in fase *ante iudicatum*: senza pretesa di esaustività, infatti, dai lavori emerge che tali programmi offrono “*una pluralità di chiavi di lettura e, soprattutto, di applicazione pratica, a seconda del segmento procedimentale nel quale se ne faccia riferimento*”. Segnatamente, i programmi di giustizia riparativa possono assumere tanto la forma di istituti di *probation* in fase esecutiva della pena, quanto modelli di “*diversion*”, tanto in fase di indagini preliminari quanto in fase di cognizione²²⁴. La stessa impostazione è supportata anche dalla Rec. n. (2018)8 del Consiglio d'Europa, la quale, compiendo ulteriori passi in avanti, tenta di conferire – pur nelle difficoltà derivanti dalla predisposizione di una normativa che risulti essere conforme ai vari ordinamenti nazionali degli Stati membri – contenuto normativo ad un'enunciazione di principio: nel dettaglio, a titolo meramente esemplificativo, il punto n. 6 della suddetta Raccomandazione suggerisce la possibilità che i programmi di giustizia riparativa servano ad una molteplicità di funzioni, le quali variano a seconda della fase procedimentale in cui intervengono, ovvero a seconda dell'autorità giudiziaria dinanzi alla quale essi sono espletati²²⁵.

la partecipazione della vittima evitando il rischio di vittimizzazione secondaria”. Diversamente, non è rinvenibile una disciplina dettagliata al pari di quella fornita per lo svolgimento dei suddetti programmi in fase esecutiva della pena.

²²⁴ È questo, infatti, il contenuto della proposta n. 3 avanzata dal Tavolo n. 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale. Nel dettaglio, dai lavori emerge che l'adozione di una simile impostazione sarebbe da ritenersi necessaria affinché si realizzi un adeguamento della disciplina nazionale al contenuto della Direttiva 2012/29/UE.

²²⁵ Segnatamente, il punto n. 6 della Rec. n. (2018)8 del Consiglio d'Europa suggerisce la possibilità la giustizia riparativa, nei suoi vari modelli e programmi, assuma le seguenti funzioni: “[...] può essere associata a una forma di diversione dall'arresto, dall'esercizio dell'azione penale o dal perseguimento penale del fatto, può essere usata

Le legge-delega, fra i criteri direttivi, impone un'ulteriore condizione: la generale accessibilità dei servizi di giustizia riparativa non deve essere preclusa in ragione del *nomen iuris* ovvero della gravità della fattispecie di reato per cui si procede.

Una simile previsione risponde a due ordini di ragioni.

Da una parte, si colloca l'oggettiva disparità di trattamento che verrebbe a crearsi, in tal modo, nei confronti delle vittime di taluni reati – qualificati come “*non mediabili*” – le quali non potrebbero intraprendere programmi di giustizia riparativa anche qualora prestassero a ciò consenso. Nel dettaglio, l'unica preconditione imprescindibile che la legge delega pone all'espletamento dei programmi di giustizia riparativa consiste nell'ottenimento del consenso liberamente e consapevolmente prestato dalle parti: la fondamentale *componente volontaristica* dei suddetti programmi verrebbe totalmente disattesa qualora fossero poste barriere insormontabili all'accesso, basate unicamente su componenti esterne alla libera scelta delle parti. Diversamente, sembrerebbe rispondere maggiormente alle logiche proprie dei paradigmi riparativi non tanto prevedere un *catalogo rigido* di reati per cui è ammessa, o meno, la possibilità di procedere all'espletamento di programmi di giustizia riparativa, quanto piuttosto individuare degli *indicatori* in base ai quali – analizzate le circostanze fattuali del singolo caso concreto – valutare se l'opportunità di procedere secondo forme riparative possa risultare utile alla composizione delle conseguenze dannose del reato e al risanamento del *vulnus* cagionato al tessuto sociale²²⁶. In tal modo, abbandonando del tutto la logica di imporre preclusioni oggettive in relazione a talune fattispecie di reato aprioristicamente identificate dal legislatore, sarebbero notevolmente valorizzate tanto la componente volontaristica, quanto la componente personalistica dei programmi di giustizia riparativa.

Il secondo ordine di ragioni si incentra sulla circostanza che, attraverso numerose esperienze di procedure riparative condotte negli anni addietro, sono state raccolte evidenze fattuali che dimostrano, in buona sostanza, che limitare l'accessibilità ai programmi riparativi a quelle fattispecie di reato ritenute “*meno gravi*” non è una soluzione che garantisce maggiori probabilità di successo dei programmi stessi, essendo invece risultati più efficaci in relazione a quei fatti di reato che sono connotati da maggiore gravità, tanto in relazione alla tipologia di offesa perpetrata, quanto in relazione all'entità del danno cagionato²²⁷.

congiuntamente all'archiviazione di polizia o giudiziaria, può intervenire prima o parallelamente al perseguimento penale del fatto, può collocarsi tra l'accertamento di responsabilità e la comminazione di una pena, può costituire parte di una pena o intervenire dopo la comminazione o l'espiazione della stessa”.

²²⁶ È questa la proposta avanzata dal Tavolo n. 13 degli Stati generali dell'esecuzione penale al punto n. 2 della relazione di accompagnamento ai lavori. Segnatamente, la Commissione rileva come una tale impostazione normativa permetterebbe di procedere ad una più efficace ricomposizione del conflitto e di perseguire un miglior soddisfacimento delle istanze di tutela di cui le vittime siano portatrici.

²²⁷ Una delle più significative dimostrazioni è fornita da G. BERTAGNA - A. CERETTI - C. MAZZUCATO, *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, op. cit.; gli A. hanno riportato i risultati

La scelta normativa di aprire le procedure riparative alle sole fattispecie ritenute “*meno gravi*” andrebbe incontro, tra l’altro, ad un’ulteriore complicazione: non è agevole stabilire secondo quali criteri debba essere valutata la *gravità* di una fattispecie di reato, essendo numerosi i fattori che potrebbero, al riguardo, venire in gioco.

In ogni caso, l’esperienza pratica dimostra che il *nomen iuris* di una fattispecie – così come la cornice edittale di pena stabilita dalla fattispecie incriminatrice – non siano di per sé indicatrici della gravità del reato, né tantomeno sarebbero in grado di fornire indicazioni utili circa la probabilità di successo dell’eventuale svolgimento di procedure riparative: di conseguenza, in una simile condizione di incertezza gnoseologica, sarebbe auspicabile rifuggire dalla previsione di preclusioni oggettive all’accesso ai suddetti programmi, per andare, invece, alla ricerca di *indicatori pratici* che – dotati di una fondata evidenza scientifica – possano filtrare razionalmente la possibilità di procedere all’espletamento di procedure a carattere riparativo.

2.2 I servizi di giustizia riparativa: organi competenti, procedure applicative e organizzazione interna

Uno dei maggiori nodi da sciogliere in relazione alla predisposizione della disciplina organica di cui all’art. 1, co. 18 della legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia* è rappresentato dall’organizzazione complessiva dei servizi di giustizia riparativa. A ben vedere, il tema è connotato da una notevole complessità di fondo, che deriva principalmente dalla necessità di predisporre dei punti di collegamento fra le dinamiche processuali ed esecutive tuttora vigenti e quelle di nuovo conio relative alle procedure di giustizia riparativa: le maggiori difficoltà sorgono soprattutto perché i due sistemi di giustizia –stando ai criteri direttivi forniti dalla legge delega n. 134/2021 e alle opinioni della dottrina maggioritaria – dovrebbero fare capo a organizzazioni amministrative pubbliche fra loro distinte, sia per quanto riguarda gli organi competenti ad erogare i rispettivi servizi, sia per quanto attiene allo svolgimento delle relative procedure.

Nel dettaglio, le maggiori criticità si riscontrano soprattutto in relazione alla predisposizione di una normativa che definisca i seguenti aspetti organizzativi:

- a) In primo luogo, è necessario definire le modalità di svolgimento pratico dei programmi riparativi – tanto in fase di cognizione, quanto in fase esecutiva – dovendosi consequenzialmente definire, con sufficiente chiarezza, i meccanismi di raccordo fra il

positivi raggiunti attraverso programmi di dialogo, fondati sui principi della giustizia riparativa, fra gli autori e le vittime dei reati commessi nei c.d. “*anni di piombo*”, dimostrando come, paradossalmente, quanto maggiore sia la gravità dei reati per cui si procede, tanto maggiori sono i risultati di riconciliazione e superamento delle conseguenze dannose del reato raggiunti tramite il ricorso a procedure di carattere riparativo.

sistema processual-penalistico ed esecutivo vigente e i nuovi innesti apportati dal paradigma riparativo.

- b) In secondo luogo, è opportuno individuare i soggetti istituzionali che prendono parte alle procedure, nonché gli organi pubblici competenti a condurle e a valutarne gli esiti: oltre all'imprescindibile figura del facilitatore, occorre giungere alla definizione di una sorta di *organigramma interno* delle strutture che erogano i servizi di giustizia riparativa.
- c) In ultima battuta, occorre stabilire l'allocazione delle suddette strutture sul territorio, individuando apposite regole per la ripartizione della competenza funzionale o territoriale fra le stesse e per la definizione di *livelli minimi* delle prestazioni che devono essere erogate, uniformemente, su tutto il territorio, onde evitare irragionevoli disparità sociali che possano tradursi, in ultima istanza, in una violazione del principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost.

Com'è facile intuire, l'operazione appena descritta è connotata da una notevole complessità di fondo: a ben vedere, questo rappresenta uno dei passaggi normativi più importanti, posto che da una capillare ed efficiente organizzazione strutturale dei servizi di giustizia riparativa discende, in buona parte, l'efficacia pratica dei programmi riparativi offerti.

Procedendo con ordine nella trattazione, appare opportuno seguire un programma espositivo che ricalchi la ripartizione pocanzi fatta, prendendo le mosse dall'analisi dei meccanismi procedurali, passando poi alla definizione di un cosiddetto "*organigramma interno*" delle strutture che erogano tali servizi, e concludendo con l'analisi dell'organizzazione esterna sul territorio.

Le modalità di svolgimento dei programmi di giustizia riparativa possono essere fra loro molto variegata, in quanto gli stessi programmi – nelle molteplici accezioni e applicazioni di cui sono propri – presentano caratteristiche intrinseche molto diverse²²⁸, sia in ragione delle parti legittimate a partecipare, sia in merito degli obiettivi prefissati dal programma medesimo. Di conseguenza, è difficile poter addivenire ad una disciplina normativa che, unitariamente, possa definire un'unica tipologia procedimentale "*standardizzata*" che possa essere indistintamente applicata a tutti i programmi di giustizia riparativa: a ben vedere, una soluzione normativa del genere andrebbe palesemente contro le caratteristiche intrinseche dei programmi riparativi stessi, i quali sono connotati da un'intrinseca *informalità* e *fluidità* delle dinamiche procedimentali. Quanto appena detto non implica che i programmi riparativi debbano essere esperiti in un clima di incertezza normativa che arrivi a legittimare forme discrezionali di

²²⁸ A dimostrazione della poliedricità dei programmi riparativi, connotati da profonde distinzioni procedurali fra loro, appare utile fare riferimento all'accurata classificazione effettuata da E.A.A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in Archivio Penale, 2021, n. 3; l'A. riporta accuratamente i programmi che, pur diversi nelle forme e nelle finalità, possono a vario titolo essere ricondotti nel paradigma riparativo.

espletamento o valutazione dei loro esiti: tuttavia sarebbe auspicabile, come da più parti ribadito²²⁹, che si provvedesse alla predisposizione di una disciplina unitaria che contribuisca a conferire organicità alla materia, senza però imbrigliarla entro maglie strette che penalizzerebbero la riuscita, o l'evoluzione, dei programmi stessi.

Sulla scorta delle esperienze di giustizia riparativa finora condotte – le quali hanno quasi sempre assunto, per la sua maggiore diffusione nel tessuto normativo²³⁰, le forme della mediazione penale *reo-vittima* – è evidente che tale programma di giustizia riparativa possa validamente rappresentare il riferimento normativo nell'elaborazione della disciplina organica in punto di modalità procedurali. Nel dettaglio, è stata proprio la mediazione penale il punto fermo che ha guidato il legislatore delegato – in seno alla riforma c.d. *Orlando* del 2017 – nella definizione di una primordiale struttura procedimentale dei nuovi paradigmi di giustizia riparativa e nella predisposizione di un *provvisorio elenco* delle tipologie di programmi riparativi di cui si auspicava l'introduzione nell'ordinamento penale vigente.

Infatti, il disegno di decreto legislativo A.G. n. 29²³¹, presentato nell'esercizio della delega inerente alla suddetta riforma del procedimento penale, all'art. 6 del capo III ha provveduto a delineare, per sommi tratti, alcune tipologie di programmi riparativi di cui si auspicava l'introduzione soprattutto in fase esecutiva della pena: com'è possibile notare, tutte le tipologie proposte erano incentrate sulle dinamiche procedurali tipiche dei programmi di mediazione penale.

Nel dettaglio, le tipologie ivi proposte erano le seguenti:

- a) *Mediazione reo-vittima*, la quale si incentra su un incontro di tipo dialogico fra autore e vittima specifica dal reato, i quali – attraverso l'apporto necessariamente prestato da un mediatore professionista – instaurano un dialogo costruttivo volto alla rielaborazione del fatto di reato e all'individuazione di una soluzione concordata per il superamento e l'eliminazione ovvero l'attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose prodotte dal reato.
- b) *Mediazione con vittima aspecifica*, la quale si snoda lungo le medesime dinamiche di quella di cui alla lett. a), con una fondamentale differenza consistente nella circostanza

²²⁹ *Ex multis*, F. CAPASSO, *Una nuova forma di politica criminale. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, op. cit.

²³⁰ Per comprendere il ruolo centrale riconosciuto nei confronti delle procedure di mediazione penale, nella predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa nell'ordinamento nazionale vigente, basti pensare alla parentesi di mediazione penale obbligatoria introdotta dall'art. 29, co. 4 del d. lgs. 274/2000, il quale prevede che, per i reati procedibili a querela di parte affidati alla cognizione del giudice di pace, questi debba esperire un tentativo (obbligatorio) di conciliazione fra le parti.

²³¹ È utile rammentare che il disegno di decreto legislativo non ha avuto la fortuna di essere tradotto in legge positiva in seno alla riforma Orlando, rappresentando questa – a detta della dottrina maggioritaria – una grande occasione mancata per implementare i servizi di giustizia riparativa nell'ordinamento nazionale; al riguardo, è prezioso il contributo offerto da G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, op. cit., p. 871.

che il reo si relaziona non con la persona offesa dal reato da lui commesso, bensì con altri soggetti che però siano stati vittima della medesima fattispecie di reato, ovvero di altre fattispecie lesive del medesimo bene giuridico²³²; è evidente che l'obiettivo principale che si pone una simile tipologia di programma è quello di sviluppare, attraverso il dialogo con soggetti che abbiano subito offese simili a quella arrecata dall'autore del reato, un senso di responsabilizzazione in quest'ultimo, piuttosto che quello di giungere ad un accordo di conciliazione fra le parti che preveda anche il compimento di condotte materiali a contenuto riparatorio.

- c) Incontro, guidato da un mediatore professionista, fra gruppi di autori e gruppi di vittime aspecifiche della stessa tipologia di reato ovvero di reati che abbiano comportato la lesione del medesimo bene giuridico.

Il medesimo articolo, avente natura programmatica e funzionale all'esercizio della delega, si concludeva con una clausola residuale secondo la quale si affermava che l'elenco ivi previsto dovesse considerarsi come *aperto*, lasciando facoltà agli organi che avrebbero erogato i servizi di giustizia riparativa di prevedere modelli ulteriori, ovvero di strutturare quelli previsti in modo diverso, aprendo – ove possibile – alla partecipazione della comunità esterna, pur sempre nell'interesse delle parti.

L'impostazione appena presentata appare essere molto utile ai fini dell'esercizio della delega in seno alla riforma c.d. *Cartabia* sotto due punti di vista: da una parte, rappresenta una buona base di partenza per la definizione dei programmi di giustizia da introdurre nell'ordinamento penale vigente; dall'altra accoglie chiaramente quanto pocanzi riportato circa la necessità di non approntare una disciplina organica che risulti essere “*a maglie strette*”, lasciando invece degli spazi operativi entro cui gli stessi servizi di giustizia riparativa potranno intervenire per apportare delle modifiche funzionali raggiungimento della massima efficienza procedimentale e garantire, in tal modo, una sorta di “*sviluppo naturale*” dei nuovi paradigmi di giustizia riparativa.

Da un punto di vista procedimentale, in riferimento alle concrete modalità di svolgimento dei programmi riparativi, il disegno di decreto legislativo in esame ha proposto delle possibili soluzioni pratiche, degne di nota, suscettibili di essere prese in considerazione nella costruzione della disciplina organica oggetto di delega ai sensi della legge-delega n. 134/2021. L'atto

²³² La mediazione con vittima specifica assume una particolare importanza, in quanto consente che l'autore del reato, che abbia a ciò prestato consenso, abbia comunque l'opportunità di partecipare a delle procedure di mediazione penale, utili per il suo percorso di responsabilizzazione e reinserimento sociale, anche laddove la vittima specifica del suo reato non manifestato la volontà di prendervi parte. Per un maggiore approfondimento in merito ad un interessante espletamento di programmi di mediazione aspecifica nell'ordinamento giuridico domestico in fase esecutiva della pena, si veda G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Diritto penale e processo*, op. cit.

normativo descrive, all'art. 8, un interessante meccanismo di raccordo fra i servizi di giustizia riparativa – che trovano nella figura del mediatore professionista il punto di riferimento, soprattutto in relazione al contatto qualificato che egli assume con le parti – e le autorità giudiziarie alle quali è affidata la giurisdizione in materia penale.

Le fasi procedurali, al netto di un'efficace schematizzazione che di seguito verrà riportata²³³, possono essere in tal modo organizzate:

- a) Sarebbe opportuno prevedere una prima fase *interlocutoria*, caratterizzata dallo svolgimento, ad opera del mediatore, di colloqui preliminari con le parti per valutare la loro volontà di aderire, o meno, allo svolgimento di programmi di giustizia riparativa: in questa fase, ad opera del mediatore stesso, devono essere adempiuti gli obblighi informativi imposti dalle fonti sovranazionali, finalizzati a far sì che le parti possano prendere una decisione consapevole circa l'opportunità di avviare un percorso di riflessione e superamento delle conseguenze dannose del reato.
- b) Laddove le parti abbiano prestato consenso a procedere secondo forme riparative, allora possono avere inizio, sia in fase di cognizione che in fase esecutiva della pena, programmi di giustizia riparativa. È evidente che la fase in cui si innesta il programma di giustizia riparativa influisce notevolmente tanto sulle dinamiche procedurali successive, quanto sui soggetti che vi prendono parte.
- c) Lo svolgimento dei suddetti programmi deve essere documentato attraverso la redazione di un *processo verbale* ad opera del mediatore; è ragionevole ritenere che il verbale debba riportare ogni accadimento verificatosi nel corso dei programmi riparativi, oltre che le dichiarazioni e le informazioni che le parti hanno rilasciato²³⁴, anche qualora i programmi avessero riportato esiti fallimentari ovvero siano interrotti²³⁵. Il verbale deve riportare, qualora i programmi svolti abbiano raggiunto esiti positivi, anche i contenuti degli accordi di riparazione sui quali le parti hanno acconsentito: il mediatore ha,

²³³ La schematizzazione è contenuta in questi termini dal Dossier n. 25, redatto dal Servizio Studi della Camera dei deputati, in merito allo schema di decreto legislativo, presentato con A.G. n. 29, in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima.

²³⁴ In relazione al contenuto del verbale, deve operare il principio di confidenzialità e riservatezza delle dichiarazioni e delle informazioni rilasciate nell'espletamento dei programmi di giustizia riparativa. Tale fondamentale garanzia in favore delle parti è contenuta anche nella legge delega 134/2021, la quale – all'art. 1, co. 18, lett. d) – dispone l'assoluta confidenzialità delle informazioni e delle dichiarazioni rilasciate, salvo che le parti acconsentano alla divulgazione, ovvero questa sia necessaria per evitare la commissione di imminenti e gravi reati ovvero integrino un reato di per sé.

²³⁵ Nel dettaglio, il principio secondo cui si può procedere solo a condizione che le parti abbiano, a ciò manifestato consenso libero e informato impone che il consenso possa essere ritrattato in ogni momento della procedura, comportando l'immediata cessazione dei programmi stessi. In tali ipotesi, il contenuto dei verbali redatti in corso di svolgimento è coperto da assoluta riservatezza e non può essere utilizzato a sfavore delle parti nel procedimento penale.

successivamente, anche la funzione di verificare che i contenuti di quegli accordi siano stati portati effettivamente adempiuti dalle parti stesse.

- d) Al termine dell'espletamento del programma di giustizia riparativa, si prevedeva l'obbligo, in capo al mediatore, di trasmettere al magistrato di sorveglianza il verbale redatto (il testo dello schema di decreto legislativo utilizzava la locuzione "*relazione scritta*"), contenente informazioni e valutazioni circa lo svolgimento e circa gli esiti raggiunti dal programma stesso; in ogni caso, si precisava che, anche qualora l'esito fosse stato negativo, questo non avrebbe potuto pregiudicare l'accesso a misure alternative o a benefici penitenziari nei confronti dell'autore del reato condannato.

A ben vedere, quest'ultima previsione risulta essere di difficile interpretazione, dal momento che prevedeva l'obbligo di relazione scritta solamente in relazione al magistrato di sorveglianza, con ciò alludendo ai soli programmi espletati in fase esecutiva della pena, ossia la fase in cui sorge la competenza funzionale della magistratura di sorveglianza. È ragionevole ritenere che un simile obbligo in capo al mediatore debba essere previsto anche nei confronti del giudice competente, in fase di cognizione, in relazione allo stato e grado del procedimento: quest'ultima, infatti, è una prescrizione fondamentale affinché gli esiti positivi dei programmi riparativi possano assumere valore giuridico anche nelle dinamiche procedurali classiche.

In definitiva, l'impalcatura procedimentale fornita dallo schema di decreto legislativo A.G. n. 29 risulta essere complessivamente valida, potendo essere di grande utilità ai fini della predisposizione di una disciplina organica della giustizia riparativa.

Procedendo nella disamina delle questioni proposte all'inizio del presente paragrafo, appare ora opportuno focalizzarsi sulla ricostruzione di quello che potrebbe essere definito come un *organigramma interno* delle figure istituzionali afferenti ai servizi di giustizia riparativa.

Come è possibile desumere dalla struttura procedimentale pocanzi esaminata, un ruolo centrale è affidato alla figura del mediatore, il quale, come già analizzato nelle pagine precedenti²³⁶, assume una funzione variegata nei suoi contenuti: esso assurge, principalmente, a "*catalizzatore e garante*" nello svolgimento dei programmi di giustizia riparativa. Data la centralità della propria funzione, è opportuno che la disciplina organica, frutto dell'esercizio della delega, definisca nel dettaglio i requisiti professionali necessari per assumere la suddetta funzione.

A ben vedere, la legge-delega n. 134/2021 ha riposto grande attenzione sulla questione, prevedendo che debba essere oggetto della disciplina organica del settore "*la formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa*", nonché "*i requisiti e i criteri per*

²³⁶ Ut supra, Cap. I, § 3.4.

l'esercizio dell'attività professionale di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa e le modalità di accreditamento dei mediatori presso il Ministero della giustizia"²³⁷.

La figura del mediatore, in relazione alla formazione e alle competenze professionali che lo stesso deve possedere per svolgere tale funzione, è stata oggetto di grande attenzione anche al livello sovranazionale: al riguardo, sono molteplici gli atti normativi che, incentivando l'implementazione di programmi di giustizia riparativa al livello nazionale, hanno invitato gli Stati a definire, con grande puntualità, i requisiti e le competenze professionali che tale figura deve possedere per assicurare il corretto svolgimento dei programmi di giustizia riparativa²³⁸. È opportuno ritenere che tale grande attenzione normativa si giustifichi alla luce della circostanza che il mediatore, avendo le redini del procedimento, rappresenta una figura cardine nel garantire il rispetto delle garanzie e dei diritti delle parti e, soprattutto in relazione alla vittima del reato, per evitare che possano verificarsi fenomeni di *vittimizzazione secondaria*.

Di fondamentale importanza al riguardo appaiono essere i risultati riportati dagli studi realizzati dal Tavolo 13 in occasione degli Stati generali sull'esecuzione penale: riconosciuta la centralità di tale funzione, dai lavori emergono importanti proposte in merito alla formazione dei mediatori.

Segnatamente, al punto n. 5, la commissione evidenzia la necessità di prevedere percorsi di *formazione specialistica* rivolti alle figure professionali che erogano i servizi di giustizia riparativa: i mediatori per primi, ma anche i funzionari della magistratura, sia requirente che giudicante – in ragione della circostanza che sono questi a dover incentivare, rinviando loro i

²³⁷ I corsivi riportano il testo dell'art. 1, co. 18, lett. f) della legge delega n. 134/2021.

²³⁸ Per fini di chiarezza espositiva, appare opportuno richiamare brevemente gli atti normativi sovranazionali in questione:

- a) La Rec. (99)19 del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia penale dispone, all'art. 24, che gli Stati membri debbano individuare degli *"standard di competenze"* e delle *"procedure per la selezione, la formazione e la valutazione dei mediatori"*; inoltre, si precisa che i mediatori devono possedere una buona conoscenza delle culture locali e della comunità, elevate competenze nella gestione e risoluzione dei conflitti, specifici requisiti per lavorare con autori e vittime di reati, un'approfondita conoscenza delle tecniche di comunicazione e mediazione, nonché dell'ordinamento giuridico in materia penale e degli effetti processual-penalistici dei programmi di giustizia riparativa.
- b) L'art. 25 della Direttiva 2012/29/UE, al fine di garantire la massima tutela della vittima del reato, dispone che gli Stati membri debbano *"provvedere a che i funzionari suscettibili di entrare in contatto con le vittime di reato – quali agenti di polizia e personale giudiziario – ricevano una formazione [...] di livello appropriato al tipo di contatto che intrattengono con le vittime"* e debbano erogare lo stesso tipo di formazione anche in relazione ai giudici e ai pubblici ministeri, nonché agli avvocati.
- c) La Rec. (2018)8 del Consiglio d'Europa, al capo VI (rubricato: *"Funzionamento dei servizi di giustizia riparativa"*) dispone, sulla scorta della Rec. (99)19 di cui alla lett. a), che devono essere stabilite le modalità di formazione e selezione dei facilitatori, affinché sia garantito che questi siano possiedano *"[...] una buona conoscenza delle culture e delle comunità sociali [...]", nonché "[...] una elevata competenza, tenendo in considerazione le attitudini nella risoluzione dei conflitti, i requisiti specifici per lavorare con vittime, autori dell'illecito e persone vulnerabili, e le conoscenze di base del sistema di giustizia penale [...]"*.

casi, il ricorso all'espletamento di programmi di giustizia riparativa – nonché gli avvocati e il personale penitenziario, fra cui polizia penitenziaria, educatori e membri dei servizi sociali²³⁹. Focalizzando l'attenzione sulla figura del mediatore, la commissione di lavoro distingue nettamente la figura del mediatore penale da quella dei mediatori esperti in altre aree del diritto, quali il diritto civile, commerciale o del lavoro: ne deriva che, secondo i lavori, i mediatori esperti in giustizia riparativa non possano essere *attinti* da altre branche del diritto, sebbene le pratiche di mediazione siano ivi esperite da anni esperite, in ragione della diversità degli interessi e dei beni giuridici in gioco e della diversità degli obiettivi cui i relativi programmi di mediazione tendono.

Pertanto, posto che i programmi di formazione rivolti a soggetti esperti in programmi di giustizia riparativa devono essere di natura altamente specialistica, viene proposta una duplice strategia: in via prioritaria, è evidenziata la necessità che la formazione dei mediatori esperti in tali materie sia effettuata, già in sede accademica, tramite la predisposizione di specifici corsi universitari o *post lauream*²⁴⁰; in seconda battuta, come soluzione *nel breve periodo* è evidenziata la necessità che i mediatori ricevano una formazione trasversale, che attenga tanto agli *“aspetti teorico-pratici della giustizia riparativa e dei suoi programmi”*, quanto agli *“aspetti giuridico-istituzionali e criminologici”* connessi al paradigma riparativo²⁴¹.

Ciò premesso, la legge-delega n. 134/2021 prevede espressamente, fra i criteri direttivi, la necessità che la disciplina organica proceda alla definizione di *“requisiti e criteri per l'esercizio dell'attività professionale di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa e le modalità di accreditamento dei mediatori presso il Ministero della giustizia, garantendo le caratteristiche di imparzialità, indipendenza ed equiprossimità del ruolo”*²⁴².

Sul punto, degli spunti molto interessanti sono offerti dall'allegato n. VI-bis dei lavori del Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, i quali offrono un'ampia panoramica soprattutto in relazione alle caratteristiche professionali che il mediatore, a garanzia dei diritti

²³⁹ Per un maggiore approfondimento sul tema è utile prendere visione dell'allegato VIII del Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, il cui testo integrale è consultabile presso il portale telematico del Ministero della Giustizia al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/sgep_tavolo13_allegato8.pdf.

²⁴⁰ In merito, un prezioso contributo è offerto da G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 1 – 2014.

²⁴¹ Al riguardo, molto preziosi sono i contributi offerti dall'allegato n. VI del Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, i quali propongono una formazione trasversale che implichi la conoscenza dei seguenti elementi:

- a) I fondamenti teorici dei paradigmi di giustizia riparativa, nonché le nozioni di carattere pratico aventi ad oggetto la corretta gestione di una procedura di mediazione (fra le quali la capacità di comunicazione con le parti e di risoluzione dei conflitti);
- b) Elementi di diritto penale e di procedura penale, nozioni di vittimologia e delle normative – nazionali e sovranazionali – a tutela della vittima, nonché di criminologia (con particolare attenzione ai fattori di eziologia del crimine e alle tecniche di neutralizzazione);

²⁴² I corsivi riportano il dato testuale dell'art. 1, co. 18, lett. f), secondo capoverso, della legge delega n. 134/2021.

delle parti e del corretto funzionamento dei programmi di giustizia riparativa, deve necessariamente possedere. Nel rinviare – per una più ampia trattazione – a quanto sostenuto nelle pagine precedenti in relazione alle caratteristiche professionali attinenti alla figura del mediatore²⁴³, è opportuno qui riportare brevemente gli spunti che emergono dagli studi sopra menzionati: nel dettaglio, la commissione di lavoro evidenzia che il mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa, dotato di una formazione e di competenze specialistiche in ragione della funzione svolta, debba necessariamente essere un soggetto “terzo, indipendente, imparziale ed equiprossimo alle parti”, nonché “esperto e competente” in ragione della formazione specialistica ricevuta. In relazione alla definizione delle modalità di accreditamento dei mediatori presso il Ministero della Giustizia, è opinione diffusa che debba, a questo fine, essere predisposto un “*Albo nazionale dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa*”, tenuto presso il suddetto Ministero, il cui accesso è subordinato al conseguimento di un titolo abilitativo alla professione e allo svolgimento di un periodo di “*praticantato*”, necessario affinché questi acquisisca capacità di gestione pratica delle procedure riparative²⁴⁴. In ultima istanza, oggetto della disciplina organica dovrà essere anche la definizione delle strutture competenti ad erogare i servizi di giustizia riparativa, l’individuazione di criteri di riparto della competenza territoriale o funzionale fra le stesse, nonché la loro uniforme allocazione sul territorio nazionale.

Procedendo secondo l’ordine sopra proposto, una prima fondamentale questione attiene alla tipologia delle strutture abilitate ad erogare servizi di giustizia riparativa; nel dettaglio, occorre stabilire se queste debbano essere di natura pubblicistica – presumibilmente organi afferenti agli enti locali sul territorio – ovvero possano avere anche natura privatistica, previo accreditamento presso il Ministero della Giustizia, sulla base di intese stipulate al livello amministrativo periferico.

Una prima considerazione attiene alla massima accessibilità dei servizi di giustizia riparativa, caratteristica che, per ragioni di legittimità costituzionale in ossequio ai principi di uguaglianza e pari accessibilità²⁴⁵, induce a ritenere che sarebbe preferibile che gli organi e le strutture competenti in materia di giustizia riparativa agissero in un contesto pubblicistico, disponessero di fondi di bilancio pubblici e di una contabilità pubblica e, inoltre, erogassero prestazioni

²⁴³ *Ut supra*, Cap. I, § 3.4.

²⁴⁴ Per un maggiore approfondimento sui temi, è possibile consultare il testo completo dell’allegato n. VI-bis (rubricato: “*Albo dei mediatori – Profilo dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa*”) del Tavolo 13 degli Stati generali sull’esecuzione presso il portale telematico del Ministero della giustizia al seguente link: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/sgep_tavolo13_allegato6bis.pdf.

²⁴⁵ Nel dettaglio, la generale accessibilità dei servizi di giustizia riparativa e la predisposizione di un’organizzazione burocratica degli stessi che non dia luogo a disparità di trattamento dei cittadini, per ragioni economico-sociali o territoriali, si impone in ragione dell’art. 3 Cost., così come in forza dell’inviolabilità del diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti e interessi legittimi, ex art. 24, co. 1 Cost.

gratuite²⁴⁶. Il contesto pubblicistico non impedisce, di principio, che tali servizi possano essere erogati da organizzazioni o enti che, al livello periferico, abbiano natura formalmente privatistica: al riguardo, è necessario che siano previste procedure a carattere pubblicistico che permettano di stilare protocolli d'intesa al livello locale – regionale o provinciale – che conducano, previa verifica del possesso dei requisiti richiesti per legge, all'accreditamento di tali strutture allo svolgimento di servizi di giustizia riparativa²⁴⁷.

In ultimo, la legge delega definisce dei criteri di ripartizione territoriale delle medesime strutture: l'art. 1, co. 18, lett. g), secondo periodo, dispone che “[...] sia assicurata la presenza di almeno una delle predette strutture pubbliche in ciascun distretto di corte d'appello [...]”. Il riferimento al piano di ripartizione delle strutture afferenti all'autorità giudiziaria non implica, necessariamente, che presso le stesse sedi siano concretamente espletati i programmi di giustizia riparativa: secondo l'opinione maggioritaria, è necessario che i locali presso cui si svolgono i suddetti programmi siano collocati in un ambiente “sicuro e confortevole”²⁴⁸, presso sedi esterne ai Tribunali e in luoghi neutrali²⁴⁹.

2.3 Le modalità di riconoscimento degli esiti positivi dei programmi di giustizia riparativa: quale valore giuridico?

Analizzati i maggiori rilievi circa le fasi d'accesso e di concreto espletamento dei programmi di giustizia riparativa, occorre focalizzare l'attenzione su un'altra questione di cruciale importanza nella predisposizione della nuova disciplina organica: occorre chiedersi, infatti, quale debba essere il valore giuridico da riconoscere ai risultati raggiunti in sede riparativa e, in secondo luogo, in che modo questi possono dispiegare i propri effetti nel sistema processual-penalistico ed esecutivo vigente.

A ben vedere, l'interrogativo appena proposto, oltre ad essere composito, è connotato anche da una notevole difficoltà concettuale. Sono molteplici, infatti, le varianti di cui occorre tener

²⁴⁶ Una tale interpretazione si impone in ragione dei criteri direttivi contenuti all'art. 1, co. 18, lett. g) della legge delega n. 134/2021, il quale, nel disciplinare l'allocazione territoriale delle strutture che erogano servizi di giustizia riparativa, dispone che tali servizi siano erogati da “[...] strutture pubbliche facenti capo agli enti locali e convenzionate con il Ministero della Giustizia”.

²⁴⁷ È questa la posizione che emerge dall'allegato VI-bis del Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, nel quale si evidenzia, sulla scorta dei risultati maturati dalle esperienze pratiche di mediazione penale condotte, che la “[...] composizione eterogenea degli uffici per la mediazione rappresenti un importante punto di forza per la realizzazione e la riuscita dei programmi di giustizia riparativa”.

²⁴⁸ La locuzione è presente all'art. 24 della Ris. n. 12/2002 adottata dell'E.C.O.S.O.C. delle Nazioni Unite (“Basic Principles”).

²⁴⁹ In questa direzione si muovono i risultati degli studi effettuati dal Tavolo 13 degli Stati generali, i quali, all'allegato VI-bis, evidenziano la necessità che, in ossequio al principio di complementarità funzionale e di autonomia dei programmi di giustizia riparativa rispetto al sistema processual-penalistico classico, i servizi di giustizia riparativa non si avvalgano di locali giudiziari, ma creino degli ambienti in cui possa maggiormente esplicarsi la funzione dialogica dei programmi riparativi.

conto nel fornire una risposta che tenti di essere quanto più possibile esaustiva: fra queste, è logico ritenere che le principali debbono rinvenirsi nella fase procedimentale in cui si innesta una parentesi di giustizia riparativa, nell'esito riportato dai suddetti programmi – in quanto è inevitabile che il valore giuridico da riconoscersi loro vari a seconda che abbiano raggiunto un esito positivo, e siano quindi giunti ad un accordo di conciliazione fra le parti, ovvero negativo, il che implica un necessario ritorno nelle forme procedimentali classiche.

Per fini di chiarezza espositiva, appare opportuno che il discorso prenda le mosse dai criteri direttivi introdotti, al riguardo, dalla legge-delega n. 134/2021, allargando gli orizzonti anche alle indicazioni fornite, in merito, dagli atti normativi sovranazionali.

Partendo dall'analisi della legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia*, salta all'occhio la circostanza che questa non fornisca dei criteri direttivi esaustivi sul punto, limitandosi a quella che è possibile definire come una mera *enunciazione di principio*, priva di contenuto pratico, la cui utilità risulta nettamente limitata in sede di esercizio della delega.

Ai fini della presente trattazione, appare opportuno soffermarsi principalmente sul valore giuridico da riconoscere ai programmi di giustizia riparativa che abbiano riportato esiti favorevoli fra le parti, rimandando invece, per l'ipotesi in cui questi abbiano riportato esiti fallimentari, a quanto sostenuto in merito al complesso di garanzie procedimentali previste, soprattutto, in relazione alla posizione delle parti in caso di del *ritorno* alle dinamiche procedimentali – o esecutive – classiche²⁵⁰.

Come pocanzi detto, l'unico riferimento che la legge delega compie sul punto consiste nella generica enunciazione della necessità di disciplinare le modalità secondo le quali i programmi di giustizia riparativa, che abbiano riportato esiti positivi, possano essere valutati tanto in fase di cognizione, quanto in fase esecutiva della pena²⁵¹.

La legge-delega non va oltre questa enunciazione di principio. Appare opportuno, pertanto, analizzare gli atti normativi sovranazionali il cui contenuto potrebbe risultare utile per fornire contenuto normativo alla suddetta previsione. A ben vedere, la questione è oggetto di scarso approfondimento anche nel panorama normativo sovranazionale: al pari di quanto accade al livello nazionale, gli atti normativi si limitano a delle enunciazioni di principio in merito all'opportunità di procedere a disciplinare le modalità di riconoscimento degli esiti positivi dei programmi riparativi nelle dinamiche procedimentali o esecutive afferenti al sistema processual-penalistico vigente²⁵².

²⁵⁰ *Ut supra*, vedi Cap. II, § 1.2.

²⁵¹ Nel dettaglio, la legge delega n. 134/2021 dispone, all'art. 1, co. 18, *lett. e*) che la disciplina organica risultante debba: “[...] prevedere che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena”.

²⁵² Una delle ragioni che giustificano una tale scelta normativa è da rinvenirsi nella circostanza che tali atti, essendo rivolti a Stati membri i cui ordinamenti giuridici presentano notevoli difformità fra loro, devono necessariamente

Nel tentativo di riempire di contenuto normativo la previsione di cui all'art. 1, co. 18, lett. e) della legge-delega n. 134/2021, un'indicazione interessante è fornita dalla Risoluzione n. 12/2002 adottata dall'O.N.U. – c.d. “*Basic principles*” – la quale, al punto n. 15, facendo riferimento ai programmi di giustizia riparativa espletati in fase *ante iudicatum*, dispone che esiti favorevoli dei programmi riparativi dovrebbero essere oggetto di un controllo giurisdizionale ad opera dell'autorità giudiziaria competente in ragione della specifica fase procedimentale ed essere, eventualmente, incorporate entro un provvedimento avente natura giurisdizionale. Inoltre, al secondo capoverso del punto n. 15, prosegue che, qualora una tale soluzione fosse implementata al livello normativo, il provvedimento prodotto deve avere lo stesso “*status giuridico*” di un provvedimento giurisdizionale o di una sentenza, anche in relazione all'operatività del divieto di “*bis in idem*”, sia sostanziale che processuale²⁵³.

La prospettiva appena proposta desta notevole interesse in quanto, implicitamente, delinea un importante punto di contatto fra le dinamiche processual-penalistiche classiche e quelle afferenti ai nuovi paradigmi di giustizia riparativa. Ai fini della presente trattazione, in prospettiva di definizione di una disciplina organica nazionale, una soluzione normativa che implicasse un meccanismo di *recepimento* degli accordi conciliatori, raggiunti in sede riparativa, entro provvedimenti giurisdizionali si mostrerebbe conforme anche al rapporto di “*complementarità funzionale*” che dovrebbe sussistere, secondo la dottrina maggioritaria²⁵⁴, fra i due piani procedimentali.

In assenza di norme positive che equiparino esplicitamente, quanto ad effetti giurisdizionali prodotti, gli accordi conciliatori raggiunti in sede riparativa ai provvedimenti giurisdizionali emessi nel corso del procedimento penale, è ragionevole andare alla ricerca di istituti entro i quali potrebbero essere positivamente recepiti i risultati raggiunti al netto dell'esperimento di programmi di giustizia riparativa.

A ben vedere, risulta complesso definire con certezza quali degli istituti procedimentali, ad oggi presenti nell'ordinamento giuridico vigente, possano prestarsi ad una simile soluzione. Ricollegandosi a quanto in precedenza sostenuto circa l'opportunità di introdurre

mantenere un certo livello di vaghezza e generalità, riconoscendo nei confronti di ciascuno Stato un certo margine di discrezionalità nell'adeguamento della disciplina nazionale.

²⁵³ Per completezza espositiva, appare opportuno riportare il testo originale, in lingua inglese, del punto n. 15 della Risoluzione n. 12/2002, il qual recita: “*The results of agreements arising out of restorative justice programmes should, where appropriate, be judicially supervised or incorporated into judicial decisions or judgements. Where that occurs, the outcome should have the same status as any other judicial decision or judgment and should preclude prosecution in respect of the same facts*”.

²⁵⁴ Questa è la posizione emersa dai lavori del Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, nei quali è riportato il contributo sul punto offerto da L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessari* e da M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, il Mulino, Bologna, 2015, rispettivamente alle pp. 97-118 e 135-151.

nell'ordinamento delle norme positive che riconoscano espressamente il valore degli accordi conciliatori raggiunti attraverso l'espletamento di programmi di giustizia riparativa²⁵⁵, è possibile ipotizzare che un simile recepimento possa avvenire, con ampie probabilità di successo, almeno con riferimento ai seguenti istituti:

- a) In relazione alla possibilità che esiti favorevoli dei programmi di giustizia riparativa – condotti in fase pre-procedimentale – possano assumere valenza impeditiva dell'esercizio dell'azione penale, in assenza di una previsione legislativa espressa che riconosca loro un valore direttamente impeditivo in tal senso, è ragionevole ipotizzare che l'eventuale raggiungimento, fra le parti, di accordi conciliatori possa legittimamente condurre alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, qualora ne sussistano anche gli altri presupposti previsti dall'art. 131-*bis* c.p., ex art. 411, co. 1 c.p.p.
- b) In presenza dei requisiti previsti dall'art. 162-*ter* c.p., è ragionevole ritenere che degli esiti favorevoli delle procedure di giustizia riparativa si possa tener conto ai fini della dichiarazione di estinzione del reato per intervento di condotte riparatorie; segnatamente, in tal caso, è ipotizzabile che il contenuto del verbale – attestante l'esito positivo delle procedure riparative e i contenuti degli accordi raggiunti fra le parti – possa essere interamente recepito entro la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato, pronunciata dal giudice a seguito del controllo giurisdizionale circa il corretto adempimento delle condotte riparatorie.
- c) In presenza dei limiti edittali di pena previsti dall'art. 168-*bis* c.p., è possibile che il raggiungimento di risultati favorevoli all'esito dell'espletamento di programmi di giustizia riparativa possa condurre alla concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato. Segnatamente, in ossequio al co. 2 del medesimo articolo, i contenuti degli accordi conciliatori raggiunti attraverso lo svolgimento di programmi riparativi possono validamente rappresentare il contenuto del programma di trattamento, da elaborare ex art. 464-*bis*, co. 4 c.p.p.²⁵⁶.

Nettamente più composito è invece il valore giuridico che gli esiti favorevoli dei programmi riparativi possono assumere in sede esecutiva della pena, la quale si presta ad essere un momento più fecondo per il recepimento dei benefici che tali programmi potrebbero apportare.

²⁵⁵ *Ut supra*, vedi Cap. II, § 1.3.

²⁵⁶ È interessante notare come il raggiungimento di accordi conciliatori attraverso lo svolgimento di procedure di mediazione penale *reo-vittima* assuma, in relazione all'istituto previsto dall'art. 168-*bis* c.p., una valenza ulteriore. Al riguardo, l'art. 464-*bis* c.p.p., co. 4, *lett. c*), dispone che il contenuto del programma di trattamento – da elaborare d'intesa con l'U.E.P.E. – debba prevedere, ove possibile, forme di mediazione con la vittima del reato: qualora i termini delle condizioni dell'accordo riparatorio siano definiti all'esito di procedure di mediazione con la vittima, questo garantirebbe il soddisfacimento, in via anticipata, una delle condizioni obbligatorie per l'approvazione del programma di trattamento stesso.

Prima di andare avanti nella trattazione, appare opportuno affrontare una questione preliminare di fondamentale importanza: è opportuno definire il rapporto che potrebbe intercorrere fra gli istituti di giustizia riparativa e le misure alternative alla detenzione. Nel dettaglio, non manca chi ha pensato di introdurre programmi riparativi quali istituti conciliatori il cui esito favorevole potrebbe rappresentare una *precondizione* per accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, ovvero il cui esito negativo si ponga quale condizione *ostativa* alla concessione delle stesse: le ragioni che si oppongono ad una simile soluzione sono di vario genere.

In prima battuta, occorre fare nuovamente riferimento al rapporto che, a detta della dottrina maggioritaria, dovrebbe sussistere fra le dinamiche processual-penalistiche classiche – ivi comprese quelle esecutive della pena – e le dinamiche proprie dei nuovi paradigmi riparativi. Ricollegandosi a quanto sostenuto precedentemente, sarebbe opportuno ricostruire i meccanismi di collegamento fra i due paradigmi di giustizia – tanto in fase di cognizione, quanto in fase esecutiva della pena – alla luce del principio di “*complementarità funzionale*”, ben espresso dalla relazione di accompagnamento dei lavori svolti dal Tavolo 13 degli Stati generali sull’esecuzione penale. A tal proposito, l’obiettivo del legislatore delegato dovrebbe essere volto alla creazione di un sistema procedimentale parallelo, funzionalmente complementare a quello esistente, ma connotato da autonomia procedimentale: poiché i programmi di giustizia riparativa, soprattutto in fase esecutiva, trovano terreno fertile per la sperimentazione di nuovi paradigmi di responsabilizzazione del condannato nell’interesse e a tutela della vittima del reato e della collettività, è opportuno che questi non siano subordinati al servizio degli istituti esecutivi già presenti, ma che si distacchino da questi per creare uno spazio indipendente che favorisca un’analisi approfondita delle molteplici componenti della devianza penale e che permetta la sperimentazione di interventi progressivi che abbandonino la logica della pena puramente incentrata sull’afflizione penale.

Di conseguenza, ne deriverebbe che il rapporto fra i due paradigmi di giustizia penale, in sede esecutiva, dovrebbe snodarsi lungo le seguenti direttive.

Da una parte, è fermo il divieto che dall’esperimento di programmi di giustizia riparativa, il cui esito sia stato fallimentare, possano trarsi elementi utili ai fini del giudizio di applicazione di misure alternative alla detenzione ovvero di concessione di benefici penitenziari²⁵⁷. Di conseguenza, alla luce dei criteri direttivi forniti dalla legge-delega n. 134/2021, è logico ritenere che – stante il divieto di utilizzabilità in *malam partem* degli esiti negativi riportati

²⁵⁷ È quanto emerge da un’interpretazione sistematica dell’art. 1, co. 18, lett. e) della l. 134/2021, il quale vieta che l’impossibilità di esperire un programma di giustizia riparativa, ovvero gli esiti fallimentari che questo dovesse riportare, possano influire negativamente, a carico dell’autore del reato, tanto in fase di cognizione quanto in fase esecutiva della pena.

dall'espletamento di programmi di giustizia riparativa in fase esecutiva della pena – questi non possano essere concepiti come *condizioni ostative* all'accesso alle misure alternative alla detenzione o ai benefici penitenziari²⁵⁸; in altri termini, non è ipotizzabile una disposizione che negasse, o anche solo condizionasse, l'accesso o la concessione di tali istituti in ragione degli esiti fallimentari riportati all'esito dei programmi di giustizia riparativa²⁵⁹.

Dall'altra parte, invece – fermo restando che sarebbe auspicabile che ci si muovesse verso la predisposizione di una cosiddetta "*pena prescrittiva*"²⁶⁰, i cui contenuti presentino aspetti altamente riparativi e responsabilizzanti fin dall'irrogazione con la sentenza di condanna – gli esiti favorevoli riportati attraverso lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa dovrebbero poter validamente integrare i contenuti normativi degli attuali istituti penitenziari vigenti, in relazione alle misure alternative e ai benefici penitenziari.

Se da una parte è netto il divieto che il negativo esperimento dei programmi di giustizia riparativa assurga ad essere una *condizione ostativa* alla concessione di misure alternative alla detenzione e benefici penitenziari, dall'altra, invece, è auspicabile che i contenuti riparativi oggetto di accordi conciliatori raggiunti attraverso l'esperimento di procedure riparative possano validamente produrre effetti favorevoli al condannato in fase esecutiva della pena.

È evidente, infatti, in relazione ai programmi di giustizia riparativa *post iudicatum*, che il punto focale della disciplina venga maggiormente incentrato sulla figura del condannato: in altri termini, occorre definire in che modo tali programmi possano incidere sui contenuti esecutivi della pena²⁶¹.

Al riguardo, già nelle pagine precedenti²⁶² è stato evidenziato come, *rebus sic stantibus*, siano già presenti degli istituti che, tanto da un punto di vista sostanziale, quanto procedurale o esecutivo, possano prestarsi al recepimento di contenuti riparativi, soprattutto in relazione ai

²⁵⁸ È questa la posizione emersa dalla relazione illustrativa al disegno di decreto legislativo A.G. n. 29, prodotto in seno alla legge delega alla c.d. *riforma Orlando* del 2017: segnatamente, in accoglimento delle osservazioni sollevate dal Garante Nazionale di diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il disegno di decreto legislativo aveva previsto che gli esiti negativi dei programmi di giustizia riparativa non potessero "*condizionare in alcun modo l'esecuzione della pena in corso, né influire sulla concessione di misure alternative o dei benefici penitenziari*".

²⁵⁹ Al riguardo, per un'analisi più approfondita della casistica in cui un tale divieto dovrebbe trovare concreta applicazione in relazione alla concessione di misure alternative alla detenzione o alla concessione di benefici penitenziari, si rimanda al Cap. II, § 1.1.

²⁶⁰ La locuzione è ripresa da L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *disCrimen*, 31 marzo 2021; il concetto sarà oggetto di maggiore approfondimento nel prosieguo, Cap. III, § 3.

²⁶¹ La maggiore attenzione che è posta, in fase *post iudicatum*, sulla figura dell'autore del reato – condannato con sentenza definitiva – non deve far ritenere che, in tale fase, la posizione della vittima venga posta in secondo piano. Sono fermi i principi, sanciti a livello sovranazionale, secondo cui i programmi di giustizia riparativa debbano eseguirsi nell'interesse di entrambe le parti, senza che fra queste si creino squilibri procedurali che potrebbero minare lo spirito equitativo del nuovo paradigma si giustizia.

²⁶² *Ut supra*, Cap. I, § 1.3.

momenti qualificanti la risocializzazione e responsabilizzazione del reo; in quella sede, inoltre, sono stati altrettanto analizzati i limiti che tali istituti presentano rispetto al pieno recepimento dei paradigmi riparativi nell'ordinamento vigente. Ne deriva, pertanto, un quadro normativo, soprattutto in fase esecutiva, il quale richiede necessariamente un intervento positivo del legislatore che permetta di definire al meglio i termini e le modalità di un effettivo ingresso dei modelli riparativi nella fase esecutiva della pena: è questa, infatti, la posizione adottata, oltre che dalla dottrina maggioritaria, anche dal Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, dai cui lavori emerge l'urgente necessità di modificare – attraverso riforme orientate in tal senso – gli istituti previsti dall'attuale ordinamento penitenziario al fine di renderli effettivamente idonei a recepire gli ideali dei nuovi paradigmi riparativi²⁶³.

In definitiva, l'indirizzo che, in un contesto normativo simile, il legislatore delegato dovrebbe seguire nell'esercizio della delega potrebbe snodarsi lungo due direttive: da una parte, sarebbe opportuno modificare in senso maggiormente *riparativo* e *responsabilizzante* il contenuto delle pene comminabili già con sentenza di condanna – senza che tali contenuti accedano poi, in una fase successiva, al netto di meccanismi procedurali che comportino un ritardo del loro ingresso nel contesto esecutivo – muovendosi progressivamente verso una cosiddetta “*pena prescrittiva*”; in secondo luogo, parrebbe opportuno introdurre delle modifiche normative espresse che valorizzassero i contenuti latamente riparativi già presenti in fase esecutiva della pena – ovvero li introducessero *ex novo* – facendo perno soprattutto su quegli istituti, quale quello previsto dall'art. 13, co. 3 della l. 354/1975, che si prestano ad essere ottimi *catalizzatori* per l'affermazione del nuovo paradigma di giustizia²⁶⁴.

3. Esperienze di giustizia riparativa in una prospettiva comparatistica

La seguente sezione si propone di ricercare soluzioni normative presenti in ordinamenti giuridici stranieri che potrebbero rappresentare, *de lege ferenda*, importanti linee guida per il legislatore delegato italiano nella predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa.

La trattazione è principalmente volta ad analizzare le strategie normative che gli ordinamenti giuridici esteri hanno adottato per provvedere al recepimento domestico di programmi di giustizia riparativa, esaminando come questi abbiano adempiuto agli stimoli promananti dagli atti normativi sovranazionali e, soprattutto, come i nuovi paradigmi riparativi si siano inseriti

²⁶³ Segnatamente, il Tavolo 13 evidenzia, alla proposta n. 4, la necessità di: “*reformare la legge di ordinamento penitenziario n. 354 del 1975 e il relativo regolamento di esecuzione (d.P.R. n. 230 del 2000) [...] includendo anche la previsione espressa della giustizia riparativa*”.

²⁶⁴ Per un maggiore approfondimento sul tema, si veda Cap. III, § 2.

nelle dinamiche processual-penalistiche alla luce dei principi cardine dei vari ordinamenti costituzionali interni.

È indubbio che le soluzioni normative di seguito analizzate non possano essere oggetto di un trapianto giuridico, *rebus sic stantibus*, nell'ordinamento domestico italiano, il quale presenta notevoli peculiarità rispetto agli ordinamenti esteri presi come punto di riferimento; d'altro canto, è altrettanto vero che tali soluzioni possano validamente rappresentare un prezioso contributo in prospettiva della predisposizione di una disciplina organica nazionale in materia di giustizia riparativa che, nell'ordinamento domestico, presenta ad oggi scarsissimi punti di riferimento.

3.1 Luci ed ombre sulla giustizia riparativa in Francia: l'interessante prospettiva di una “terza via procedimentale” al binomio esercizio dell'azione penale – archiviazione incondizionata

L'esperienza giuridica francese in tema di giustizia riparativa presenta importanti spunti normativi che potrebbero fornire preziosi contributi nell'opera di predisposizione di una disciplina organica nazionale del settore. Peraltro, data l'appartenenza dell'ordinamento giuridico francese alla tradizione giuridica di *civil law*, i punti di contatto con l'ordinamento giuridico italiano si intensificano, favorendo così possibili fenomeni di *osmosi giuridica* in punto di recepimento degli istituti di giustizia riparativa nel sistema processual-penalistico vigente. Sebbene la comunanza fra i due ordinamenti giuridici sia notevole, è altrettanto vero che sussistono dei cospicui punti di divergenza fra gli stessi: a ben vedere, però, tali divergenze potrebbero fornire, *de lege ferenda*, degli innovativi spunti normativi, potendo rappresentare delle nuove prospettive attraverso le quali favorire il recepimento degli istituti di giustizia riparativa nell'ordinamento giuridico domestico.

Nel dettaglio, l'esperienza giuridica francese fornisce dei chiari indicatori circa le difficoltà che si presentano nel momento in cui si tenti di recepire, in un sistema processual-penalistico completo e *chiuso in sé*, degli istituti che siano portatori di nuovi paradigmi di giustizia che rimettano in discussione tanto le modalità di risposta al reato, quanto le funzioni sociali e giuridiche assegnate alla sanzione penale. Pertanto – come sarà meglio esposto nel prosieguo della trattazione – un recepimento *incondizionato* di tali istituti risulta essere di notevole difficoltà: ciò è dovuto, in larga parte, alla circostanza che si verificano degli inevitabili punti di frizione con l'ordinamento giuridico vigente che comportano, forzatamente, che si debba virare verso un *recepimento condizionato*, fenomeno attraverso il quale i nuovi paradigmi riparativi perdono taluni aspetti loro caratterizzanti per “piegarsi” dinanzi al “nocciolo duro”

dell'ordinamento vigente, in larga parte rappresentato dai principi costituzionali in materia processual-penalistica²⁶⁵.

L'esperienza giuridica francese in tema di giustizia riparativa prende le mosse con la previsione positiva, entro il codice di procedura penale²⁶⁶, della *mediazione penale* quale istituto giuridico con effetti di *diversion* procedimentale: segnatamente, in fase di indagini preliminari, è riconosciuta al Procuratore della Repubblica la possibilità di proporre alle parti – ossia indagato e persona offesa dal reato – lo svolgimento di un percorso di mediazione penale, rilevante in prospettiva della decisione circa l'opportunità di procedere, o meno, all'esercizio dell'azione penale. La previsione è stata oggetto di successive importanti riforme, al netto delle quali, con la legge n. 2004-204, la mediazione penale ha assunto, a tutti gli effetti, la funzione di “*terza via procedimentale*” nella triplice alternativa fra:

- a) esercizio dell'azione penale;
- b) archiviazione *incondizionata*²⁶⁷;
- c) archiviazione condizionata.

Segnatamente, in quest'ultima categoria di casi, le procedure di mediazione penale in fase d'indagine preliminare si inseriscono nel novero quei procedimenti alternativi all'esercizio dell'azione penale – contemplate agli artt. 41-1 e 41-2 del c.p.p. francese – i quali – al netto di una valutazione discrezionale del pubblico ministero – consentono di non procedere all'esercizio dell'azione penale. Nel dettaglio, in relazione ad un limitato numero di reati definiti di *minore gravità* in relazione all'ammontare della pena edittale prevista²⁶⁸, il pubblico

²⁶⁵ È di questa opinione I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 4 – 2015. L'A. evidenzia come, anche dalla collocazione sistematica delle norme codicistiche che hanno recepito la mediazione penale, possa evidenziarsi una sorta di “*vizio originario*”, consistente nella circostanza che l'introduzione delle suddette procedure riparative ha risposto piuttosto a logiche di esigenza deflattiva del contenzioso penale pendente, piuttosto che agli ideali concreti dei nuovi paradigmi riparativi. Inoltre l'A. riporta come non v'è chi, in dottrina – cfr P. MILBURN, *La médiation pénale en France: quelle place pour le victimes?*, in *Le cahiers de la justice*, 2006, 1, p. 116 – non abbia rilevato come gli istituti di giustizia riparativa recepiti in Francia, soprattutto in relazione alla mediazione penale in funzione di *diversion* procedimentale ex artt. 41-1 e 41-2 del c.p.p. francese (di cui si tratterà ampiamente nel corso del presente paragrafo), piuttosto che avere ad oggetto la risoluzione del conflitto, facciano prevalere un'ottica repressiva del reato, rappresentando degli strumenti procedimentali mediante cui è possibile sanzionare delle forme di criminalità minore che sfuggirebbero alle gravose dinamiche processual-penalistiche classiche.

²⁶⁶ La mediazione penale ha fatto ingresso nel sistema processual-penalistico francese a partire dal 1993, attraverso un'avvolgente riforma la quale ha condotto all'inserimento, all'art. 41-1-5 del *Code de procédure pénale*, della previsione secondo cui il Procuratore della Repubblica (il corrispettivo del pubblico ministero italiano) potesse proporre alla vittima e all'autore del reato un percorso di mediazione in via preliminare circa la decisione fra l'esercizio dell'azione penale ovvero la richiesta di archiviazione incondizionata.

²⁶⁷ Con il presente termine si intendono quei casi in cui, compiendo un parallelismo con l'ordinamento processual-penalistico italiano, non sussistono gli elementi idonei a sostenere validamente l'accusa in giudizio, ovvero sussistano altre cause che legittimino la richiesta di archiviazione.

²⁶⁸ La riforma apportata con l. 2004-204 ha notevolmente ampliato il novero dei reati per cui si può procedere ad una mediazione in chiave alternativa all'esercizio dell'azione penale, ricomprendendovi:

- a) tutti i delitti puniti con pena pecuniaria ovvero con pena detentiva non superiore nel massimo a 5 anni;

ministero può optare per il non esercizio l'azione penale laddove egli compia una valutazione prognostica positiva circa l'efficacia del programma – concordato dalle parti in sede di mediazione – a garantire, alternativamente, la riparazione del danno, il superamento delle conseguenze dannose o pericolose comunque risultanti dal reato, ovvero a contribuire al reinserimento sociale dell'autore del reato²⁶⁹.

Prima di procedere alle considerazioni che seguiranno, è opportuno analizzare una delle questioni centrali dell'assetto normativo appena presentato, la quale rappresenta una delle maggiori divergenze con l'ordinamento giuridico processual-penalistico italiano: nell'ordinamento giuridico francese, infatti, non vige il principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale in capo al pubblico ministero ma, diversamente, vige il cosiddetto *principio dell'opportunità* dell'esercizio dell'azione penale. Di conseguenza, in Francia – diversamente da quanto accade nell'ordinamento giuridico domestico in ragione alle notevoli diversità strutturali presenti nell'ordinamento costituzionale interno – è riconosciuta nei confronti del Procuratore della Repubblica un'area di *discrezionalità controllata* nell'esercizio dell'azione penale, nelle cui dinamiche ricadono anche logiche di mera opportunità procedimentale.

In altri termini, come in precedenza anticipato, al binomio “*esercizio dell'azione penale – archiviazione incondizionata*”, l'ordinamento giuridico francese prevede l'aggiunta di una *terza via procedimentale*, rappresentata dal conferimento, in capo al Procuratore della Repubblica, della facoltà di procedere all'esperimento di procedure mediative – alternative all'esercizio dell'azione penale – dai cui esiti positivi potrebbe conseguire il mancato esercizio dell'azione penale²⁷⁰.

Sebbene l'istituto si fondi su un postulato giuridico non presente nell'ordinamento costituzionale domestico – quale il *principio di opportunità* dell'esercizio dell'azione penale –

b) tutte le contravvenzioni;

²⁶⁹ È quanto disposto dall'art. 40-1 del Codice di procedura penale francese.

²⁷⁰ Al riguardo, il condizionale è d'obbligo, dato che la circostanza che i programmi di mediazione giungano ad un esito positivo non comporta, automaticamente, l'estinzione dell'azione penale, in quanto questa rimane “congelata” durante l'espletamento delle procedure di mediazione, comportando anche la sospensione del decorso del termine di prescrizione del reato. Sul punto, è prezioso il contributo di I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, op. cit.; l'A. evidenzia come il permanere, in capo al Procuratore della Repubblica, della facoltà di esercitare comunque l'azione penale anche a seguito del positivo esperimento di programmi di mediazione sia una delle maggiori “*ombre*” del recepimento di istituti di giustizia riparativa entro l'ordinamento giuridico francese, al quale si aggiungono le seguenti circostanze:

- a) la funzione di mediatore è esperita dal Procuratore della Repubblica stesso;
- b) la previsione di poche garanzie, in favore dell'indagato, circa la riservatezza e la non utilizzabilità degli elementi emersi nel corso delle procedure stesse;
- c) la previsione, quale unica condizione di procedibilità, della prestazione di valido consenso solamente da parte della persona offesa, e non anche da parte dell'indagato, a seguito della riforma intervenuta con legge 769/2010;
- d) la presenza solo eventuale, e non doverosa, del difensore dell'indagato al momento dell'esperimento dei suddetti programmi di mediazione;

sono emerse in dottrina interessanti posizioni che spingono verso un ripensamento dell'utilità e dell'efficacia pratica di un meccanismo procedimentale che si basi su un'interpretazione assolutamente rigorosa del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

De lege ferenda, sono state avanzate interessanti proposte di riforma favorevoli all'introduzione di un meccanismo che, in luogo di un'obbligatorietà soltanto "formale" dell'esercizio dell'azione penale, favorisca l'introduzione di una c.d. *discrezionalità formalizzata*²⁷¹. A ben vedere, un istituto normativamente previsto che, alla stregua del modello francese e con gli opportuni correttivi, introducesse un *temperamento formalizzato* all'assolutezza del principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale²⁷² permetterebbe di compiere notevoli passi avanti verso una più solida legittimità costituzionale degli istituti mediante i quali procedere al recepimento dei programmi di giustizia riparativa nell'ordinamento giuridico domestico: in tal modo, potrebbe essere procedimentalizzata la facoltà di non esercitare l'azione penale dinanzi al positivo espletamento di procedure di mediazione penale – ovvero di altra tipologia sempre afferente al paradigma della giustizia riparativa – che, esperite in una fase antecedente rispetto al formale esercizio dell'azione penale, potrebbero pertanto assumere le forme di istituti di *diversion* procedimentale.

Rebus sic stantibus, l'obbligatorietà assoluta dell'esercizio dell'azione penale, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge, vieta in radice la possibilità di addivenire, in via interpretativa, alla teorizzazione di istituti di *diversion* procedimentale, fondati sul positivo esperimento di procedure mediative, che non siano esplicitamente previsti dalla legge²⁷³: ne

²⁷¹ *Ex multis*, si veda S. TIGANO, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, op. cit.; l'A., richiamando gli insegnamenti della Sent. 88/1991 della Corte costituzionale, afferma che un temperamento al principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale potrebbe derivare

²⁷² A ben vedere, un parallelismo può essere condotto, nell'ordinamento domestico, con il d. lgs. 274/2000, il quale, in relazione alla competenza penale del giudice di pace, ha inserito un "tentativo obbligatorio di conciliazione delle parti", da esperirsi ad opera del giudice stesso, il cui esito positivo, attestato tramite la redazione di processo verbale, comporta la remissione della querela o la rinuncia al ricorso. L'istituto presenta significativi punti di contatto con la mediazione prevista dall'ordinamento giuridico francese con valenza di *diversion* procedimentale; sussistono, tuttavia, anche importanti differenze:

- a) Il meccanismo interno di conciliazione dinanzi al giudice di pace è unicamente finalizzato alla remissione della querela o alla rinuncia al ricorso; pertanto, non presenta contenuti latamente riparativi quali quelli previsti dall'art. 40-1 c.p.p. francese, il quale dispone che l'esito positivo della mediazione può condurre all'archiviazione previa valutazione del procuratore della repubblica circa l'idoneità del programma, oggetto di accordo fra le parti, a garantire – alternativamente – la riparazione del danno, la cessazione del conflitto ovvero a contribuire al reinserimento sociale dell'autore del reato.
- b) Qualora il tentativo di conciliazione abbia esito favorevole, questo conduce, automaticamente, alla remissione della querela, o alla rinuncia del ricorso, le quali sono attestate nel processo verbale al pari dell'accettazione dell'altra parte, comportando la cessazione del giudizio e la non procedibilità ulteriore; diversamente, nel meccanismo di *diversion* procedimentale francese, l'esito positivo della mediazione non comporta l'automatica archiviazione, residuando comunque un margine di discrezionalità in capo al Procuratore della Repubblica circa l'esercizio dell'azione penale.

²⁷³ Sul punto, è prezioso il contributo di V. PATANÈ, *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, op. cit.; l'A., alla luce del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione

consegue un quadro normativo rigidamente bloccato su un principio che – se da una parte è foriero di importanti garanzie di indipendenza della magistratura e di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge – dall'altra crea non pochi problemi di carattere pratico, primo fra tutti un notevole aumento del carico processual-penalistico pendente, il quale – aumentando senza soluzione di continuità – aumenta il rischio di rispondere alla *domanda di giustizia* della società tardivamente e secondo modalità ritenute non più soddisfattive dai consociati.

La trattazione sin qui condotta si è soffermata sull'istituto della mediazione penale introdotta, nell'ordinamento francese, in funzione di *diversion* procedimentale in fase anteriore al formale esercizio dell'azione penale. La mediazione penale rappresenta, però, solamente uno dei molteplici programmi afferenti ai paradigmi di giustizia riparativa, i quali possono – anzi dovrebbero – trovare luogo in ogni stato e grado del procedimento, anche in fase esecutiva: l'ordinamento giuridico francese, in adempimento dei contenuti normativi della direttiva 2012/29/UE, ha proceduto ad un notevole ampliamento dei casi in cui è possibile esperire programmi di giustizia riparativa e delle rispettive tipologie.

Con la l. 896/2014 (comunemente definita: “*Loi Taubira*”), infatti – in esecuzione della già menzionata direttiva euro-unitaria – è stato introdotto nel Codice di procedure penale francese un apposito titolo dedicato ai programmi di giustizia riparativa, rubricato per l'appunto “*De la justice restaurative*”: il nuovo titolo, che si compone di un solo articolo – art. 10-1 c.p.p.²⁷⁴ – rappresenta una norma *a carattere programmatico*, essendo ben lontano dall'introdurre una disciplina dettagliata circa le concrete modalità di espletamento dei nuovi paradigmi di giustizia nell'ordinamento processual-penalistico vigente. Nonostante ciò, sussistono degli importanti spunti normativi di cui pare opportuno fornire un breve approfondimento; segnatamente, il punto di maggiore interesse – dal quale si può trarre spunto nella predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa nell'esercizio della delega conferita con legge n. 134/2021 – è da rinvenirsi nell'opzione legislativa di procedere all'introduzione di un apposito articolo, dedicato ai programmi di giustizia riparativa, direttamente nel codice di rito penale.

La scelta normativa è densa di significato, in quanto procede al pieno riconoscimento della legittimazione dei nuovi paradigmi riparativi entro le dinamiche processual-penalistiche classiche: a ben vedere, una simile soluzione normativa, almeno in punto di principio, è foriera

penale e del principio di stretta legalità penale, afferma che in tanto si potrebbe affermare una legittima facoltà del pubblico ministero di chiedere l'archiviazione, in quanto si riuscissero a “*individuare spazi normativi che, all'interno del procedimento legale-formale consacrino, anche processualmente, l'eventuale esito positivo della mediazione*”.

²⁷⁴ L'art. 10-1 del *Codé de procédure pénale* si limita, infatti, a disporre che è garantita, in ogni stato e grado del procedimento penale, compresa la fase esecutiva della pena, l'offerta di una misura di giustizia riparativa alla vittima e all'autore del reato che abbia riconosciuto il fatto di reato.

di una nuova prospettiva procedurale, la quale apre ad un doppio binario procedimentale che impone il dovere di enucleare, di norma attraverso l'adozione di atti amministrativi interni, le modalità concrete di raccordo dei due sistemi giuridici.

Al netto della trattazione sinora compiuta, nonostante le notevoli differenze intercorrenti fra i due ordinamenti giuridici, è evidente che dall'esperienza giuridica francese dedursi importanti spunti nell'esercizio della delega in materia di giustizia riparativa: non a caso, un notevole interessamento alla situazione giuridica francese era emersa anche dai lavori del Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, dai quali emergeva l'opportunità di guardare alle soluzioni normative *transalpine* per prendervi spunto tanto da un punto di vista sostanziale, che procedurale ed amministrativo-organizzativo dei nuovi servizi di giustizia riparativa²⁷⁵.

3.2 Le pratiche di giustizia riparativa nell'ordinamento belga: l'interessante prospettiva di una “*restorative detention*”

Da una panoramica complessiva dell'ordinamento giuridico belga emerge, a prima vista, la varietà delle forme con le quali gli istituti di giustizia riparativa sono stati oggetto di recepimento e di armonizzazione con il sistema processual-penalistico vigente.

Il suddetto ordinamento, per le ragioni che di seguito saranno enucleate, rappresenta uno degli esperimenti giuridici di maggior successo in punto di recepimento dei nuovi paradigmi riparativi: nel dettaglio, ciò che spicca maggiormente è la circostanza che, oltre ad un efficace recepimento normativo dei paradigmi riparativi, il legislatore belga ha manifestamente optato per una politica legislativa finalizzata a rendere la giustizia riparativa un vero e proprio *paradigma culturale*, incentivandone notevolmente la diffusione e la comprensione nel tessuto sociale²⁷⁶.

Ciò premesso, è opportuno procedere ad analizzare quella che risulta essere la caratteristica più peculiare dell'ordinamento giuridico belga in tema di recepimento degli istituti di giustizia riparativa: come in precedenza sottolineato, il livello di avanzamento di tale ordinamento in relazione all'introduzione dei nuovi paradigmi di giustizia emerge chiaramente dalla circostanza che, ad oggi, possa parlarsi addirittura di una sorta di *doppio binario* riparativo²⁷⁷,

²⁷⁵ Nel dettaglio, nella proposta n. 1 del Tavolo 13 degli Stati generali, fra le esperienze di diritto comparato alle quali pareva opportuno guardare, è ricompresa l'esperienza giuridica francese in punto di “*creazione di un istituto nazionale di sostegno delle vittime di reati [...] e quanto alla definizione normativa della nozione e delle finalità della giustizia riparativa, inserita dal legislatore nel codice di rito*”.

²⁷⁶ La diffusione di una vera e propria cultura della giustizia riparativa nel tessuto sociale, a ben vedere, è uno degli obiettivi posti dal Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale; segnatamente, fra gli obiettivi dei lavori, al n. 7 è disposto che si debba tendere a “*sensibilizzare la collettività circa i benefici che si associano all'adozione di una giustizia aperta alla riparazione e alla riconciliazione anche in termini di prevenzione della criminalità*”.

²⁷⁷ La felice locuzione è utilizzata da I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, op. cit., p. 1994; l'A. evidenzia come questa espressione sia addirittura riduttiva, essendo presenti, nel sistema giuridico belga, anche ulteriori programmi di mediazione, fra i quali la

il quale si fonda sulla predisposizione di due discipline distinte – quanto ai limiti oggettivi d’accesso, alle dinamiche procedurali agli scopi perseguiti – l’una in relazione alla “*médiation pénale*” e l’altra in merito alla “*médiation restaurative*”.

Sebbene la terminologia non dissimile possa risultare ingannevole, gli istituti presentano molte più divergenze che similarità. Al netto di una breve disamina, che sarà oggetto di maggior approfondimento nel corso del presente contributo, ciò che maggiormente spicca dall’analisi delle rispettive discipline normative è la netta diversità degli scopi alle quali le due procedure sono finalizzate: sebbene entrambe rappresentino, a tutti gli effetti, dei percorsi di mediazione in conseguenza della commissione di un fatto di reato, sussistono delle evidenti divergenze in relazione alla collocazione sistematica delle stesse nelle maglie del sistema processual-penalistico vigente.

In breve, la *médiation pénale* è uno strumento di *diversion* procedimentale, esperibile ancor prima del formale esercizio dell’azione penale, che presenta evidenti finalità deflattive del contenzioso; la *médiation restaurative*, invece, si propone come un modello di giustizia *parallelo* alle forme procedurali classiche e, da queste, denota un notevole grado di autonomia e indipendenza, potendo essere esperita anche al di fuori delle dinamiche processual-penalistiche classiche.

In relazione alla *médiation pénale*, è possibile condurre un solido parallelismo fra questa forma di mediazione e quella, analizzata in precedenza²⁷⁸, prevista nell’ordinamento francese dagli artt. 41-1 e 41-2 del *Code de procédure pénale* francese: entrambe, infatti, assurgono a strumento di *diversion* procedimentale, esperibile tanto in fase prodromica all’esercizio dell’azione penale, quanto in un momento successivo al formale esercizio della stessa.

La *médiation pénale*, infatti, si inserisce nelle dinamiche procedurali al termine delle indagini preliminari: in questa fase, infatti, ai sensi dell’art. 216-ter del *Code d’instruction criminelle*, in relazione ad una gamma di reati suscettibile di notevole espansione pratica²⁷⁹, il

“*mediazione locale o di polizia*”, la quale trova applicazione soprattutto in relazione a illeciti amministrativi risultanti da un processo di de-penalizzazione di talune fattispecie di reato.

²⁷⁸ *Ut supra*, Cap. II, § 3.1.

²⁷⁹ La *médiation pénale* è applicabile ai reati puniti, in concreto, con una pena detentiva non superiore a due anni; il criterio discrezionale adottato dal legislatore belga rappresenta una felice soluzione normativa, dal momento che il limite di pena è identificato in relazione alla pena che si andrebbe ad irrogare, dovendosi computare tenendo conto delle circostanze fattuali del caso specifico e al netto dell’applicazione di eventuali circostanze attenuanti. Di conseguenza, come fa notare I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, op. cit., p. 1994, sono suscettibili di mediazione, purché la pena da applicare in concreto sia non superiore a due anni di detenzione, anche fattispecie di reato di marcata gravità, punite con pena edittale fino a 20 anni di reclusione. La valutazione della pena da applicare in concreto è rimessa ad un giudizio del Procuratore del Re, il quale è tenuto al compimento di un giudizio prognostico che, come detto pocanzi, tenga conto anche della sussistenza di eventuali circostanze attenuanti suscettibili di applicazione.

Procuratore del Re²⁸⁰ può proporre alle parti – previo il consenso di entrambe²⁸¹ e solamente a condizione che l’indagato abbia ammesso la propria responsabilità in relazione ai fatti di reato oggetto d’imputazione – di esperire un programma di mediazione penale i cui esiti assumono notevole valenza in relazione all’opzione circa l’esercizio dell’azione penale ovvero la presentazione di una richiesta di archiviazione. Com’è logico dedurre, l’istituto in esame si inserisce in un sistema nel quale, diversamente dall’ordinamento giuridico domestico, al titolare dell’azione penale sono riconosciuti importanti margini di *discrezionalità formalizzata* circa l’opportunità di procedere, o meno, all’esercizio della stessa.

Qualora il programma di mediazione, condotto sotto il coordinamento del Procuratore del Re, sortisse esiti favorevoli nel raggiungimento di un accordo mediativo fra le parti, si realizza – automaticamente e senza alcun margine di discrezionalità residuale in capo al procuratore²⁸² – l’archiviazione del procedimento a seguito dell’adempimento degli obblighi assunti da parte dell’autore, la cui valutazione circa la correttezza e puntualità è rimessa al procuratore stesso. Diversamente, qualora il programma di mediazione sortisse esiti negativi, ovvero qualora l’autore non procedesse al corretto adempimento degli obblighi assunti in sede mediativa, il procuratore può decidere di optare per il formale esercizio dell’azione penale²⁸³.

La mediazione appena analizzata rientra, validamente, fra le tecniche di *diversion* procedimentale, avendo come finalità precipua il mancato esercizio dell’azione penale a fronte di un accordo mediativo, dai contenuti tanto riparatori quanto risarcitori, raggiunti fra le parti. Parallelamente a questo, lungo il “*doppio binario*” precedentemente descritto, si colloca,

²⁸⁰ Ossia il corrispettivo del pubblico ministero secondo l’ordinamento giuridico domestico.

²⁸¹ In questo elemento può rinvenirsi un importante punto di divergenza rispetto al similare istituto giuridico di mediazione penale previsto dall’ordinamento giuridico francese: in quest’ultimo, infatti, a seguito della riforma intervenuta con legge n. 769/2010, è caduta la previsione di una condizione di procedibilità, prima presente, nel necessario consenso prestato da entrambe le parti a procedere secondo programmi di mediazione, residuando invece la sola previsione di una *conditio sine qua non* nella prestazione del consenso ad opera della sola vittima del reato, divenendo irrilevante la volontà dell’autore del reato; diversamente, il sistema belga ha da sempre posto alla base della disciplina della *médiation pénale* una sostanziale equità procedimentale delle parti, richiedendo da sempre il necessario consenso – volontario ed informato – di entrambe le parti.

²⁸² È questa un ulteriore punto di divergenza fra la *médiation pénale* belga e il corrispettivo istituto francese: la disciplina di quest’ultimo, infatti, dispone che, anche a seguito raggiungimento di un accordo mediativo fra le parti, il Procuratore della Repubblica continua a disporre della discrezionalità di decidere se esercitare o meno l’azione penale, secondo le logiche proprie del principio di opportunità dell’esercizio dell’azione penale; in altri termini, il positivo esperimento del programma di mediazione non assicura, all’autore del reato, la circostanza che non verrà esercitata, nei suoi confronti, l’azione penale.

²⁸³ Una simile dinamica verrebbe a realizzarsi anche qualora la persona offesa, nel corso del programma di mediazione, decidesse di disinvestire il procuratore della procedura in corso, revocando il proprio consenso a partecipare, ed esercitando l’azione di danno civile nascente dal reato dinanzi al giudice civile, ovvero citando direttamente a giudizio l’indagato. È interessante notare come tale facoltà sia prevista unicamente in favore della vittima, in quanto l’autore (indagato) non ha facoltà di disinvestire il procuratore della procedura, ritrattando il consenso precedentemente manifestato: questo – secondo I. GASPARI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, op. cit., p. 1995 – rappresenta uno dei pochi punti di irragionevole disparità procedimentale fra le parti in una disciplina complessivamente ben bilanciata.

invece, la *médiation restaurative* – o *réparatrice* – la quale si discosta notevolmente dalle finalità precipuamente deflattive²⁸⁴ del meccanismo di *diversion* sopra riportato.

Questa rappresenta la maggior peculiarità dell'ordinamento giuridico belga, in quanto crea una dimensione procedurale che – snodandosi lungo dinamiche del tutto autonome rispetto alle dinamiche processual-penalistiche – favorisce la massima realizzazione degli ideali propri del nuovo paradigma di giustizia riparativa. La *médiation restaurative* è stata introdotta nel sistema penale belga attraverso un progetto di riforma intervenuto nel 2005: l'importanza dell'istituto è sottolineata dalla circostanza che vi è stato dedicato il Titolo VI del Libro II del *Code d'instruction criminelle*, rubricato appunto “*De la médiation*”.

La disciplina codicistica è improntata alla massima espansione dell'applicabilità dei programmi riparativi ivi previsti; segnatamente, le implicazioni di maggior rilievo possono essere così riassunte:

- a) I programmi ivi previsti possono essere esperiti in ogni stato e grado del procedimento, anche in fase esecutiva e, addirittura, anche laddove un procedimento penale non sia stato instaurato, ovvero si sia concluso – con qualunque esito processuale – qualora le parti intendano volontariamente esperire un percorso riparativo che ritengano essere utile per il regolamento dei propri interessi.
- b) Diversamente dalla *médiation pénale* classica, i programmi riparativi possono essere esperiti per qualunque fattispecie di reato, non essendo previsto alcun limite di pena in relazione alla gravità della fattispecie concreta.
- c) Sebbene le procedure di *médiation restaurative* siano normativamente sciolte dalle dinamiche processual-penalistiche, dei rispettivi esiti positivi è possibile tenerne conto anche in fase procedimentale, potendo le parti – qualora le procedure di mediazione siano esperite in una fase *ante iudicatum* – volontariamente e senza alcun obbligo normativo in tal senso rendere l'organo giudicante procedente edotto degli esiti raggiunti in fase di mediazione, dei quali questi può – ma non deve – tenerne conto soprattutto in sede di commisurazione della pena; diversamente, qualora le suddette procedure siano esperite in fase *post iudicatum*, gli esiti favorevoli possono essere presi in considerazione per la concessione di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione, previa audizione della vittima da parte del *Tribunal de l'application des peines*, ossia il corrispettivo del Tribunale di sorveglianza domestico.

²⁸⁴ Al pari di quanto verificatosi nell'ordinamento giuridico francese, secondo buona parte della dottrina – fra cui I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, op. cit., la quale riporta I. AERTSEN, *Belgium*, op. cit., p. 49 – procedure come la *médiation pénale* presentano un cosiddetto “*net widening effect*”, ponendosi in sostanza quale strumento alternativo finalizzato, oltre che a soddisfare esigenze deflattive e di economia processuale, anche a fornire una risposta a quei fenomeni di microcriminalità che sfuggirebbero alle dinamiche sanzionatorie classiche, riducendo la percentuale di impunità.

Le maggiori novità della suddetta disciplina emergono soprattutto in sede esecutiva della pena, in quanto sono stati da tempo avviati dei programmi di *médiation pénitentiaire*, i quali hanno sensibilmente aumentato il contenuto riparativo della sanzione penale detentiva²⁸⁵. In siffatto modo, ha progressivamente fatto ingresso nel sistema esecutivo belga il concetto di “*restorative detention*”, ossia di “*detenzione in ottica riparativa*”, la quale è stata fortemente incentivata dall’istituzione, presso ogni istituto esecutivo della pena, di un mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa, denominato “*consulente per la giustizia riparativa*”²⁸⁶. Questi, diversamente da quanto avviene per il procuratore in sede di *diversion* procedimentale, non dispone di poteri di iniziativa procedimentale per avviare l’espletamento di programmi di mediazione in sede esecutiva, né tantomeno ha un potere concreto di proposta circa i programmi di mediazione idonei alle parti, bensì svolge un ruolo fondamentale nella promozione di una “*cultura, abilità e programmi che dessero spazio ai bisogni delle vittime e a risposte riparative*”²⁸⁷.

In definitiva, il modello belga presenta numerosi spunti da cui attingere per procedere, nell’esercizio della delega in seno alla riforma c.d. *Cartabia*, alla predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa. Segnatamente, i punti di maggior rilievo sono da rinvenirsi nella promozione di un movimento *culturale* – oltre che *normativo* – finalizzato a fare dei nuovi paradigmi di giustizia, soprattutto in fase esecutiva della pena, uno strumento per la valorizzazione della cultura del rispetto e della riparazione del danno sociale, in una dimensione superindividuale e collettiva che superi le logiche *retribuzioniste*, *risarcitorie* e *individualiste* sulle quali l’assetto vigente si basa.

²⁸⁵ Come riporta I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, op. cit., p. 1997-1998, l’art. 9, § 2 della legge di riforma intervenuta nel 2005, introduttiva della *médiation restaurative*, sancisce espressamente che l’esecuzione delle pene detentive deve tendere alla rieducazione del condannato in ottica della “*riparazione del danno causato alle vittime*”. A ben vedere, il medesimo finalismo della massima sanzione penale, fondato sulla centralità degli istituti riparativi in sede esecutiva di pene detentive, era stato avanzato anche nel corso del progetto di riforma intrapreso con il disegno di legge n. 2798/2014, nel quale si affermava – all’art. 26, lett. d) – che si dovesse procedere alla: “*previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario, sia nell’esecuzione delle misure alternative alla detenzione*”.

²⁸⁶ La figura di cui si è appena dato conto è stata vista con grande interesse anche dal Tavolo n. 13 degli Stati Generali dell’esecuzione penale; segnatamente, nel novero delle esperienze comparatistiche ritenute di grande utilità nella predisposizione di una disciplina organica della giustizia riparativa, i componenti della commissione hanno evidenziato come sia da tenere in grande considerazione il modello belga, soprattutto per quanto attiene alla “*designazione di un consulente in giustizia riparativa per ogni istituto penitenziario*”.

²⁸⁷ È di questa opinione I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, op. cit., p. 1998, la quale cita le parole di I. AERTSEN, *Restorative Prisons: where are we heading?*, in T. BARABÁS, B. FELLEGI, S. WINDT (a cura di), *Responsibility-taking, Relationship-building and Restoration in Prisons. Mediation and restorative justice in prison setting*, Budapest, 2012, p. 268.

3.3 Le pratiche di giustizia riparativa in Austria e Germania: il *recepimento condizionato* degli ideali riparativi entro istituti di *diversion* processuale

Gli ordinamenti giuridici di Austria e Germania hanno rappresentato – e tuttora continuano a rappresentare – dei modelli giuridici in punto di recepimento degli istituti di giustizia riparativa nel sistema processual-penalistico classico. Segnatamente, nei due ordinamenti si è chiaramente verificato un lampante fenomeno di “*recepimento condizionato*”: è evidente, infatti, che il recepimento dei programmi di giustizia riparativa sia avvenuto predisponendo delle discipline organiche che assegnano loro ulteriori funzioni – di natura prettamente procedimentale – che di norma sono del tutto estranee agli ideali propri della teoria della giustizia riparativa ontologicamente intesa.

Procedendo con ordine, appare opportuno analizzare i due ordinamenti esteri singolarmente, al fine di individuare degli spunti normativi che possano risultare utili ai fini della predisposizione di una disciplina organica domestica, in materia di giustizia riparativa, nell’esercizio della delega conferita con legge n. 134/2021.

L’ordinamento giuridico austriaco vanta, ormai, una lunghissima esperienza giuridica in materia di giustizia riparativa: a partire da un’importante riforma del processo penale, intervenuta nel 1999, il sistema giuridico austriaco ha aperto le sue porte all’ingresso di numerosi istituti di giustizia riparativa. A ben vedere, nella giustizia penale ordinaria sono presenti diverse previsioni, intrise dei valori propri dei paradigmi di *restorative justice*, le quali rispondono a finalità giuridiche differenti: da una parte, si collocano quegli istituti riparativi che, assolvendo ad una funzione di *diversion* processuale, hanno la finalità di instaurare dei meccanismi procedimentali che evitano l’instaurazione di un processo penale ordinario; d’altra parte, invece, le stesse misure riparative che assolvono ad una funzione di *diversion* possono, in sede di cognizione, costituire il contenuto delle prescrizioni che accompagnano la sentenza di condanna²⁸⁸.

Ai fini della presente trattazione, appare senz’altro più opportuno rivolgere l’attenzione sull’utilizzo degli istituti riparativi in chiave di *diversion* processuale, essendo l’altra categoria oggetto di un maggiore approfondimento, nel prosieguo dell’elaborato, nel corso dell’analisi della proposta di tendere verso l’inserimento, nell’ordinamento domestico, di una cosiddetta “*pena prescrittiva*”²⁸⁹.

L’ordinamento austriaco ha adottato, infatti, delle *audaci* soluzioni normative finalizzate alla massima valorizzazione dei contenuti riparativi nell’ottica di evitare l’instaurazione del rito

²⁸⁸ La bipartizione è proposta da G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 208-209.

²⁸⁹ Come riportato in precedenza, la locuzione è stata coniata da L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, op. cit.; per un maggiore approfondimento sulla concezione di una “pena prescrittiva”, si veda Cap. III, § 3.

penale ordinario: in presenza di puntuali requisiti oggettivi, l'ordinamento offre la possibilità di intraprendere una procedura informale che conduce all'applicazione di una misura alternativa alle classiche sanzioni penali, connotata da un elevato grado di individualizzazione in relazione allo specifico reato commesso²⁹⁰.

Nel disegno procedimentale austriaco, i poteri d'iniziativa affinché si proceda nelle forme di uno degli istituti di *diversion* sono riconosciuti tanto al pubblico ministero, in fase di chiusura delle indagini preliminari e anteriormente al formale esercizio dell'azione penale, quanto al giudice procedente in fase di cognizione, una volta che l'azione sia stata esercitata²⁹¹.

Nel dettaglio, sono molteplici i requisiti di carattere oggettivo che legittimano l'applicazione di un istituto di *diversion* processuale: a ben vedere, una simile impalcatura normativa non risponde ai criteri d'accesso ai programmi di giustizia riparativa fissati dagli atti normativi sovranazionali, i quali – in chiave di *massima accessibilità* – invitano gli Stati a non prevedere ingenti limiti di carattere oggettivo alla possibilità di accedere ai suddetti programmi riparativi. I requisiti d'accesso possono essere in tal modo riassunti:

- a) È necessario che si proceda per un reato punito con la reclusione nel massimo non superiore a cinque anni, il che comporta una procedibilità ridotta ai reati espressivi di *bassa o media criminalità*.
- b) Dalle indagini preliminari devono essere emersi elementi probatori sufficientemente chiari nel dimostrare tanto la sussistenza del fatto di reato, quanto la riconducibilità dello stesso all'indagato/imputato, tali da sostenere un rinvio a giudizio²⁹²; al contempo, è necessario che dal quadro probatorio non sia possibile desumere l'applicabilità dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto.

²⁹⁰ È di questa opinione, K. SUMMERER, "*Diversion*" e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 1- 2018, p. 157; l'A. evidenzia come, rispetto alle sanzioni penali ordinarie, i contenuti delle prestazioni alternative, a forte connotato riparativo, tengono conto delle circostanze e del contesto in cui si è realizzato il fatto di reato, nonché delle difficoltà e delle debolezze dell'autore che hanno avuto una funzione criminogenetica, e conferiscono alla vittima un attivo coinvolgimento, tanto in ottica del soddisfacimento dei propri interessi, quanto in ottica di risanamento della frattura sociale cagionata dal reato.

²⁹¹ Tali soggetti, in presenza dei requisiti oggettivi di cui si dirà, devono altresì valutare se alla rinuncia a procedere non si oppongano ragioni special-preventive ovvero general-preventive; è di questa opinione K. SUMMERER, "*Diversion*" e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, op. cit., p. 160.

²⁹² Come sostiene K. SUMMERER, "*Diversion*" e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, op.cit., dalla giurisprudenza formatasi in merito emerge, di fatto, fra le condizioni di procedibilità, la circostanza che, dal quadro probatorio, al netto di un accertamento sommario "allo stato degli atti", appaia come molto probabile la condanna dell'indagato/imputato. Secondo l'A., una simile condizione è emersa dalla pratica giurisprudenziale in ragione della circostanza che altrimenti, laddove la condanna – per la presenza di cause di giustificazione, cause di esclusione della punibilità, ovvero anche per la presenza di un quadro probatorio debole o lacunoso – non risultasse altamente probabile, non sarebbe giustificabile l'imposizione a carico dell'indagato/imputato degli obblighi risultanti al netto dell'applicazione di un meccanismo di *diversion*.

- c) La colpevolezza dell'indagato/imputato deve risultare “*non grave*”, requisito questo oggetto di valutazione allo stato degli atti, in relazione agli elementi probatori emersi nel corso delle indagini preliminari.
- d) Dal fatto di reato non deve essere derivata – dolosamente o colposamente – la morte di una persona: tale circostanza è ritenuta, di per sé, un indicatore di maggior gravità del reato che osterebbe alla rinuncia a procedere, sia per ragioni general-preventive che special-preventive.
- e) È necessario il consenso, informato e validamente prestato, tanto della persona offesa quanto dell'imputato/indagato a procedere secondo forme di *diversion* processuale. In relazione alla figura dell'indagato/imputato, non è necessaria un'ammissione di responsabilità esplicita circa la commissione del fatto di reato per cui si procede, la quale violerebbe la presunzione di non colpevolezza vigente nell'ordinamento giuridico austriaco.

Una volta esposte, per sommi tratti, le linee procedimentali degli istituti di *diversion*, ciò che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione sono i contenuti, riparativi o meno, che i meccanismi di *diversion* presentano: si fa qui riferimento alla fase di determinazione del contenuto degli obblighi che l'indagato/imputato – dinanzi alla rinuncia a procedere nei suoi confronti – è tenuto a adempiere entro un termine prefissato dall'autorità giudiziaria competente, onde poter beneficiare degli effetti estintivi dell'azione penale.

Al riguardo, l'ordinamento giuridico austriaco prevede un catalogo di obblighi e prescrizioni dai quali è possibile attingere al fine di “*individualizzare*” i contenuti della misura in relazione alle peculiarità dell'autore del reato; nel determinare le prescrizioni, la legge prevede che l'autorità giudiziaria possa essere affiancata da un soggetto esperto in mediazione e dai servizi sociali. I contenuti degli obblighi sono molto variegati: *ex multis*, non tutti presentano un contenuto *effettivamente* riparativo, in quanto taluni di essi rispondono piuttosto a logiche di deflazione del contenzioso e di economia processuale²⁹³. Contenuti maggiormente riparativi si rinvencono, invece, in talaltre misure, fra cui spiccano la prestazione di lavoro di pubblica utilità²⁹⁴, la messa alla prova e la mediazione.

Ai fini della presente trattazione, appare opportuno focalizzarsi sulla procedura di mediazione *reo-vittima*, la quale, fra le misure appena elencate, risulta essere quella che presenta contenuti

²⁹³ Fra questi rientra senz'altro il pagamento di una somma alle casse dello Stato; tale misura – secondo K. SUMMERER, “*Diversion*” e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, op. cit., p. 165 – è applicata più frequentemente in relazione a episodi di micro-criminalità, soprattutto in relazione ai reati contro il patrimonio, ma presenta connotati scarsamente riparativi, essendo prediletta soprattutto per la sua comodità pratica.

²⁹⁴ Secondo K. SUMMERER, “*Diversion*” e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, op. cit., tale misura è applicata soprattutto in relazione a quei fatti di reato non diretti nei confronti di una persona specifica, ovvero quando una vittima non è identificabile.

maggiormente riparativi, oltre che garantire un maggiore coinvolgimento attivo della vittima: lo scopo della stessa è infatti raggiungere un *accordo mediativo*, al netto del quale entrambe le parti ritengano soddisfatti i propri interessi, che permetta inoltre di risanare la frattura sociale derivante dalla commissione del reato. Una siffatta misura incarna, a pieno, gli ideali riparativi: è evidente la dimensione *super-individualistica* dell'istituto, il quale – sebbene presenti una componente intrinsecamente economica fondata sull'obbligo di riparazione o risarcimento del danno secondo le capacità dell'autore – dimostra una spiccata attenzione tanto verso le dinamiche *sociali e comunitarie*, quanto verso la *sfera personale* della vittima, la quale è posta in condizione di esporre e manifestare le conseguenze, psicologiche e morali, derivanti dal fenomeno di vittimizzazione²⁹⁵.

Una volta analizzate le strategie normative di recepimento degli istituti di giustizia riparativa nell'ordinamento giuridico austriaco, appare opportuno muovere l'attenzione sul sistema giuridico tedesco, il quale, ormai dagli anni '90, ha efficacemente implementato istituti di giustizia riparativa in chiave di *diversion* processuale, secondo un percorso normativo non dissimile da quello pocanzi esaminato in Austria.

Procedendo con ordine, ciò che spicca maggiormente in tale sistema giuridico è la circostanza secondo cui si è venuto a creare una sorta di *binomio* indissolubile fra giustizia riparativa e mediazione penale, di tal che la maggior parte dei contenuti riparativi sono filtrati, nelle pieghe dell'ordinamento, attraverso la previsione di procedure mediative *reo-vittima* in chiave di *diversion* processuale.

Inizialmente previste soltanto in relazione a forme di criminalità minorile, le pratiche di mediazione *reo-vittima* sono state successivamente introdotte anche nella giustizia penale ordinaria: nel sistema vigente si delinea un meccanismo nel quale, in presenza di stringenti limiti di carattere oggettivo²⁹⁶ – legati tanto alla gravità del fatto di reato, quanto al grado di colpevolezza dell'autore – su iniziativa del pubblico ministero, previo consenso dell'indagato/imputato e previo controllo di legittimità del giudice procedente²⁹⁷, è possibile

²⁹⁵ Come evidenziato da K. SUMMERER, “*Diversion*” e giustizia riparativa. *Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, op. cit., l'istituto della mediazione presenta “non solo un elevato grado di efficacia special-preventiva, ma anche un significativo effetto stabilizzante da un punto di vista general-preventivo”. L'A. evidenzia come sebbene l'istituto veda il proprio perno nel ristoro della dimensione economica della vittima, mediante l'adempimento dell'obbligo di restituzione ovvero risarcimento del danno in suo favore, la prassi evidenzia come, in alcuni casi, siano ammesse anche prestazioni simboliche, quali prestazioni sostitutive in favore della vittima, ovvero presentazioni simboliche, quali la richiesta di scuse per il danno arrecato al netto di un percorso dialogico guidato dal mediatore, laddove questa sia ritenuta soddisfacente dalla vittima.

²⁹⁶ In primo luogo, l'istituto è applicabile solamente in relazione a reati espressivi di microcriminalità (i cosiddetti *Vergehen*), laddove la gravità della condotta o il grado di colpevolezza non dimostrino che l'indagato/imputato sia meritevole dell'applicazione della sanzione penale.

²⁹⁷ Secondo E. M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., n. 4 – 2015, p. 1975, il controllo giurisdizionale, da parte del giudice procedente, sull'iniziativa del pubblico ministero ha ad oggetto la legittimità sostanziale dell'istituto – riferendosi

procedere all'archiviazione conseguente all'imposizione, nei confronti dell'autore, dell'obbligo di procedere all'adempimento di condotte di natura riparativa e compensativa.

Perno fondamentale dell'istituto è il consenso delle parti: per tale ragione, incombe un gravoso obbligo informativo, in capo all'autorità giudiziaria procedente, di portare le parti a conoscenza della possibilità di procedere secondo forme di *diversion* processuale fin dal primo contatto con le stesse, affinché queste compiano una scelta ponderata e consapevole: qualora la vittima non presti consenso a procedere nelle suddette forme, è comunque possibile che l'autorità giudiziaria, stanti i presupposti oggettivi, ritenga opportuno procedere secondo forme di *diversion* processuale aventi contenuti prescrittivi diversi²⁹⁸ dallo svolgimento di procedure di mediazione. A fronte del consenso validamente prestato dalle parti, viene disposto un termine entro cui l'indagato/imputato è tenuto all'adempimento delle prescrizioni riparative, risarcitorie e compensative, in favore della vittima, oggetto di accordo mediativo: l'esito positivo comporta l'archiviazione del procedimento, la quale rimane sospesa – e, pertanto, revocabile – lungo il decorso del termine per adempiere.

In definitiva, gli ordinamenti giuridici sopra analizzati offrono delle interessanti prospettive normative suscettibili di essere – per il legislatore delegato italiano – di grande utilità alla luce dell'esercizio della delega in tema di giustizia riparativa nell'ordinamento domestico: segnatamente, i due ordinamenti presentano delle strategie normative consolidate che hanno condotto alla creazione di uno stabile *binomio* fra dinamiche processual-penalistiche classiche e dinamiche riparative – specialmente a carattere mediativo – tale che si è venuta a realizzare una *piena integrazione* tra mediazione e processo penale²⁹⁹.

alla sussistenza di tutti i requisiti di carattere oggettivo – nonché la legittimità del consenso prestato dalle parti, il quale deve essere volontario ed informato. A ben vedere, tale controllo giurisdizionale rappresenta un'importante differenza sistematica rispetto al corrispettivo istituto nell'ordinamento giuridico austriaco, poiché in quest'ultimo si registrano poteri di iniziativa autonoma del pubblico ministero e del giudice procedente: in altri termini, il pubblico ministero può disporre l'applicazione di un istituto di *diversion* senza il vaglio del giudice, il quale, del pari, può fare lo stesso, in fase di cognizione, senza il consenso del pubblico ministero.

²⁹⁸ Dalla panoramica effettuata da E. M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, op. cit., p. 1973, gli ulteriori contenuti riparativi, che non assumano forme di mediazione penale, possono essere riassunti in partecipazione a corsi di formazione presso strutture sociali ovvero altre prestazioni da svolgersi in favore della vittima; sono, inoltre, stati avviati dei progetti-pilota per vagliare l'opportunità di introdurre, fra i contenuti riparativi, anche i *peace-making circles*, i quali presentano anche un importante livello di coinvolgimento della comunità.

²⁹⁹ È di questa opinione G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 208.

CAPITOLO III

L'efficientamento del sistema sanzionatorio e della fase esecutiva della pena nella riforma c.d. *Cartabia*: il superamento della pena detentiva *breve* nell'ottica dell'introduzione di una pena *prescrittiva*

SOMMARIO: 1. L'efficientamento del sistema processuale attraverso la valorizzazione delle condotte riparatorie – 1.1 L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: l'ampliamento dello spettro applicativo dell'art. 131-*bis* c.p. nel segno della valorizzazione delle condotte riparatorie *post factum* – 1.2 La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato: la valorizzazione dell'istituto di *probation* in chiave riparativa – 1.3 L'estinzione delle contravvenzioni per l'adempimento di condotte riparatorie: la procedimentalizzazione di una deroga all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale? – 2. Verso il superamento della pena detentiva *breve* nella legge delega alla riforma c.d. *Cartabia* – 2.1 L'aggiornamento del catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva *breve* – 2.2 Il nuovo limite temporale della pena detentiva *breve*: un cambio di paradigma nei rapporti fra giurisdizione di cognizione e giurisdizione di sorveglianza? – 2.3 I criteri applicativi delle nuove pene sostitutive: lo spettro dell'operatività degli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit. in relazione alla semilibertà e alla detenzione domiciliare in funzione di pene sostitutive – 3. Verso la teorizzazione normativa di una pena *prescrittiva*? – 3.1 La pena *prescrittiva* come leva per la “*sussidiarizzazione del carcere*”: verso la teorizzazione di pena *personalizzata* ad alto contenuto rieducativo? – 3.2 I contenuti normativi e le modalità applicative del nuovo paradigma di pena: possibili dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di determinatezza della pena? – 3.3 La pena *prescrittiva* nei criteri direttivi della riforma c.d. *Cartabia*: un'occasione persa?

1. L'efficientamento del sistema processuale attraverso la valorizzazione delle condotte riparatorie

1.1 L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: l'ampliamento dello spettro applicativo dell'art. 131-*bis* c.p. nel segno della valorizzazione delle condotte riparatorie *post factum*

Lo spirito riformatore di cui la legge-delega n. 134/2021 si fa portatrice si estende alla generale razionalizzazione del sistema processual-penalistico: una finalità complessa che, nell'ottica di un effettivo efficientamento delle dinamiche accertative di un fatto di reato, non può prescindere dal transitare attraverso quegli istituti che, *rebus sic stantibus*, aprono le porte alla valorizzazione delle condotte riparatorie al fatto di reato posto in essere.

Il legislatore delegante ha inteso muovere i primi passi della riforma dalla significativa riduzione del sovraccarico procedimentale avente ad oggetto le più *ingombranti* forme di criminalità “*bagattellare*”: a ben vedere, in quest’ottica di smaltimento del carico procedimentale rispondente a eminenti finalità di economia processuale e di deflazione del contenzioso pendente, la legge-delega procede a quello che, nelle pagine precedenti, è stato definito come un *recepimento condizionato* dei nuovi paradigmi afferenti alle interessanti teorie della giustizia riparativa. In altri termini, in un contesto politico-criminale nel quale lo scopo di addivenire ad una “*disciplina organica*” della giustizia riparativa si pone quale “*fiore all’occhiello*”³⁰⁰ dell’intero progetto di riforma, per facilitare il recepimento dei paradigmi riparativi è necessario – almeno in un disegno normativo da attuare nel *breve periodo* – filtrarli e valorizzarli nelle forme degli istituti già presenti nell’ordinamento giuridico vigente, assegnando loro anche finalità ad essi teoricamente estranee – quali quelle di razionalizzazione del sistema processual-penalistico e di perseguimento di ragioni di deflazione del contenzioso pendente.

In un quadro simile, uno degli istituti che il legislatore delegante ha individuato per favorire l’*osmosi giuridica* dei contenuti riparativi nelle dinamiche processual-penalistiche vigenti è rappresentato dall’istituto dell’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, previsto all’art. 131-bis c.p.: a ben vedere, la collocazione sistematica³⁰¹ della norma evidenzia le peculiari potenzialità di cui l’istituto è proprio, presentando tanto caratteri di natura sostanziale, quanto risvolti di natura procedimentale³⁰². Data la sua notevole versatilità in chiave applicativa, il legislatore delegante ha ritenuto di intervenire sulla disciplina dell’istituto, favorendo, da una parte, l’ampliamento del perimetro applicativo e, dall’altra, la valorizzazione delle condotte riparatorie *post factum* quali momenti qualificanti di un *iter* procedimentale che potrebbe condurre, in ragione delle stesse, al non esercizio dell’azione penale.

Orbene, poiché le tematiche risultano molteplici e dense di implicazioni pratiche, appare opportuno procedere analizzando precedentemente le questioni afferenti all’ampliamento dello

³⁰⁰ L’espressione è mutuata dal prezioso contributo di E. A. A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell’ambito della legge delega Cartabia*, op. cit.

³⁰¹ La dimensione “*ibrida*” dell’art. 131-bis c.p. si evince dalla collocazione sistematica della norma, precisamente nel Libro I, Titolo V, capo I, rubricato “*Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena*”; dalla rubrica si evince, infatti, come l’istituto, sebbene presenti natura prettamente sostanziale, abbia influenza anche in fase applicativa della pena, ponendosi a cavallo fra la parte sostanziale e quella propriamente procedimentale. Tale dimensione è ancor più evidente dalla previsione, all’art. 411, co. 1 c.p.p. di un motivo legittimante la richiesta di archiviazione nell’applicabilità, nei confronti dell’indagato, della causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 131-bis c.p.

³⁰² A ben vedere, il medesimo istituto figura, seppur con connotati parzialmente distinti, in molti ordinamenti europei afferenti alla tradizione giuridica di *civil law* – fra tutti, spiccano Austria e Germania – nei quali ha rappresentato uno strumento per perseguire funzioni di razionalizzazione procedimentale, nonché per incentivare l’ingresso di contenuti riparativi in chiave di esclusione della punibilità.

spettro applicativo della norma, per poi virare sulle implicazioni pratiche che ciò comporta anche in ottica della valorizzazione di momenti riparatori delle conseguenze del reato.

L'art. 1, co. 21 della legge-delega n. 134/2021 – finalizzato alla modifica dell'art. 131-bis c.p. – è scindibile in due segmenti: il primo è dedicato ad un generale ridimensionamento *in melius* della portata applicativa della causa di esclusione della punibilità, la quale – se da una parte è oggetto di un complessivo ampliamento dei criteri oggettivi di applicabilità legati alla cornice edittale della fattispecie per cui si procede – dall'altra è soggetta ad una restrizione delle condizioni “*soggettive*” legate alle concrete modalità esecutive del fatto; il secondo, invece, in linea con il *leit motiv* proprio di tutto il disegno riformatore, è finalizzata alla valorizzazione delle condotte riparatorie *post factum* in chiave di non punibilità di quelle fattispecie di reato connotate da una sensibile tenuità dell'offesa prodotta.

La prima innovazione di notevole rilievo consiste nella modifica delle condizioni oggettive di applicabilità della norma in relazione alla cornice edittale della fattispecie di reato per cui si procede: segnatamente, la disciplina vigente – all'art. 131-bis c.p., co. 1 – dispone che l'istituto sia applicabile, laddove sussistano gli altri requisiti legati alle concrete modalità di commissione del fatto di reato, solamente in relazione a quei reati per cui sia prevista la pena detentiva nel massimo non superiore a 5 anni, ovvero la pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena. Le direttrici della riforma, in accoglimento delle istanze manifestate dalla dottrina maggioritaria³⁰³, dispongono che tale limite di carattere oggettivo sia modificato nel senso di prevedere l'applicabilità dell'istituto per i reati puniti con pena detentiva nel minimo non superiore a due anni. La modifica è consistente, in quanto il legislatore delegante ancora l'applicazione della norma non più ad un tetto massimo edittale – spesso non eccessivamente affidabile nell'individuazione della *gravità ontologica* di una fattispecie di reato – quanto al minimo edittale di pena, suscettibile invece di fornire indicazioni maggiormente significative ed accurate su quanto l'entità del disvalore possa tendere verso livelli di immeritevolezza della sanzione penale secondo logiche di razionalizzazione del sistema penale³⁰⁴.

È ragionevole ritenere, come da più parti evidenziato³⁰⁵, che la suddetta modifica dei criteri oggettivi di applicazione della causa di esclusione della punibilità sia stata principalmente guidata dalla volontà di recepire le indicazioni fornite da una recente pronuncia della Corte costituzionale – sentenza n. 156 del 2020 – la quale ha sollevato seri dubbi circa la manifesta irragionevolezza di una disposizione che regolasse l'applicabilità di una causa di non punibilità, incentrata sulla tenuità del danno, in ragione del massimo edittale piuttosto che del minimo

³⁰³ Cfr. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”, in Sistema Penale*, 15 ottobre 2021.

³⁰⁴ Cfr. F. LOMBARDI, *Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.). Riflessioni sparse*, in *Penale Diritto e Procedura*, 30 agosto 2021.

³⁰⁵ Cfr. F. LOMBARDI, *ibidem*.

edittale di pena, il quale viene complessivamente ritenuto un elemento di giudizio maggiormente affidabile nel definire la gravità ovvero il grado di offensività di una fattispecie di reato nel giudizio circa l'immeritevolezza dell'applicazione di una sanzione penale, pur in presenza di un livello minimo di offensività della condotta al bene giuridico tutelato³⁰⁶.

Ciò premesso, è ragionevole ritenere che la modifica normativa produrrà un impatto significativo in direzione dell'ampliamento del novero di reati suscettibili di applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis, il quale si presta ad essere un'importante chiave di lettura in chiave di razionalizzazione ed efficientamento del sistema processual-penalistico complessivamente considerato.

D'altra parte, in merito all'ambito applicativo del medesimo articolo, è da registrare un'altra importante direttrice nell'esercizio della delega, la quale – diversamente dalla precedente – limita l'applicabilità della suddetta causa di esclusione della punibilità in ragione della verifica di particolari circostanze, di natura oggettiva o soggettiva, che rendono l'offesa meritevole di sanzione penale. A ben vedere, la suddetta direttrice è finalizzata ad ampliare il novero delle ipotesi – previste all'art. 131-bis c.p., co. 2 – le quali ostano, senza alcuna deroga, all'applicazione della causa di non punibilità in parola. Segnatamente, l'art. 1, co. 21, lett. a), secondo paragrafo della legge-delega n. 134/2021 dispone che il legislatore delegato ha facoltà di prevedere nuove ipotesi, ulteriori a quelle già previste al co. 2 dell'art. 131-bis c.p., al verificarsi delle quali l'offesa non può – in ogni caso – ritenersi di particolare tenuità. In linea con il suddetto comma, è ragionevole ritenere che il novero delle ipotesi impeditive possa essere ampliato dalla previsione di nuove classi di ipotesi – incentrate sulle particolari modalità della condotta ovvero sul livello di gravità dell'offesa – che andranno a fare da contrappeso all'apertura dell'applicabilità dell'istituto a nuove classi di reati, emergente dalla modifica del riferimento di pena dal massimo edittale al minimo edittale della fattispecie per cui si procede. Dalla complessiva previsione dell'art. 1, co. 21, lett. a) della legge-delega alla “*rimodifica*

³⁰⁶ Per fini di chiarezza espositiva, appare opportuno riportare i passaggi chiave della sentenza n. 156/2020 della Corte costituzionale, in quanto illuminanti circa le nuove direttrici assunte in merito al perimetro applicativo dell'art. 131-bis c.p.; i punti di maggior interesse della motivazione in diritto risultano essere i seguenti:

- a) 3.6. – “*In linea generale, l'opzione del legislatore di consentire l'irrogazione della pena detentiva nella misura minima assoluta rivela inequivocabilmente che egli prevede possano rientrare nella sfera applicativa della norma incriminatrice anche condotte della più tenue offensività. Rispetto a queste ultime è dunque manifestamente irragionevole l'aprioristica esclusione dell'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen., quale discende da un massimo edittale superiore ai cinque anni di reclusione*”.
- b) 3.6.1. – “*Il carattere generale dell'esimente di particolare tenuità di cui all'art. 131-bis cod. pen. impedisce a questa Corte di rinvenire nel sistema un ordine di grandezza che possa essere assunto a minimo edittale di pena detentiva sotto il quale l'esimente stessa potrebbe applicarsi comunque, a prescindere cioè dal massimo edittale. [...] Ben potrà il legislatore, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità in tema di estensione delle cause di non punibilità, fissare un minimo relativo di portata generale, al di sotto del quale l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-bis cod. pen. non potrebbe essere preclusa dall'entità del massimo edittale*”.

Cartabia” emerge, pertanto, una chiara indicazione normativa: espandere il perimetro applicativo dell’art. 131-bis c.p. anche a quei fatti di reato che erano, in precedenza, *irragionevolmente* esclusi in ragione del riferimento al limite massimo edittale di pena, senza però comportare un’espansione *indiscriminata* della suddetta causa di esclusione della punibilità anche in relazione a fattispecie di reato che, seppur di lieve gravità in ragione della cornice edittale di pena prevista, presentano modalità della condotta ovvero hanno cagionato danni che non possono giustificare una rinuncia all’applicazione della pena³⁰⁷.

Ai fini della presenta trattazione, in ottica di inserimento e valorizzazione di istituti e programmi a contenuto riparativo nelle dinamiche del sistema processual-penalistico vigenti, notevole rilievo assume anche la previsione di cui all’art. 1, co. 21, lett. b), della legge-delega n. 134/2021, la quale dispone che, nel modificare la disciplina applicativa della causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 131-bis c.p., il legislatore delegato debba prevedere modalità secondo cui si proceda a “*dare rilievo alla condotta susseguente ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell’offesa*”. A ben vedere, la previsione è densa di implicazioni giuridiche – sia da un punto di vista sistematico che da un punto di vista eminentemente pratico – potendo condurre ad una possibile *positivizzazione* normativa dei casi di rinuncia all’esercizio dell’azione penale in ragione dell’intervento di condotte riparatorie *post factum*.

Da una prospettiva sistematica, il criterio direttivo in esame, nel valorizzare l’ingresso di contenuti riparativi nelle dinamiche accertative del fatto di reato, procede verso una sorta di *recepimento condizionato* degli istituti di giustizia riparativa nell’ordinamento domestico: segnatamente, i contenuti riparativi sono valorizzati nell’ottica di addivenire alla positivizzazione di forme di *diversion* procedimentale, potendo questi validamente rappresentare condizioni, al verificarsi delle quali, l’organo inquirente possa legittimamente optare per il non esercizio dell’azione penale.

Data la centralità del tema nel disegno riformatore, è opportuno procedere con ordine.

Da una prima analisi dell’istituto, non pare di cadere in errore nell’affermare che il criterio direttivo sia principalmente diretto a positivizzare orientamenti giurisprudenziali, ormai consolidati, i quali hanno riconosciuto che anche condotte riparatorie realizzate *post factum* possano incidere nella valutazione circa la particolare tenuità dell’offesa ex art. 131-bis c.p. Sebbene in passato siano state espresse autorevoli posizioni contrarie ad un’interpretazione che

³⁰⁷ Un ulteriore limite all’estensione del perimetro applicativo della causa di esclusione della punibilità di cui all’art. 131-bis c.p. è prevista, alla lett. a) dell’art. 1, co. 21 della legge delega, in relazione alla commissione di fattispecie di reato “[...] riconducibili alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l’11 maggio 2011, ratificata ai sensi della legge 27 giugno 2013, n. 77”. In ossequio a ciò, è ragionevole ipotizzare che un’efficace soluzione normativa in adempimento del suddetto criterio direttivo potrebbe consistere nel prevedere, quale clausola conclusiva, fra le cause impeditive all’applicazione della causa di esclusione della punibilità, la circostanza che il fatto di reato sia stato commesso in danno di uno dei soggetti contemplati nella suddetta Convenzione.

riconoscesse valore giuridico alle condotte riparatorie *post factum* ai fini dell'applicabilità dell'art. 131-bis c.p.³⁰⁸, è ragionevole ritenere che pronunce più recenti abbiano aperto ad una soluzione opposta³⁰⁹, finalizzata a valorizzare momenti riparativi in ottica di deflazione processuale e di razionalizzazione del funzionamento delle dinamiche procedurali. È ragionevole affermare che, a seguito della previsione di un'esplicita indicazione in tal senso nella legge-delega n. 134/2021, una tale interpretazione è prossima a trovare esplicito riconoscimento normativo in seno alla riforma c.d. *Cartabia*.

A ben vedere, anche in dottrina erano state molteplici le opinioni di chi aveva invocato una rilettura della causa di esclusione della punibilità della particolare tenuità del fatto nel senso di valorizzare le condotte riparatorie *post factum* ai fini dell'applicabilità del medesimo istituto. Erano state proposte interessanti soluzioni normative – che hanno il pregio di fornire un'interpretazione della norma che tenga conto di esigenze di razionalizzazione del sistema procedimentale, nonché di non aggravamento del carico pendente in relazione alla cosiddetta “*criminalità bagattellare*” – le quali facevano perno sull'opportunità di spostare il parametro di valutazione dell'intensità dell'offesa dal momento della commissione del fatto di reato al momento in cui il fatto stesso è oggetto di accertamento in sede procedimentale: in tal modo, è possibile offrire piena valorizzazione a condotte riparatorie, intervenute dopo la commissione del fatto di reato ma prima che abbia avuto inizio il formale accertamento del reato stesso – che abbiano favorito l'eliminazione o la significativa attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose dal reato³¹⁰. D'altro canto, sempre in dottrina, non v'è stato chi non abbia constatato che la valorizzazione di condotte riparatorie *post factum* – suscettibili di eliminare o attenuare,

³⁰⁸ *Ex multis*, Cass., Sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742 e Cass., Sez. V, 28 aprile 2015, n. 38961. Tali sentenze, nel negare valore alle condotte riparatorie *post factum* ai fini dell'applicazione della causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 131-bis c.p., argomentavano nel senso che il giudizio circa la particolare tenuità dell'offesa dovesse essere compiuto avendo come punto di riferimento l'offesa come risultante al momento del compimento del fatto di reato; diversamente, allo stesso scopo non potevano rilevare le condotte, susseguenti, in chiave riparativa delle conseguenze scaturenti dal reato. A sostegno di questa teoria, la Suprema Corte argomentava che:

- a) Ai sensi dell'art. 131-bis c.p., co. 1, le “*modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo*”, ai fini di desumere la “*particolare tenuità dell'offesa*”, devono essere oggetto di valutazione alla luce dei criteri di cui all'art. 133 c.p., co. 1, fra i quali non rientra “*la condotta contemporanea o susseguente al reato*”, contenuta dal co. 2 del medesimo articolo, non richiamato però dall'art. 131-bis c.p., co. 1.
- b) Le condotte riparatorie sono espressamente considerate quale causa di estinzione del reato – e non quale causa di esclusione della punibilità – ai sensi dell'art. 162-ter c.p.; pertanto, affinché non si proceda ad una sostanziale *intepretatio abrogans* del predetto articolo, le condotte riparatorie *post factum* non possono essere prese in considerazione ai fini dell'applicazione dell'art. 131-bis c.p.

³⁰⁹ Fra queste si colloca la sentenza del 2017, n. 38, emessa dal G.I.P. del Tribunale di Rovereto, oggetto di un prezioso commento, al quale si rimanda, ad opera di E. MATTEVI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e condotte riparatorie*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 5 – 2017.

³¹⁰ È di questa opinione E. MATTEVI, *ibidem*; l'A. traccia un interessante parallelismo con l'ordinamento giuridico tedesco, nel quale si realizza un “*intreccio fra riparazione ed irrilevanza o particolare tenuità del fatto, quanto meno al fine di valutare l'esiguità della colpevolezza ex § 153 dStPO*”. Per un maggiore approfondimento sul tema, si veda Cap. II, § 3.3.

nei limiti del possibile, le conseguenze pregiudizievoli del reato – si imponga anche alla luce di un’interpretazione dell’ istituto da condursi alla luce del principio di offensività, posto che un’apprezzabile riparazione del danno concorre a ridurre il grado di disvalore della condotta, legittimando la rinuncia all’applicazione di una sanzione penale: un tale risultato si giustificerebbe alla luce di un giudizio di offensività effettuato non *ex ante* – ossia sulla base del grado di offensività *naturale* della condotta costituente reato al momento della sua consumazione – bensì *ex post*, dovendo essere calibrato anche sulla base delle effettive condotte tenute *post factum* dall’autore del reato³¹¹.

Da un punto di vista prettamente procedurale, la valorizzazione delle condotte riparatorie *post factum* ai fini dell’applicabilità dell’art. 131-bis c.p. potrebbe, finalmente, comportare la *procedimentalizzazione* una causa di archiviazione dai marcati connotati riparativi³¹²: in siffatta maniera si potrebbero estinguere, una volta per tutte, i dubbi di legittimità costituzionale in rapporto al principio di obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale che sono sorti in relazione a soluzioni interpretative favorevoli a riconoscere valore impeditivo all’esercizio dell’azione penale nei confronti della circostanza della realizzazione di condotte riparatorie *post factum* da parte dell’autore ovvero al buon esito di programmi di giustizia riparativa³¹³.

Ai sensi dell’art. 411 c.p.p., co. 1, il pubblico ministero può presentare richiesta di archiviazione del procedimento quando “*la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell’art. 131-bis del codice penale per particolare tenuità del fatto*”: ne deriverebbe un sistema nel quale – posta la valorizzazione della realizzazione di condotte riparatorie *post factum* ai fini dell’applicabilità dell’art. 131-bis c.p., purché risultino essere idonee ad eliminare o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato – in presenza degli altri requisiti di cui al medesimo articolo, il pubblico ministero potrebbe legittimamente presentare richiesta di archiviazione, venendo alla luce in tal modo un istituto di *diversion* procedimentale, assimilabile a quelli già da tempo vigenti in altri ordinamenti giuridici continentali³¹⁴.

In ultima istanza, occorre definire quali debbano essere i connotati delle condotte affinché queste possano considerarsi riparatorie e legittimare conseguentemente il riconoscimento della particolare tenuità del fatto quale causa di esclusione della punibilità, ex art. 131-bis c.p.

³¹¹ Cfr. S. TIGANO, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit. p. 38.

³¹² Cfr. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, op. cit., p. 18.

³¹³ Cfr. V. PATANÈ, *Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, op. cit.; l’A., dando un’interpretazione del principio dell’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale non in termini assoluti, evidenzia che il P. M. potrebbe legittimamente chiedere l’archiviazione solo laddove fossero previste nell’ordinamento giuridico delle norme positive che riconoscano, nell’ambito del procedimento formale, un valore impeditivo all’esercizio dell’azione penale ai programmi di giustizia riparativa.

³¹⁴ *Ut supra*, Cap. II, § da 3.1 a 3.3.

Al riguardo, sebbene le differenze procedurali sussistenti fra i due istituti soprattutto in termini di effetti giuridici prodotti siano notevoli, è ragionevole ipotizzare che i requisiti delle condotte riparatorie rilevanti ex art. 131-*bis* c.p. debbano presentare i medesimi requisiti di quelle previste dall'art. 162-*ter* c.p., il quale disciplina la causa di estinzione del reato per intervento di condotte riparatorie *post factum*³¹⁵. Conseguentemente, è ragionevole ipotizzare che in tanto le condotte riparatorie potranno rilevare ex art. 131-*bis* c.p., in quanto realizzino l'integrale riparazione del danno – attraverso le restituzioni ovvero il risarcimento del danno – e l'eliminazione o attenuazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

In conclusione, una volta riconosciuto positivamente il valore giuridico delle condotte riparatorie ai fini dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., poiché lo stesso assurge a causa legittimante la presentazione di una richiesta di archiviazione ex art. 411 co. 1 c.p.p., parrebbe trovarsi, finalmente, dinanzi alla proceduralizzazione positiva di una causa di esclusione dell'esercizio dell'azione penale dipendente dalla realizzazione di condotte a contenuto riparativo. Inoltre, sarebbe auspicabile che il legislatore delegante cogliesse l'occasione per provvedere a disciplinare esplicitamente il rapporto procedimentale che, conseguentemente, dovrebbe intercorrere fra la causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p., e la causa di estinzione del reato ex art. 162-*ter* c.p., soprattutto in merito ai limiti oggettivi di pena che definiscono le tipologie di reati per cui è ammesso accedere agli stessi³¹⁶ e in relazione ai differenti ruoli che gli stessi istituti andrebbero a ricoprire nelle dinamiche procedurali.

1.2 La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato: la valorizzazione dell'istituto di *probation* in chiave riparativa

Il disegno riformatore introdotto con legge-delega n. 134/2021, in linea con l'obiettivo di introdurre e valorizzare momenti riparativi tanto nelle dinamiche procedurali quanto in quelle esecutive della pena, dedica ampio spazio ad un interessante progetto di modifica della disciplina dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato,

³¹⁵ Come anticipato, i due istituti presentano fra loro rilevanti differenze, soprattutto in termini di effetti giuridici prodotti: l'art. 131-*bis* c.p. rappresenta una causa di esclusione della punibilità, diversamente l'art. 162-*ter* integra una causa di estinzione del reato. Le implicazioni di teoria generale del diritto penale sottostanti alle diverse qualificazioni giuridiche sono profonde: ai fini della presente trattazione, rileva soprattutto la circostanza che le cause di esclusione della punibilità trovano applicazione in rapporto ad un fatto di reato pienamente consumato, in relazione al quale viene in gioco una considerazione negativa circa la meritevolezza dell'applicazione della sanzione penale; diversamente, le cause di estinzione del reato si fondano su circostanze, al verificarsi delle quali, il reato cessa di essere perseguibile, ma non per considerazioni attinenti alla meritevolezza della punibilità.

³¹⁶ Sul punto, poiché gli effetti giuridici prodotti dai due istituti sono nettamente diversi dal punto di vista sostanziale, non è necessario che tali istituti siano aperti alla stessa tipologia di reati, essendo ipotizzabili differenziazioni che siano giustificate alla luce dei principi di *ragionevolezza* e *non discriminazione*.

introdotto nell'ordinamento giuridico vigente in seno ad un ampio processo di riforma realizzato con l'entrata in vigore della legge n. 67/2014.

Come da più parti sostenuto, l'istituto in esame presenta una notevole “*poliedricità giuridica*”, prestandosi ad assolvere a numerose funzioni tanto di natura sostanziale, quanto di carattere procedimentale: fra queste, spicca soprattutto la capacità di prestarsi ad essere un *vettore* per l'introduzione, nell'ordinamento giuridico vigente, di percorsi e programmi di giustizia riparativa³¹⁷. D'altro canto, non sono mancati rilievi critici circa le *forzature*³¹⁸ che la disciplina giuridica dell'istituto in esame presenta in relazione ai principi propri dei paradigmi di giustizia riparativa: ne deriva un quadro giuridico dal quale emergono, complessivamente, tanto i pregi dell'istituto in ottica riparativa, quanto limiti oggettivi in relazione a taluni aspetti della disciplina che frenano una piena espansione dei paradigmi riparativi entro le maglie dell'ordinamento giuridico vigente. In definitiva, si tratta di un istituto che, in tema di giustizia riparativa, presenta “*luci ed ombre*” dovute, principalmente, ad un fenomeno di “*recepimento condizionato*” dei paradigmi riparativi nell'ordinamento giuridico domestico, di cui si è ampiamente trattato nel presente elaborato.

Al netto di una disciplina normativa dai tratti *chiaroscuri* in punto di giustizia riparativa, le potenzialità dell'istituto non sono mai state poste in dubbio, di tal che ha sempre rappresentato l'istituto maggiormente suscettibile, in fase di cognizione, di farsi carico di contenuti riparativi in ottica del superamento di una obsoleta funzione retributiva della sanzione penale, favorendo al contempo percorsi guidati alla *responsabilizzazione* e al reinserimento sociale dell'autore del reato tramite la previsione di meccanismi procedimentali che si pongono al di fuori delle classiche logiche processual-penalistiche ed esecutive della pena.

Tale propensione all'apertura al recepimento di contenuti riparativi emerge, chiaramente, anche dal progetto di riforma c.d. *Cartabia*: è indubbio che il legislatore delegante abbia riposto sulla sospensione del procedimento con messa alla prova notevoli aspettative circa la possibilità di procedere ad una più efficace implementazione dei contenuti riparativi nelle maglie dell'ordinamento giuridico vigente. Sul punto, le direttrici della riforma intendono intervenire su più fronti: si assiste, infatti, da una parte, all'ampliamento del novero dei reati per cui è possibile accedere al suddetto istituto – un'operazione che dovrà essere condotta nell'ottica di individuare ulteriori fattispecie di reato che, per le modalità della condotta e per la tipologia del danno o del pericolo prodotta, si prestano ad essere “*trattate*” secondo percorsi dai contenuti

³¹⁷ Cfr. G. DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, op. cit., p. 860; l'A. rileva come la disciplina dell'istituto conferisca allo stesso una “*chiara proiezione riparativa*”, oltre a adempiere a funzioni di natura special-preventiva e di economia processuale, sfoltendo notevolmente il contenzioso giuridico pendente.

³¹⁸ *Ut supra*, Cap. I, § 1.3.

riparativi – e dall'altra, invece, alla predisposizione di modifiche procedurali suscettibili di favorire una maggiore applicazione dell'istituto stesso.

Com'è facile intuire, i temi della riforma sono molteplici e compositi; appare opportuno, pertanto, procedere con ordine all'analisi dei criteri direttivi forniti, sul punto, dalla legge-delega n. 134/2021.

Come pocanzi accennato, in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, la legge-delega intende muoversi su due direttrici: da una parte ampliare il perimetro applicativo del meccanismo di *probation* a nuove fattispecie di reato; dall'altra, dare impulso ad una modifica delle condizioni di procedibilità dell'istituto stesso, conferendo poteri di iniziativa procedimentale direttamente in capo al pubblico ministero.

L'art. 1, co. 22, lett. a) della legge-delega alla *Cartabia* dispone che i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina della sospensione con messa alla prova – di cui all'art. 168-bis c.p. – debbano provvedere ad estenderne “*l'ambito di applicabilità [...], oltre ai casi previsti dall'art. 550, comma 2, del Codice di procedura penale, a ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto*”. Dal dato testuale della norma, emerge un indirizzo ben preciso: aumentare il novero dei casi in cui è ammesso ricorrere all'istituto di *probation* procedimentale, senza tuttavia estenderne il perimetro applicativo a fattispecie di reato che – pur rientranti nei limiti edittali di pena – non si prestino a percorsi connotati da contenuti di carattere riparativo e risocializzante.

Procedendo con ordine, appare opportuno compiere una rapida panoramica della disciplina dell'istituto tuttora vigente. L'art. 168-bis c.p., nell'attuale formulazione, limita l'applicabilità dell'istituto ai soli reati puniti con pena pecuniaria ovvero con pena detentiva nel massimo non superiore a quattro anni, escludendone inoltre l'applicabilità in relazione fatti di reato – pur astrattamente rientranti nel limite di pena prestabilito – commessi da soggetti che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ex artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.

I criteri direttivi alla riforma c.d. *Cartabia*, nell'ampliare notevolmente il perimetro applicativo della norma, intendono offrire maggiori possibilità di accedere all'istituto di *probation* procedimentale, permettendo all'indagato/imputato di accedere a programmi a contenuto riparativo o risocializzante anche in presenza di fattispecie di reato connotate da maggiore gravità³¹⁹. Come pocanzi accennato, l'ampliamento del novero dei reati è guidato da un duplice

³¹⁹ Sulle finalità “*collaterali*” dell'ampliamento del perimetro applicativo della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, è prezioso il contributo offerto da A. CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *Penale Diritto e Procedura*, novembre 2021; l'A., al pari di quanto già emerso nella dottrina comparatistica in relazione a meccanismi di *diversion* procedimentale adottati in ordinamenti giuridici dell'Europa

ordine di criteri, i quali devono essere cumulativamente rispettati, non essendo ipotizzabile un'interpretazione che li legga, invece, in chiave alternativa: ad un'estensione effettuata in ragione del limite di pena edittale si affianca, con non poche incertezze pratiche, la necessità di limitarla a quelle fattispecie di reato che si prestino a *“percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto”*.

Una simile previsione impone, per chiarezza espositiva, di analizzare i contenuti di cui si compone l'istituto di *probation* al fine di vagliare quali tipologie di reati potrebbero validamente essere oggetto di un programma di trattamento dai contenuti riparativi, rieducativi e risocializzanti. La misura è connotata da contenuti riparatori che si articolano su più livelli: l'art. 168-bis c.p. dispone che l'ammissione alla messa alla prova comporta l'assunzione dell'obbligo di prestare condotte volte all'eliminazione, o all'attenuazione, delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e di procedere, ove possibile, al risarcimento del danno; essa comporta inoltre l'affidamento dell'indagato/imputato ai servizi sociali per lo svolgimento di un programma che può implicare la prestazione di attività di rilievo sociale – in vari settori della comunità – nonché la prestazione obbligatoria di lavori di pubblica utilità, di durata non inferiore a dieci giorni, non retribuiti, a favore della collettività. I contenuti appena delineati devono essere integrati dalle disposizioni dell'art. 464-bis c.p.p., co. 4, il quale prevede che, all'istanza di ammissione, debba essere allegato un *“programma di trattamento”*³²⁰ elaborato d'intesa con l'U.E.P.E. – ovvero la richiesta di procedere all'elaborazione dello stesso – il quale deve prevedere: a) le modalità di coinvolgimento dell'indagato/imputato, e del suo nucleo familiare e del suo ambiente sociale di vita, nel processo di reinserimento; b) le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni che egli intende assumere per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, considerando il risarcimento del danno, le condotte riparatorie, le restituzioni e le prescrizioni attinenti alla prestazioni di lavori di pubblica utilità; c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

Da una rapida panoramica dell'istituto, emerge con evidenza la circostanza che non tutte le fattispecie di reato – indipendentemente dal limite di pena edittale massima ivi prevista – possano prestarsi allo svolgimento di percorsi a contenuto riparativo: di conseguenza, in

continentale, evidenzia come, dietro alle finalità espresse di incentivare la previsione di istituti procedurali connotati da contenuti riparativi e risocializzanti, spesso si annidi un c.d. *“net widening effect”*, ossia un meccanismo che favorisce un aumento del controllo penale – e delle rispettive sanzioni penali – nelle dinamiche sociali, per intercettare forme di criminalità minori che, altrimenti, sfuggirebbero alle dinamiche sanzionatorie processual-penalistiche classiche, incentrate sui riti ordinari.

³²⁰ Sul punto, è opportuno segnalare che i lavori del Tavolo 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale hanno evidenziato l'opportunità di procedere alla precisazione della portata semantica della locuzione *“programma di trattamento”* – di cui all'art. 464-bis, co. 4 – mediante la sua sostituzione con la locuzione *“progetto individualizzato di reinserimento sociale”*, specificando che lo stesso viene definito con la partecipazione attiva e responsabile del soggetto interessato nonché, ove possibile, della persona offesa alla quale sono indirizzate le condotte riparatorie.

ossequio ai criteri direttivi forniti dalla legge delega sul punto, occorre definire quali dei predetti contenuti debbano essere assunti quale discriminare per individuare nuove fattispecie di reato, nei limiti di pena edittale massima non superiore a sei anni, per cui si possa procedere nelle forme del rito alternativo di cui all'art. 168-bis c.p. e del Titolo V-bis, Libro VI del Codice di rito penale.

L'operazione non sembra essere agevole, posto che la legge delega non individua dei precisi parametri alla stregua dei quali condurre un *giudizio di idoneità* a procedere secondo le forme riparative e risocializzanti della sospensione con messa alla prova³²¹.

Posto che debba trattarsi di fattispecie di reato punite con pena edittale detentiva nel massimo non superiore a sei anni, al fine di valorizzare la portata riparativa e risocializzante dell'istituto, parrebbe opportuno fare riferimento a quelli che la dottrina ha definito come c.d. "*reati mediabili*"³²², ossia quelle fattispecie di reato che – per le modalità concrete della condotta, per la tipologia o il grado dell'offesa, per le caratteristiche soggettive dei soggetti coinvolti, ovvero per la natura del bene giuridico tutelato dalla norma violata – si prestano ad accedere ad una dimensione riparatoria ed ad essere oggetto di procedure di mediazione finalizzate alla composizione delle conseguenze scaturenti dal reato.

Senza pretesa di esaustività, è possibile avanzare qualche ipotesi circa l'individuazione di ulteriori fattispecie di reato che, in ossequio ai criteri direttivi di cui all'art. 1, co. 22, lett. a) della legge delega, "*si prestano a percorsi risocializzanti o riparatori compatibili con l'istituto*" di cui all'art. 168-bis c.p.

Dal disegno di riforma un'importante apertura ai paradigmi riparativi, per il tramite dell'istituto di cui all'art. 168-bis c.p., potrebbe aversi in relazione ai c.d. "*hate crimes*", ossia quelle fattispecie di reato commesse per motivi di odio o discriminazione per ragioni etniche o di orientamento sessuale, politico o religioso. In relazione a queste fattispecie, infatti, i modelli processual-penalistici classici si sono dimostrati spesso inefficaci: sono state molteplici e varieguate le strategie di politica criminale finalizzate a reprimere i fatti di reato commessi per matrici di odio o discriminazione – quasi sempre improntate ad uno *sterile* inasprimento del

³²¹ È di questo avviso A. CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, op. cit.

³²² La locuzione è molto diffusa nella dottrina attenta ai temi della giustizia riparativa. Segnatamente, l'individuazione dei c.d. "*reati mediabili*" è qualificata come uno degli obiettivi dei lavori del Tavolo n. 13 degli Stati generali sull'esecuzione penale, dai quali emerge che tale operazione dovrebbe essere condotta non avendo riguardo alla pena edittale massima o minima prevista per ciascuna fattispecie, quanto piuttosto dovrebbe procedersi ad una selezione "*per tipologia di fattispecie*", facendo in tal senso riferimento alle caratteristiche proprie e agli elementi costitutivi delle fattispecie di reato piuttosto che a dei parametri di natura oggettiva che rivelano ben poco circa l'idoneità della fattispecie stesse a prestarsi a programmi di natura riparativa e risocializzante. Per un maggiore approfondimento, Cfr. G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflattive della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO – E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 117 – 140.

trattamento sanzionatorio – le quali hanno, però, riportato scarsi risultati in termini di prevenzione dalla commissione di nuovi episodi di discriminazione. Al netto di ciò, gli *hate crimes* si prestano ad essere una delle tipologie di reati per cui i programmi aventi contenuti riparativi – soprattutto fondati su percorsi di mediazione e dialogo fra i soggetti coinvolti e con aperture nei confronti del tessuto sociale – possono offrire una valida risposta trattamentale, soprattutto nell’ottica di addivenire ad una ricomposizione della frattura sociale emergente dal reato, la quale – principalmente in relazione alle suddette fattispecie di reato – assume fondamentale valenza in chiave *general-* e *special-preventiva*³²³.

Proseguendo nell’analisi pocanzi intrapresa, ulteriori prospettive circa l’estensione dell’ambito applicativo della sospensione del procedimento con messa alla prova potrebbero aprirsi anche in relazione ai c.d. “*corporate crimes*”: con ciò si fa riferimento a quelle fattispecie di reato tassativamente previste dagli artt. 24 e ss. del d. Lgs. 231/2001, la cui commissione – nell’interesse o a vantaggio dell’ente ad opera di un soggetto che ricopra posizioni apicali o subordinate nello stesso – fa sorgere in capo alla persona giuridica una responsabilità amministrativa dipendente da reato.

Sul punto, infatti, non manca chi non abbia evidenziato come la predisposizione di programmi riparatori in relazione a tali fattispecie di reato possa rappresentare una soluzione normativa idonea a perseguire tanto l’immediato recupero alla legalità dell’ente, quanto un miglior soddisfacimento delle istanze di tutela promananti dalle vittime del reato³²⁴.

A ben vedere, la disciplina vigente già riconosce, all’art. 17 del d. lgs. 231/2001, un importante valore giuridico alle condotte riparatorie poste in essere *post factum* dall’ente interessato prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: queste sono valorizzate in ottica premiale, in quanto al corretto adempimento delle condotte ivi previste è subordinata la non applicazione delle sanzioni interdittive, le quali rappresentano la tipologia sanzionatoria maggiormente temuta in ragione delle conseguenze che esse producono sull’attività dell’ente stesso; ciò non realizza, in ogni caso, una “*rinuncia alla pena*” nei confronti della persona giuridica, che resta soggetta anche a sanzioni di tipo pecuniario, le quali – secondo il meccanismo di computo previsto dall’art. 10 del medesimo d. lgs. – possono assumere anche cospicue dimensioni. Per converso, il progetto di riforma in esame, il quale vede nella massima valorizzazione delle condotte riparatorie il proprio *leit motiv*, potrebbe rappresentare una

³²³ Cfr. E. MILITELLO, *Giustizia riparativa, conflitti sociali e “hate incidents”*. Come la *restorative justice* può contribuire a diminuire i crimini d’odio, in Cassazione penale, n. 4 – 2019, p. 1702 e ss.

³²⁴ Al riguardo, è prezioso il contributo offerto da G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 219; l’A. evidenzia come i programmi di giustizia riparativa, con particolare riguardo ai processi di mediazione con le vittime del reato, possono essere di notevole aiuto nel comporre e regolare le questioni che emergono dalla c.d. “*società del rischio*”, ed esplicano la loro maggiore efficacia soprattutto in relazione ai fatti di reato che interessano la sicurezza sul lavoro, i quali danno luogo a contenziosi fra il singolo lavoratore e la persona giuridica d’appartenenza.

interessante occasione per introdurre meccanismi procedurali che – al verificarsi della concreta realizzazione di condotte riparatorie che si colorino anche di una dimensione relazionale nei confronti della vittima, quali percorsi di mediazione fra le vittime del reato e i soggetti che assumono la rappresentanza dell'ente – conducano ad una vera e propria *rinuncia alla pena*, la quale rappresenterebbe una soluzione premiale ancor più incentivante le imprese a procedere ad un rapido recupero della persona giuridica ad una dimensione di legalità³²⁵.

Ciò premesso, appare opportuno in ultimo soffermarsi sull'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 168-bis c.p. alle persone giuridiche, essendosi riscontrate teorie confliggenti nella giurisprudenza di merito, espresse da diverse pronunce di segno opposto che si sono pronunciate circa la possibilità di procedere nelle forme di cui all'art. 168-bis c.p. nei confronti dell'ente che avesse presentato istanza di ammissione ex art. 464-bis c.p.p. A ben vedere, i dubbi circa l'idoneità dell'istituto a trovare applicazione nei riguardi dell'imputato persona giuridica sono molteplici, essendo stato lo stesso pensato in relazione all'imputato persona fisica; per contro, non pare di cadere in errore nell'ipotizzare che tali dubbi, in realtà, non siano insormontabili.

I principali interrogativi riguardano, in primo luogo, la verifica della sussistenza dei presupposti legittimanti l'applicazione dell'istituto previsti dall'art. 168-bis c.p., segnatamente in merito al rispetto del limite edittale di pena ivi previsto: la questione dirimente ruota attorno alla circostanza che nei confronti dell'ente non è mosso un addebito di responsabilità penale, bensì è contestata una responsabilità amministrativa dipendente da reato, e conseguentemente è incerto se possa assumersi, quale punto di riferimento per vagliare la rientranza nel limite di pena edittale previsto per la fattispecie di reato per cui si procede, l'imputazione formulata a carico della persona fisica incardinata nell'ente per il cui illecito penale l'ente è chiamato a rispondere. Qualora si ammettesse l'applicabilità dell'art. 168-bis c.p. anche nei confronti della persona giuridica, una soluzione simile appare essere l'unica prospettabile, a meno che non si proceda, *de lege ferenda*, alla previsione di specifici requisiti *ad hoc* in caso di applicazione dell'istituto nei casi in cui lo stesso si applichi ad un ente giuridico.

In secondo luogo, sono state molteplici le argomentazioni a sostegno dell'inapplicabilità dell'istituto in esame alle persone giuridiche, fondate prevalentemente su un'interpretazione letterale del testo della d. lgs. 231/2001 e della l. 67/2014: in buona sostanza, il fatto che la normativa sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti e la legge introduttiva della sospensione del procedimento con messa alla prova non siano coordinate – nel senso che non sia prevista una disposizione che estenda esplicitamente l'applicabilità dell'art. 168-bis c.p. anche alle persone giuridiche – è indicativo della *voluntas legis* di destinare l'istituto ai soli

³²⁵ Cfr. G. MANNOZZI, *ibidem*, p. 221.

imputati persone fisiche; per di più, qualora ne fosse ammessa l'applicabilità, si rischierebbe di cadere in un'interpretazione creativa, la quale condurrebbe all'introduzione di un istituto di evidente conio giurisprudenziale, i cui requisiti applicativi sarebbero rimessi alla discrezionalità del singolo giudice procedente³²⁶.

Di segno opposto si riscontra, invece, una recente ordinanza del Tribunale di Modena, emessa in data 11 dicembre 2019, che ha ammesso l'applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti di un imputato persona giuridica – dichiarando successivamente estinto l'illecito amministrativo per buon esito della prova stessa – in tal modo procedendo ad un'applicazione analogica dell'istituto previsto dall'art. 168-bis c.p. in favore del solo imputato persona fisica³²⁷.

Al netto della trattazione sinora condotta, è evidente come l'operazione di ampliamento del novero dei reati procedibili ex art. 168-bis c.p. e 464-bis c.p.p. e ss. – secondo le indicazioni fornite ai sensi dell'art. 1, co. 22, lett. a) della legge delega n. 134/2021 – non risulti essere un'operazione di agevole fattura, soprattutto in relazione al criterio direttivo che impone di individuare fattispecie di reato che “*si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori*”; nonostante ciò, la riforma offre al legislatore delegato un'importante occasione per poter intervenire in senso chiarificatore circa l'applicabilità degli istituti in parola a particolari fattispecie di reati, potendo procedere in tal modo ad una sostanziale valorizzazione delle

³²⁶ È questa la posizione assunta prima dalla XI Sez. Pen. del Tribunale di Milano (con ordinanza emessa in data 27 marzo 2017) e poi dal G.I.P. del Tribunale di Bologna (con ordinanza emessa in data 10 ottobre 2020), entrambe in rigetto della richiesta di applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata, ex art. 464-bis c.p.p., in relazione ad una persona giuridica. Segnatamente, il Tribunale di Milano motivava la decisione di rigetto sulla base di due argomentazioni di fondo:

- a) I contenuti obbligatori del programma di trattamento, ex art. 464-bis, co. 4 c.p.p. comprendono elementi riferibili unicamente all'imputato persona fisica, quali le modalità di coinvolgimento del nucleo familiare dell'imputato e del suo ambiente di vita al percorso di reinserimento sociale; diversamente, tali contenuti non potrebbero essere estesi anche alla persona giuridica.
- b) L'istituto di cui all'art. 168-bis c.p. ha natura prevalentemente sostanziale, e non procedimentale, negando pertanto che lo stesso potesse trovare applicazione alle persone giuridiche in ragione delle previsioni di cui agli artt. 34 e 35 del d. lgs. 231/2001, le quali dispongono che – salva la compatibilità con le peculiarità derivanti dalla circostanza che si proceda contro una persona giuridica – al rito nei confronti degli enti si applichino le disposizioni del codice di procedura penale e che all'ente imputato si applichino le stesse norme previste per l'imputato persona fisica.

³²⁷ Sul punto è prezioso il commento alla suddetta sentenza ad opera di G. GARUTI – C. TRABACE, *Qualche considerazione a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 10 – 2020. L'approfondimento evidenzia come un'applicazione analogica dell'istituto in favore dell'imputato persona giuridica, pur in assenza di una disposizione di legge che definisca le modalità di raccordo fra la sospensione con messa alla prova e la disciplina circa la responsabilità amministrativa da reato degli enti, possa validamente giustificarsi in ragione del complessivo favore con cui il disegno normativo contenuto nel d. lgs. 231/2001 guarda all'adempimento di condotte riparatorie poiché tende “*palesamente più alla prevenzione che alla repressione, più alla compliance che all'irrogazione della pena*”.

condotte riparatorie *post factum* anche in favore di settori del diritto penale precedentemente esclusi.

In ultimo, il disegno riformatore incide anche sulle modalità procedurali di applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato: segnatamente, l'art. 1, co. 22, lett. b), dispone che i decreti recanti modifiche all'art. 168-bis c.p. debbano “*prevedere che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal pubblico ministero*”. La disposizione ha riportato notevole successo in dottrina, in quanto, da una parte, produce un'evidente semplificazione delle dinamiche procedurali che conducono all'applicazione dell'istituto, e dall'altra introduce un meccanismo di *diversion* – applicabile anche prima dell'esercizio dell'azione penale – che permetta l'uscita dalle dinamiche processual-penalistiche a fronte dell'adesione e del corretto adempimento di un programma di condotte a carattere riparatorio.

Secondo autorevole dottrina³²⁸, la modifica procedimentale è volta a favorire una più frequente applicazione dell'istituto in fase di indagini preliminari, riconoscendo un concreto potere di iniziativa al pubblico ministero – soggetto titolare delle indagini – di avanzare una proposta di sospensione con messa alla prova nei confronti dell'indagato: in tal modo, è possibile uscire repentinamente dalle dinamiche procedurali classiche e accedere, senza procrastinare tale esito ad una fase successiva, ad una dimensione maggiormente riparatoria della risposta sanzionatoria alla fattispecie per cui si procede. Ne deriva, pertanto, un meccanismo più fluido ed efficiente: il pubblico ministero – il quale, ai sensi dell'art. 141-bis disp. att. c.p.p., ha l'obbligo di informare, prima dell'esercizio dell'azione penale e qualora ne ricorrano i presupposti applicativi, l'indagato della facoltà di presentare istanza di ammissione all'istituto di cui all'art. 168-bis c.p.p. – al netto della riforma, si vedrà riconosciuto un diretto potere di iniziativa procedimentale, potendo egli stesso proporre istanza ex art. 464-bis, co. 1 c.p.p.; è logico ritenere che in tanto l'istanza di ammissione possa essere accolta dal G.I.P. procedente, in quanto l'indagato abbia a ciò prestato consenso³²⁹ – manifestando la volontà di procedere

³²⁸ Cfr. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, op. cit.

³²⁹ È questo un elemento imprescindibile del procedimento, non potendosi ammettere diversamente di procedere pur in assenza del consenso dell'indagato/imputato. La centralità del consenso dell'indagato/imputato a procedere nelle forme di cui all'art. 168-bis c.p. è stata ribadita da una recente sentenza della Corte costituzionale, n. 91 del 2018, la quale – nel far salvi gli articoli 464-quater e 464-quinquies c.p.p. per un presunto contrasto con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2 Cost – ha argomentato tale pronuncia sulla scorta del fatto che in tanto si può procedere nelle forme della sospensione con messa alla prova, in quanto sia stato l'indagato/imputato a prestarvi volontario ed informato consenso. In tal modo, prosegue la Consulta, non si pone alcun contrasto di legittimità costituzionale fra l'art. 27, co. 2 Cost. e gli artt. 464-quater e 464-quinquies c.p.p., in quanto questi comportano l'applicazione di sanzioni sostanzialmente penali, facenti parte del programma di trattamento, che sono state disposte in assenza di un accertamento di responsabilità e in assenza di una contestazione dell'accusa voluti dall'indagato/imputato, il quale ha espressamente e volontariamente rinunciato a godere di tali garanzie per beneficiare degli effetti favorevoli dell'istituto di cui all'art. 168-bis c.p. Per un

nelle forme della sospensione del procedimento con messa alla prova – permanendo in capo allo stesso pur sempre facoltà di decidere di procedere secondo le forme del rito ordinario o di altri riti speciali che egli ritenga maggiormente idonei a soddisfare il proprio diritto di difesa. Al fine di valorizzare l’apporto partecipativo dell’indagato/imputato, è ragionevole ritenere che l’istanza di ammissione possa non essere già corredata del programma di trattamento, il quale può essere redatto e presentato, in collaborazione con l’U.E.P.E., anche in un momento successivo all’istanza, ex art. 464-bis, co. 4 c.p.p.

Al fine di rendere l’istituto ancor più conforme ai principi sanciti al livello sovranazionale in materia di giustizia riparativa, l’occasione presentata dal progetto di riforma c.d. *Cartabia* potrebbe essere sfruttata anche in merito alla valorizzazione del ruolo procedimentale della vittima in sede di definizione o esecuzione dei contenuti riparativi afferenti al programma di trattamento di cui la messa alla prova si compone. Il tema risulta essere molto delicato, soprattutto perché la previsione del necessario consenso della vittima a che l’indagato/imputato sia ammesso all’istituto di cui all’art. 168-bis c.p. si potrebbe tradurre in una irragionevole disparità delle posizioni procedimentali delle parti, di tal che dalla volontà della vittima dipenderebbero le sorti procedimentali – ma anche sanzionatorie – dell’indagato/imputato. Conseguentemente, in ossequio alla dottrina maggioritaria, una simile previsione sarebbe da escludere. Diversamente, il ruolo della vittima potrebbe essere nettamente valorizzato in sede di definizione dei contenuti del programma di trattamento da allegare all’istanza o da elaborare in una fase immediatamente successiva: in questa fase, si potrebbe favorire la partecipazione della vittima – qualora questa prestasse a ciò consenso valido ed informato – la qual cosa troverebbe ulteriormente legittimazione in relazione alla previsione, di cui all’art. 464-bis, co. 4, lett. c), secondo cui il programma di trattamento debba provvedere alla definizione delle condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la vittima.

Una soluzione normativa di tal genere si porrebbe in linea con le indicazioni fornite dagli atti normativi sovranazionali in merito al coinvolgimento della persona offesa nelle dinamiche riparative di risoluzione delle conseguenze nascenti dal reato: è ragionevole ipotizzare che la previsione di un diretto coinvolgimento della persona offesa – avendo cura di prevenire o sterilizzare il rischio di vittimizzazione secondaria o ripetuta – possa rappresentare una soluzione maggiormente idonea a soddisfare le istanze di giustizia di cui la vittima è portatrice,

maggiore approfondimento sul tema, cfr. C. PONGILUPPI, *Pratiche di giustizia riparativa all’interno della messa alla prova per imputati adulti. Esperienze concrete e spunti di riflessione*, in *Archivio Penale*, n. 3 – 2020 e G. VARRASO, *La legge “Cartabia” e l’apporto dei procedimenti speciali al recupero dell’efficienza processuale*, in *Sistema Penale*, n. 2 – 2022, p. 38.

offrendo anche un *percorso dialogico* con l'autore che possa contribuire al risanamento della frattura sociale scaturente dalla commissione del reato³³⁰.

1.3 L'estinzione delle contravvenzioni per l'adempimento di condotte riparatorie: la procedimentalizzazione di una deroga all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale?

La legge n. 134/2021, nel proseguire nell'ampio disegno di riforma del sistema processual-penalistico improntato agli obiettivi di deflazione procedimentale e valorizzazione delle condotte riparatorie *post factum*, introduce interessanti innovazioni procedimentali all'art. 1, co. 23, il quale contiene la previsione di procedere all'introduzione di un meccanismo finalizzato all'estinzione delle contravvenzioni – con contestuale sospensione del procedimento fin dalla fase delle indagini preliminari – a seguito del corretto adempimento di condotte riparatorie le cui prescrizioni sono impartite direttamente dall'organo accertatore. L'istituto, come pocanzi accennato, affianca finalità riparative alla preminente esigenza di procedere ad una razionalizzazione del sistema procedimentale in relazione alla cosiddetta “*criminalità bagattellare*”: conseguentemente, i criteri direttivi all'esercizio della delega danno forma ad un istituto soggetto a ristretta applicabilità procedimentale, il quale, per converso, ha il pregio di introdurre nella disciplina generale un istituto dalle fattezze innovative, procedimentalizzando un'ipotesi di sospensione “*condizionata*” del procedimento sin dalla fase delle indagini preliminari.

Ciò premesso, appare opportuno calarsi nelle maglie dei criteri direttivi forniti sul punto dal legislatore delegato, i quali concorrono a modellare un istituto che, sebbene non ricopra una posizione centrale nel disegno riformatore, è suscettibile di produrre notevoli implicazioni dal punto di vista procedimentale.

Ai sensi dell'art. 1, co. 23, *lett. a)* della legge delega alla riforma c.d. *Cartabia*, il nuovo modello di *diversion* procedimentale trova applicazione unicamente nei confronti delle contravvenzioni, con totale esclusione dell'applicabilità in relazione ai delitti; a conferma della circostanza che l'istituto si rivolge unicamente a fenomeni di lievissima criminalità, il medesimo comma dispone altresì che lo stesso non possa trovare applicazione qualora le contravvenzioni concorrano con altri delitti. A ben vedere, il meccanismo descritto per sommi capi dai criteri direttivi in esame risulta essere variegato, tanto in relazione al contenuto delle prescrizioni da

³³⁰ Diversamente, la disciplina procedimentale vigente dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato prevede – all'art. 464-*quater*, co. 8 – in favore della vittima unicamente la non applicabilità dell'art. 75, co. 3 c.p.p., laddove l'istanza dell'imputato venga accolta, riconoscendole pertanto la facoltà di proseguire, o intraprendere *ex novo*, il giudizio in sede civile, finalizzato al risarcimento del danno, senza subire sospensioni. Sul punto, cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, op. cit., p. 829.

adempiere per beneficiare dell'estinzione delle contravvenzioni, quanto in merito alle modalità di accertamento del corretto adempimento delle stesse.

Procedendo con ordine, appare opportuno prendere le mosse dall'analisi del contenuto delle prescrizioni da adempiere, le quali – com'è possibile intuire dal dato testuale – possono essere soggette a variazione in base alla contravvenzione oggetto di contestazione. Sul punto, infatti, l'art. 1, co. 23, lett. a) della legge n. 134/2021 delega il legislatore a prevedere “*una causa di estinzione del reato [...] per effetto del tempestivo adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore e del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa*”.

Da una prima lettura, emergono due punti chiave nella costruzione normativa del nuovo istituto. In primo luogo, dal dato testuale della norma, si evince che le due condizioni per beneficiare dell'estinzione della contravvenzione – ossia l'adempimento delle prescrizioni e il pagamento della sanzione pecuniaria – siano previste quali *cumulative*, e non fra di loro alternative³³¹.

A sostegno di ciò si pone anche un altro argomento di natura testuale: in alternativa al pagamento di una sanzione pecuniaria, l'art. 1, co. 23, lett. a) prevede la possibilità che l'indagato possa svolgere lavori di pubblica utilità: poiché l'alternativa si pone unicamente in relazione al pagamento della somma di denaro, è da ritenersi che la prestazione di lavoro di pubblica utilità si affianchi all'adempimento di prescrizioni riparative impartite dall'organo accertatore, le quali assurgono, pertanto, ad essere il “*nocciolo duro*” della suddetta causa di estinzione del reato.

Dalla definizione delle principali linee guida in merito alla costruzione dell'istituto da un punto di vista sostanziale emergono alcune “*zone d'ombra*” della disciplina. In primo luogo, non è specificato quale debba essere il rapporto intercorrente fra il pagamento della sanzione pecuniaria e la prestazione di lavori di pubblica utilità: posto che le due si pongono in rapporto di *alternatività reciproca*, non è chiaro se il pagamento della sanzione pecuniaria debba ritenersi “*prevalente*” rispetto all'altra misura – la quale potrebbe essere disposta unicamente laddove l'indagato non disponesse delle capacità economiche per adempiere al debito sanzionatorio – ovvero se la decisione circa la misura da affiancare all'adempimento delle prescrizioni riparative sia rimessa alla discrezionalità dell'organo giurisdizionale competente³³².

³³¹ È di questa opinione G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in *Sistema Penale*, op. cit., p. 19.

³³² Una simile interpretazione necessita che vengano specificati i criteri in base ai quali disporre l'applicazione dell'una o dell'altra, in ossequio a principio di certezza della pena, il quale impone che i contenuti delle sanzioni penali – nonché le modalità procedurali di irrogazione della stessa – siano predefiniti dal legislatore, non residuando spazi di discrezionalità incontrollata in capo all'organo giudicante. Il legislatore delegato dovrebbe, pertanto, definire i criteri in base ai quali tale scelta debba essere effettuata: al riguardo, al fine di evitare irragionevoli disparità fondate sulla condizione economica dell'indagato soggetto alla misura, potrebbe essere

Un'ulteriore punto della disciplina che merita ulteriore approfondimento è da rinvenirsi nelle modalità di definizione del contenuto delle “*prescrizioni impartite dall'organo accertatore*”, nonché nell'identificazione dell'organo *accertatore* in questione, posto che la circostanza che il legislatore delegante non abbia fatto precipuo riferimento, nei criteri direttivi, alla figura del pubblico ministero potrebbe sollevare qualche dubbio interpretativo.

In relazione al secondo punto, è ipotizzabile che la terminologia utilizzata dalla norma sembri alludere ad un organo accertatore specialistico, similmente a quanto accade per le contravvenzioni afferenti a specifiche discipline di settore – quali quella in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro ovvero a tutela dell'ambiente – le quali prevedono che talune funzioni accertatrici siano affidate a soggetti istituzionali dotati di specifiche competenze in materia piuttosto che al pubblico ministero, il quale interviene solo in un momento successivo.

Maggiori dubbi sorgono, invece, in relazione al contenuto delle prescrizioni riparative impartite dal suddetto organo accertatore, ai sensi della *lett. a)* del medesimo comma: a ben vedere, non è agevole effettuare una panoramica dei contenuti riparativi che le prescrizioni potranno assumere, posta la notevole diversità degli effetti e delle conseguenze dannose scaturenti in un novero di contravvenzioni fra loro molto distanti in ragione degli elementi costitutivi delle stesse.

A parere di chi scrive, l'estrema vaghezza dei criteri direttivi sul punto è un effetto voluto dal legislatore delegante – essendo il progetto di riforma volto alla massima valorizzazione delle condotte riparative *post factum* – sulla scia di una politica criminale consolidata che, ad un momento puramente repressivo, predilige invece l'immediata elisione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, l'immediato ripristino della legalità e la prevenzione dalla commissione di ulteriori fattispecie di reato. Per tali motivi, non appare irragionevole ipotizzare la predisposizione di una causa di estinzione delle contravvenzioni, fondata sul corretto adempimento di condotte riparative, i cui contenuti – al fine di garantire massima efficacia pratica – siano “*cuciti su misura*” in relazione al fatto di reato che è stato concretamente commesso.

La soluzione pratica appena presentata non è esente da criticità, soprattutto in relazione al rispetto del principio costituzionale di determinatezza e precisione dei contenuti della sanzione penale, che si presenta quale corollario del principio di stretta legalità penale ex art. 25, co. 2 della Costituzione³³³. Al riguardo, la soluzione maggiormente accreditata sembrerebbe apparire

assunto quale criterio dirimente la maggiore idoneità dell'una o dell'altra misura a perseguire esigenze di tipo special-preventivo e rieducativo.

³³³ Cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, op. cit.; l'A., compiendo un parallelismo con il diverso istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, evidenzia i problemi sottostanti alla previsione di istituti alternativi al procedimento che comportano l'applicazione di sanzioni penali

non tanto quella di procedere alla previsione di un “*catalogo rigido*” di contenuti riparatori che tali prescrizioni possono assumere, quanto piuttosto di stabilire con precisione le finalità alle quali tali prescrizioni devono tendere, in modo tale da procedere alla definizione di un’area di *discrezionalità controllata* alla quale l’organo accertatore può attingere nell’applicazione delle prescrizioni che si palesano maggiormente idonee in relazione al caso concreto.

Un modello normativo dal quale il legislatore delegato potrebbe attingere nella predisposizione della disciplina dell’istituto di cui all’art. 1, co. 23 della legge-delega potrebbe essere rappresentato dalla c.d. “*oblazione condizionata*” – istituto che trova applicazione in materia di sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro – la cui disciplina penalistica è costellata da molteplici illeciti contravvenzionali. La suddetta causa di estinzione delle contravvenzioni, che rappresenta un chiaro esempio di una politica legislativa che predilige la riparazione e l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato piuttosto che la mera repressione degli illeciti penali, è prevista dall’art. 301 del d. lgs. n. 81/2008, e presenta una disciplina procedimentale molto affine a quella definita dei criteri direttivi della legge delega in esame. Gli aspetti che interessano maggiormente ai fini della presente trattazione sono racchiusi nella previsione secondo la quale, nel momento in cui l’organo di vigilanza accerta la commissione di un illecito contravvenzionale, non deve limitarsi a riferire la notizia di reato al pubblico ministero, ex art. 347 c.p.p., ma deve impartire all’autore delle specifiche prescrizioni circa i tempi e le modalità per procedere all’adempimento di condotte finalizzate alla riparazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e a ripristinare una condizione di legalità nell’ambiente di lavoro. Successivamente, allo spirare del termine, è lo stesso organo di vigilanza che valuta se il contravventore ha adempiuto correttamente alle prescrizioni; nel mentre, sebbene la notizia di reato venga iscritta nell’apposito registro, il procedimento è sospeso fino allo spirare del termine concesso per la rimessione in pristino delle condizioni di legalità. Se le prescrizioni sono state correttamente adempiute, il contravventore è ammesso a pagare una sanzione pecuniaria, a fronte della quale si realizza l’estinzione dell’illecito contravvenzionale; diversamente, il procedimento riprende il suo corso naturale in fase di indagini preliminari³³⁴.

A ben vedere, l’istituto ivi previsto presenta notevoli punti di contatto con lo *scheletro normativo* dell’istituto descritto dall’art. 1, co. 23 della legge delega alla riforma c.d. *Cartabia*: segnatamente, alle lett. c) e d) del medesimo comma, è prevista l’immediata iscrizione della notizia di reato, ricevuta dall’organo accertatore, da parte del pubblico ministero nel registro di

– talvolta altamente afflittive – i cui contenuti spesso non sono ben predefiniti e sono imposti da un organo esterno, sollevando dubbi di legittimità costituzionale anche in relazione alla presunzione di non colpevolezza sino a condanna definitiva, di cui all’art. 27, co. 2 della Costituzione.

³³⁴ Cfr. A. MORRONE, *Diritto penale del lavoro. Sfruttamento della manodopera, sicurezza sul lavoro, mobbing e reati in materia di previdenza*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 180 e ss.

cui all'art. 335 c.p.p. e la contestuale sospensione del procedimento, nella fase delle indagini preliminari, per il termine prestabilito per l'adempimento delle prescrizioni riparative impartite, sino a che il pubblico ministero non riceva comunicazione circa l'adempimento, ovvero l'inadempimento, delle condotte riparatorie da parte dell'organo accertatore³³⁵. Una possibile difformità fra i due istituti potrebbe rilevarsi in relazione al momento in cui il contravventore debba procedere al pagamento della sanzione pecuniaria: infatti, dalla *lett. d)* dell'art. 1, co. 23 della legge delega, si evince che il pagamento della sanzione pecuniaria debba avvenire entro il termine fissato al momento dell'impartizione delle prescrizioni riparatorie e debba essere effettuato contestualmente all'adempimento delle stesse; diversamente, il meccanismo di "*oblazione condizionata*" previsto dall'art. 301 del d. lgs. 81/2008 prevede che il contravventore sia ammesso al pagamento della sanzione pecuniaria solo dopo che l'organo di controllo abbia accertato il corretto adempimento, entro il termine prefissato, delle condotte riparatorie precedentemente impartite.

In ultimo, la *lett. a)* del medesimo comma dispone che, laddove le prescrizioni e il pagamento della somma di denaro siano stati effettuati tardivamente, oltre lo spirare del termine prestabilito, tali condotte possano comunque rilevare, non più con effetto estintivo della contravvenzione, bensì con effetto di influire sulla riduzione della pena, potendosi pertanto ipotizzare che assumano valenza di circostanze attenuanti³³⁶ la cui portata dovrà essere oggetto di definizione da parte del legislatore delegato.

Il punto più problematico della disciplina sorge in relazione alla previsione di cui alla *lett. b)* del medesimo comma della legge delega n. 134/2021: la norma prevede, infatti, che il legislatore delegato, nell'esercizio della delega, debba provvedere ad individuare le contravvenzioni per le quali la causa di estinzione possa trovare applicazione "*tra quelle suscettibili di elisione del danno o del pericolo mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie*".

Al pari di quanto sostenuto in precedenza circa i contenuti delle prescrizioni riparatorie che possono essere impartite dall'organo accertatore, anche nella definizione delle contravvenzioni suscettibili di applicazione della causa di estinzione in esame parrebbe essere opportuno

³³⁵ A sostegno dell'interpretazione secondo la quale l'organo accertatore debba essere un soggetto formalmente distinto dal pubblico ministero si aggiunge la circostanza che il pubblico ministero non accerta personalmente l'adempimento o meno delle prescrizioni, ma ne riceve comunicazione, presumibilmente, dallo stesso organo accertatore che le ha impartite al momento dell'accertamento della commissione della contravvenzione.

³³⁶ Una simile interpretazione si giustifica alla luce del fatto che, ai sensi dell'art. 133, co. 2, *lett. c)* c.p., le condotte di carattere positivo, realizzate contemporaneamente o successivamente alla commissione del fatto di reato, sono già ricomprese fra gli elementi di cui il giudice deve tenere conto in sede di commisurazione della pena. Conseguentemente, se le dinamiche di cui all'ultimo periodo della *lett. a)* dell'art. 1, co. 23, della legge delega alla riforma Cartabia non fossero previste in forma di circostanza attenuante ma rilevassero solamente ai fini della commisurazione della pena, tale previsione apparirebbe pleonastica, essendovi già un istituto di tale portata.

procedere non tanto alla definizione un *catalogo tassativo* di reati, nominativamente individuati, quanto piuttosto alla definizione delle condizioni, in presenza delle quali, le conseguenze dannose emergenti dal reato possono essere oggetto di “*condotte ripristinatorie o risarcitorie*”. A titolo esemplificativo e senza pretesa di esaustività, potrebbero essere assunti quali criteri indicatori: la circostanza che il danno materialmente arrecato sia “*immediatamente quantificabile o suscettibile di agevole quantificazione*”, ovvero la circostanza che possa procedersi alla rimessione in pristino della situazione giuridica lesa senza che ciò risulti essere eccessivamente gravoso per l’autore del reato, tanto da un punto di vista meramente economico, quanto da un punto di vista giuridico. A parere di chi scrive, una simile soluzione interpretativa si imporrebbe alla luce di evitare il paradossale epilogo che si verrebbe a creare laddove, per poter beneficiare della causa di estinzione di cui sopra, il contravventore fosse tenuto ad adempiere a prescrizioni che risultino nel complesso ancor più gravose o afflittive, anche da un punto di vista meramente economico, rispetto a quelle che l’autore sosterebbe laddove fosse irrogata, nei suoi confronti, la sanzione penale dell’arresto o dell’ammenda.

Al netto della trattazione sinora condotta, l’istituto in esame – i cui contorni applicativi saranno da definire, *in toto*, nell’esercizio della delega – presenta notevoli potenzialità tanto in ottica di deflazione del contenzioso pendente, quanto in vista del raggiungimento di un notevole efficientamento dell’ordinamento procedimentale penale.

A conferma di ciò – inserendosi in una corrente di politica legislativa ormai consolidata che, anziché protendere unicamente verso la repressione delle condotte costituenti illecito penale, tende invece alla valorizzazione delle condotte riparatorie *post factum* in vista di un immediato recupero alla legalità delle situazioni giuridiche interessate dalle conseguenze dannose o pericolose emergenti dal fatto di reato – la disciplina intende estendere il perimetro applicativo dell’istituto, tuttora previsto unicamente in alcune discipline di settore, a tutto l’ordinamento giuridico, perseguendo in tal modo finalità di razionalizzazione dell’intero sistema processual-penalistico vigente.

2. Verso il superamento della pena detentiva breve nella legge delega alla riforma c.d. *Cartabia*

2.1 L’aggiornamento del catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva breve

Accanto alla valorizzazione di condotte riparatorie e all’introduzione di programmi di giustizia riparativa in fase di cognizione ed esecutiva della pena, la legge-delega intende procedere ad un sostanzioso processo di riforma del sistema sanzionatorio in materia penale, recependo le indicazioni che, a più livelli, hanno manifestato la necessità di procedere ad un netto ripensamento del sistema esecutivo della pena, ancora eccessivamente imperniato su una

visione *carcerocentrica* che ha dimostrato una crescente inefficacia sia in chiave *general-* che *special-preventiva*.

Gli interventi normativi di recente conio – tanto da un punto di vista sostanziale che esecutivo della pena – sulla scia di quello che è stato definito come “*penale-spazza*”³³⁷, hanno inteso rispondere alla crescente domanda di sicurezza sociale promanante dalla collettività dei consociati procedendo ad un notevole inasprimento del trattamento sanzionatorio per quei reati considerati di maggior *allarme sociale*. Ciò ha comportato un netto aumento dei casi di ricorso alla sanzione detentiva quale pena edittale, nonché dei casi in cui è preclusa la possibilità di accedere, in fase esecutiva, a misure alternative alla detenzione ovvero a benefici penitenziari³³⁸. L’indirizzo di politica criminale pocanzi esposto – figlio di un “*populismo penale*” in espansione in buona parte dell’Europa continentale – ha comportato, per contro, una vera e propria *denaturazione* delle ragioni giuridiche e social-preventive poste a fondamento dell’introduzione, nel sistema penitenziario domestico, di regimi detentivi “*speciali*”: le massime espressioni di questa tendenza normativa si notano soprattutto in relazione all’art. 4-bis ord. penit., il quale – allo scopo di *minacciare* un trattamento sanzionatorio *esemplare* che facesse desistere dalla commissione di talune fattispecie di reato ritenute di maggior allarme sociale – è stato di recente ampliato fino a ricomprendervi delle fattispecie di reato per cui le esigenze che, in origine, hanno condotto all’introduzione del regime esecutivo *aggravato* in esame non solo non trovano giustificazione pratica, ma rischiano di dar vita a notevoli *impasse* di natura applicativa³³⁹.

Orbene, in un contesto normativo di tal genere, il progetto di riforma c.d. *Cartabia* intende apportare una netta inversione di rotta – suscettibile di incidere tanto in fase prettamente procedimentale, quanto in fase esecutiva della pena – contribuendo notevolmente al

³³⁷ L’efficace espressione si deve a E. A. A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell’ambito della legge delega Cartabia*, in *Archivio Penale*, n. 3 – 2021.

³³⁸ Sul punto, è indicativo guardare alla notevole espansione del catalogo dei reati c.d. “*ostativi*”, di cui all’art. 4-bis della l. 354/1975, per i quali il condannato – salvo i casi tassativamente previsti dal medesimo articolo – non è ammesso a presentare istanza di applicazione di una misura alternativa alla detenzione e per la concessione di benefici penitenziari.

³³⁹ Sul punto, è opportuno menzionare la recente introduzione, nel catalogo dei reati c.d. *ostativi*, di taluni reati contro la pubblica amministrazione, per effetto della legge c.d. “*spazzacorrotti*”, ossia l. n. 3/2019. Segnatamente, una delle maggiori perplessità in merito all’introduzione di tali reati fra quelli previsti all’art. 4-bis della l. 354/1975 si rinviene soprattutto in relazione alle eccezioni, tassativamente previste dal medesimo articolo, che legittimano, anche per tali reati, l’ammissione a misure alternative e benefici penitenziari, fra le quali si annovera la necessaria collaborazione, con l’autorità giudiziaria, ai sensi dell’art. 58-ter della l. 354/75 ovvero dell’art. 323-bis, co. 2 c.p. Le maggiori perplessità sono sorte in relazione alla constatazione pratica che non è sempre agevole, per tali fattispecie di recente introduzione nel novero dei reati *ostativi*, una collaborazione effettiva ai sensi dei predetti articoli, soprattutto in ragione delle modalità intrinseche di realizzazione degli stessi reati, ovvero spesso in relazione allo stato di accertamento già avanzato.

superamento della visione *carcerocentrica*³⁴⁰ che tuttora permea l'ordinamento giuridico vigente in materia penale.

Ciò premesso, una delle maggiori direttrici nell'elaborazione del progetto di riforma c.d. *Cartabia* risiede nel deciso impegno a procedere ad un definitivo superamento delle cosiddette pene detentive *brevi*, le quali, ormai da tempo, si sono dimostrate ampiamente inefficaci sia in chiave *general-* e *special-preventiva*, che in ottica di effettiva idoneità a contribuire alla rieducazione e risocializzazione del condannato. Segnatamente, sono molteplici le ragioni di ordine rieducativo e responsabilizzante del reo che si oppongono ad un fenomeno che è stato efficacemente definito con la locuzione di “*sliding doors*” – ossia “*porte girevoli*” – che si realizza in relazione a soggetti condannati a pena detentiva *breve*, i quali fanno ingresso nel circuito penitenziario per brevi lassi di tempo poiché è verosimile che, subito dopo, possano essere ammessi a scontare la pena all'esterno potendo accedere a misure alternative alla detenzione. In un contesto tale, il condannato – per breve tempo, detenuto – si trova a subire gli effetti *de-socializzanti* del carcere, senza trarne alcun beneficio pratico in termini di rieducazione e reinserimento sociale, poiché – data la brevità della parentesi detentiva – non sussiste il tempo materiale per poter avviare un percorso rieducativo e responsabilizzante del detenuto in carcere.

Al fine di evitare la verifica di simili fenomeni, ormai da tempo si sono succeduti interventi normativi che, a diverso titolo, hanno inteso evitare le permanenze brevi del condannato negli istituti di detenzione. A questa rinnovata corrente di politica criminale si iscrive anche il progetto di riforma c.d. *Cartabia*, il quale ha conferito al legislatore delegato il compito di procedere ad una generale revisione del sistema di applicazione delle pene sostitutive alle pene detentive *brevi* – introdotto dalla legge n. 689/1981 – allo scopo di introdurre misure alternative alla detenzione sotto forma di pene sostitutive della pena detentiva *breve*³⁴¹.

Il progetto di riforma del sistema sanzionatorio, con ampi risvolti anche sul sistema esecutivo della pena, si muove lungo due direttrici portanti: da una parte, si procede ad aumentare il limite di pena detentiva che può essere oggetto di sostituzione con altra pena sostitutiva già in sede di pronuncia della sentenza di condanna; dall'altra, è oggetto di modifica il catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva *breve*: in tal modo, si realizza una sorta di *osmosi giuridica* che favorisce il transito di alcune misure alternative alla detenzione nel novero delle pene sostitutive della detenzione *breve*, procedendo, al contempo, ad una radicale modifica della legge n.

³⁴⁰ Per un maggiore approfondimento, cfr. L. VIOLI, *L'esecuzione penitenziaria, dal primato della pena detentiva al superamento della visione carcerocentrica*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI – A. MACRILLÒ (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

³⁴¹ Cfr. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in *Sistema Penale*, op. cit., p. 17.

689/1981, la quale conduce all'abolizione di alcune delle pene sostitutive della pena detentiva *breve*, ivi previste, per acclarata inefficacia pratica o desuetudine applicativa³⁴².

A ben vedere, sono molteplici le implicazioni pratiche delle suddette scelte normative, le quali sono suscettibili di introdurre significative modifiche alla disciplina del sistema sanzionatorio ed esecutivo della pena, tanto dal punto di vista sostanziale che procedimentale.

Procedendo con ordine, il punto di partenza del nuovo progetto di riforma del sistema sanzionatorio – volto al definitivo superamento della visione *carcerocentrica* su cui, tuttora, il sistema è imperniato – risiede nella modifica del catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva *breve*, nel quale confluiscono istituti in precedenza previsti quali misure alternative alla detenzione.

Segnatamente, ai sensi dell'art. 1, co. 17, lett. a) della legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia*, è previsto che il legislatore delegato debba procedere – modificando conseguentemente il testo della legge n. 689/1981 – all'abolizione dal catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva *breve* degli istituti della semidetenzione e della libertà controllata. Al contempo, ai sensi della lett. b) del medesimo comma, si dispone che si proceda all'inserimento, nel medesimo catalogo, di istituti precedentemente qualificati come misure alternative alla detenzione, quali la semilibertà, la detenzione domiciliare e la prestazione di lavori di pubblica utilità; oltre alle misure appena menzionate, resta ferma la permanenza della pena pecuniaria nel novero delle pene sostitutive della pena detentiva *breve*.

Lasciando alle pagine seguenti una più approfondita disamina circa la natura, le modalità applicative e le implicazioni pratiche delle pene sostitutive di nuova introduzione³⁴³, appare opportuno – prima di procedere nell'analisi delle altre direttrici nell'elaborazione del progetto di riforma – interrogarsi sulle ragioni che hanno condotto ad una simile modifica, avendo riguardo principalmente alla disciplina della semidetenzione e della libertà controllata.

La disciplina sostanziale e procedimentale della semidetenzione è prevista dagli artt. 55 e ss. della l. 896/1981, e si qualifica per essere un istituto che, sebbene introduca contenuti più miti rispetto alla pena detentiva classica, è connotato comunque da una significativa compressione della libertà personale del condannato, alla quale non si accompagnano altrettanti contenuti di carattere rieducativo o risocializzante³⁴⁴.

³⁴² È di questo avviso G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, op. cit., P. 17.

³⁴³ *Infra*, Cap. III, § 2.3.

³⁴⁴ L'art. 55 della l. 689/1981, al co. 1, dispone che il regime di semidetenzione comporti, in ogni caso, che il condannato ammesso a scontare la pena secondo tale modalità debba trascorrere almeno dieci ore giornaliere negli istituti o nelle sezioni indicate dall'art. 48 della l. 354/1975, situati nel comune di residenza del condannato o in uno vicino. In ogni caso, fermo restando il limite sopra indicato, la determinazione delle ore e dell'istituto viene effettuata tenendo conto dell'occupazione ovvero delle esigenze di studio del condannato medesimo. A tali prescrizioni, si aggiungono ulteriori significative limitazioni della libertà personale del condannato, essendo

Da una panoramica della disciplina ivi prevista, emerge un regime *ibrido* che non evita gli effetti *de-socializzanti* derivanti dalla permanenza presso gli istituti penitenziari: al riguardo, infatti, i condannati in espiatione di pena secondo il regime di semidetenzione – nelle ore di permanenza presso gli istituti di cui all’art. 48 della legge sull’ordinamento penitenziario – sono soggetti al trattamento penitenziario ordinario ex l. 354/1975 e d.P.R. n. 431/1976, il quale trova esecuzione “*in quanto applicabile*” ai sensi dell’art. 55, co. 4, l. 896/1981. Ne deriva, pertanto, una misura che concede limitati spazi di libertà al condannato senza fornire, d’altra parte, un apporto rieducativo o responsabilizzante utile al processo di reinserimento sociale del condannato stesso, il quale beneficia unicamente della facoltà di “*preservare e coltivare*” – nei limiti delle prescrizioni impartite – taluni aspetti della propria vita personale, soprattutto in relazione agli affetti familiari e agli impegni, lavorativi o didattici, che lo stesso aveva assunto prima della pronuncia della sentenza di condanna.

Inoltre, un dato altamente significativo delle ragioni che hanno condotto il legislatore delegante a disporre l’abrogazione dal novero delle pene sostitutive alle pene detentive brevi si rinviene anche da una generale *desuetudine applicativa* nella quale era caduta la semidetenzione, come ha dimostrato la recente prassi giurisprudenziale. Segnatamente, da uno studio statistico condotto dal Ministero della Giustizia circa la diffusione applicativa di vari istituti di *probation* – fra cui, *ex multis*, anche misure alternative alla detenzione e la messa alla prova ex art. 168-bis c.p. – è risultato, al 30 novembre 2017, che su un totale di 47193 soggetti – fra cui non solo condannati, ma anche imputati o indagati – ammessi, a vario titolo, a istituti di *probation*, solamente 6 erano quelli in esecuzione della pena secondo le forme della semidetenzione³⁴⁵.

Il dato evidenzia perfettamente la condizione di desuetudine in cui era caduto, da anni, un istituto ormai non più avvertito come utile o idoneo a favorire un percorso rieducativo del condannato, soprattutto in rapporto ad altri istituti – quali, a titolo esemplificativo, l’affidamento in prova al servizio sociale, ex art. 47 ord. penit. – i quali si prestano ad essere meno limitanti della libertà personale e maggiormente idonei a favorire un percorso di responsabilizzazione, rieducazione e risocializzazione del condannato³⁴⁶.

previsto, al co. 2 del medesimo articolo, che la sentenza di condanna applicativa del regime in esame disponga, *ex multis*, anche la sospensione della patente di guida e il ritiro del passaporto e di ogni altro documento equipollente ai fini dell’espatrio.

³⁴⁵ Per una consultazione più approfondita dei dati, si rimanda al seguente link del sito del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&facetNode_2=0_2_9&contentId=SST68162&previousPage=mg_1_14#. I numeri applicativi della stessa misura hanno subito un ulteriore vertiginoso calo negli anni successivi, tanto che – come si evince dalla *Relazione finale e proposte di emendamento al d.d.l. AC 2435*, in seno alla *riforma Cartabia* – al 15 aprile 2021, su un totale di circa 64000 soggetti ammessi in esecuzione penale esterna, solo 2 erano in semidetenzione.

³⁴⁶ Secondo la dottrina maggioritaria – cfr. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive, la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sistema Penale*, 2 settembre 2021 – le cause che hanno condotto in desuetudine applicativa le pene sostitutive della detenzione *breve* della libertà vigilata e della semidetenzione sono molteplici e variegate. Fra

Le medesime argomentazioni possono essere condotte in relazione alla diversa pena sostitutiva della libertà controllata, prevista dall'art. 56 della l. 689/1981. Rispetto alla semidetenzione, la misura presenta connotati al contempo meno limitativi della libertà personale e maggiormente finalizzati verso una prospettiva rieducativa del condannato³⁴⁷; anche questa, tuttavia, ha rilevato da sempre una scarsa applicazione pratica: sulla base del medesimo rapporto del Ministero della Giustizia, su un totale di 47193 soggetti ammessi a istituti di *probation*, solamente 176 di questi erano in esecuzione di pena sotto regime di libertà controllata³⁴⁸.

Nel disegno riformatore rimane invariata, invece, la presenza della pena pecuniaria nel novero delle sanzioni sostitutive della pena detentiva *breve*, in relazione alla quale l'art. 1, co. 17, *lett. l)* dispone che si proceda ad una revisione dei criteri di computo del valore economico che debba assumere un giorno di pena detentiva: il meccanismo che complessivamente ne deriva – rifuggendo da rigidi automatismi di calcolo – si fonda su criteri che, conferendo spazi di manovra al giudice della cognizione nello stabilire l'ammontare definitivo, siano improntati a principi di *ragionevolezza* e *sostenibilità* della pena pecuniaria sostitutiva in relazione alle condizioni economiche del condannato, anche tenendo conto delle esigenze proprie del suo nucleo familiare³⁴⁹.

Altro caposaldo del progetto di riforma del sistema sanzionatorio risiede nell'estensione del limite di pena identificativo della c.d. pena detentiva "*breve*": l'art. 1, co. 17, *lett. e)* della legge delega alla *riforma Cartabia* dispone che il limite di pena detentiva, comminata con sentenza di condanna, suscettibile di sostituzione con altra pena sostitutiva è innalzato da due a quattro anni. L'opzione normativa del legislatore delegante è carica di significato: al netto della modifica, infatti, è parificato a quattro anni tanto il limite di pena detentiva sostituibile con altra pena sostitutiva – ai sensi della l. 689/1981 – quanto il limite di pena detentiva che, ai sensi

queste, un ruolo chiave ha giocato il mancato aggiornamento della disciplina delle pene sostitutive all'introduzione di nuovi istituti incidenti sul trattamento sanzionatorio, quali la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, i quali si sono dimostrati nettamente più favorevoli all'imputato, soprattutto in relazione ai contenuti esecutivi delle misure che risultano complessivamente meno afflittivi e più attenti alle istanze rieducative del soggetto che sia ammesso a beneficiarne.

³⁴⁷ Fra le prescrizioni maggiormente afflittive, l'art. 56, co. 1, della l. 896/1981 dispone che, in ogni caso, il regime di libertà controllata debba prevedere: il divieto di allontanarsi dal comune di residenza, salvo autorizzazione concessa di volta in volta ed esclusivamente per motivi di studio, lavoro, salute o famiglia e l'obbligo di firma giornaliero, nonché il ritiro del passaporto e la sospensione della patente di guida. Assume connotati rieducativi, invece, la previsione di cui al co. 2 del medesimo articolo, secondo cui il magistrato di sorveglianza, in esecuzione della pena in regime di libertà controllata, può disporre che i servizi sociali di cui all'art. 26 della legge sull'ordinamento penitenziario possano svolgere interventi idonei al reinserimento del condannato.

³⁴⁸ Sulla base dei dati riportati nella *Relazione finale e proposte di emendamento al d.d.l. AC 2435*, in merito al progetto di *riforma Cartabia*, solamente 104 soggetti erano in esecuzione di pena nelle forme della libertà controllata, a fronte di circa 64000 soggetti ammessi all'esecuzione penale esterna.

³⁴⁹ L'art. 1, co. 17, *lett. l)*, secondo periodo, dispone che si debba: "[...] determinare il valore giornaliero minimo in modo tale da evitare che la sostituzione della pena risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, consentendo al giudice di adeguare la sanzione sostitutiva alle condizioni economiche e di vita del condannato".

dell'art. 656, co. 5 c.p.p., obbliga il pubblico ministero all'adozione del decreto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, contestualmente all'emissione dell'ordine di esecuzione della stessa; tale meccanismo concede al condannato, o al suo difensore, un termine di trenta giorni, decorrenti dalla notificazione del suddetto provvedimento, per presentare istanza di ammissione “*da libero*” ad una delle misure alternative alla detenzione, previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario, durante il quale il corso dell'esecuzione si intende sospeso sino alla decisione sulla medesima istanza.

Rimandando alle pagine che seguono un maggiore approfondimento sul tema³⁵⁰, in questa sede appare opportuno anticipare, brevemente, che tale previsione comporta una vera e propria *rivoluzione* dei rapporti giurisdizionali intercorrenti fra il giudice competente per la fase di cognizione e la magistratura di sorveglianza. Avendo la riforma *trasferito* istituti – prima definiti come misure alternative alla detenzione – nel novero delle pene sostitutive della pena detentiva *breve* e avendo proceduto alla parificazione del limite della pena detentiva sostituibile – ex l. 896/1981 – al limite di pena detentiva, comminata con sentenza di condanna passata in giudicato, per cui sorge l'obbligo in capo al pubblico ministero di procedere alla contestuale emissione del decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, ne derivano delle dinamiche procedurali del tutto rinnovate, in base alle quali – in buona sostanza – vengono annesse alla competenza del giudice di cognizione parte delle funzioni precedentemente appannaggio esclusivo del tribunale di sorveglianza.

In generale, il meccanismo procedimentale ha, come finalità principale, quella di anticipare alla fase di cognizione l'applicazione dei contenuti propri di talune delle misure alternative alla detenzione, le quali vengono, allo scopo, trasferite nel novero delle pene sostitutive così da essere applicate dal giudice della cognizione già in sede di pronuncia della sentenza di condanna, perseguendo in tal modo anche esigenze di razionalizzazione del sistema procedimentale e di deflazione del carico pendente dinanzi alla giurisdizione di sorveglianza³⁵¹. Non è da sottovalutare, d'altro canto, il contributo che una suddetta modifica normativa apporta al percorso finalizzato ad una “*mitigazione*” dei contenuti del sistema sanzionatorio, i quali – abbandonando la *monoliticità* propria di un sistema che offre poche aperture a percorsi alternativi alla detenzione in sede di condanna – si aprono all'ingresso di ulteriori contenuti che

³⁵⁰ *Infra*, Cap. III, § 2.2.

³⁵¹ Sul punto, un parere critico è sollevato da A. CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *Penale Diritto e Procedura*, op. cit.; l'A. evidenzia come le linee guida adottate dal legislatore delegante abbiano disatteso le crescenti aspettative circa una generale riorganizzazione del sistema sanzionatorio, avendo mancato – in buona sostanza – l'occasione di introdurre delle pene caratterizzate da una maggiore personalizzazione e diversità di contenuti rieducativi – distinte da quella pecuniaria e detentiva – e avendo invece mutato *veste giuridica* a delle misure i cui contenuti erano già previsti dall'ordinamento e che avrebbero, a buon diritto, potuto già rappresentare delle pene principali.

introducono prospettive interessanti dal punto di vista del perseguimento di una cosiddetta “*pena prescrittiva*”³⁵², nell’ottica del perseguimento di una maggiore *personalizzazione* dei contenuti sanzionatori in base alle concrete esigenze rieducative del reo fin dalla fase di irrogazione della pena con sentenza di condanna, senza dover attendere che si intraprenda la fase esecutiva della stessa.

2.2 Il nuovo limite temporale della pena detentiva *breve*: un cambio di paradigma nei rapporti fra giurisdizione di cognizione e giurisdizione di sorveglianza?

Come già riportato nel contributo precedente³⁵³, una delle maggiori novità introdotte dal progetto di riforma c.d. *Cartabia* in relazione al sistema sanzionatorio penale complessivamente considerato risiede, senza ombra di dubbio, nell’innalzamento del limite della cosiddetta pena detentiva *breve* da due a quattro anni di detenzione, limite in relazione al quale il giudice della cognizione può applicare, direttamente con sentenza di condanna, una pena sostitutiva.

La modifica normativa è connotata da pregnanti implicazioni pratiche, le quali possono essere ben riassunte nei seguenti ordini di fattori: da una parte, il progetto di riforma è finalizzato a permettere una maggiore accessibilità del condannato alle pene sostitutive della pena detentiva, le quali si connotano di ulteriori contenuti esecutivi a seguito dell’abolizione della semidetenzione e della libertà controllata e dell’ingresso, nel novero delle stesse, della semilibertà, della detenzione domiciliare e dei lavori di pubblica utilità; in secondo luogo, la riforma presenta importanti implicazioni da un punto di vista procedimentale, che discendono dalla circostanza che il limite di pena detentiva sostituibile è fatto coincidere – in quattro anni – con il limite di pena per cui, ex art. 656, co. 5 c.p.p., sussiste l’obbligo di procedere all’adozione del decreto di sospensione contestualmente all’emissione dell’ordine di esecuzione.

In relazione al primo dei due aspetti sopra riportati, appare opportuno evidenziare, brevemente, che l’aumento del limite di pena detentiva sostituibile da due a quattro anni comporta un netto ampliamento del novero delle fattispecie di reato per la cui condanna non è più precluso al condannato di accedere, in astratto, al meccanismo di sostituzione previsto dalla l. 689/1981. La disciplina risultante dall’esercizio della delega permetterà, infatti, l’accesso al beneficio dell’applicazione di una pena sostitutiva alla pena detentiva anche in relazione a condanne a

³⁵² L’argomento sarà oggetto di maggiore approfondimento nel prosieguo della trattazione (*infra*, Cap. III, § 3).

³⁵³ *Ut supra*, Cap. III, § 2.1.

pena detentiva maggiore, e presumibilmente per fattispecie di reato più gravi, rispetto a quelle ammesse dalla disciplina previgente³⁵⁴.

L'effetto di maggior rilievo che la modifica normativa al limite di pena detentiva sostituibile produce, risiede nella totale sovrapponibilità dello stesso al limite di pena detentiva, comminata con sentenza definitiva, per il quale – ai sensi dell'art. 656, co. 5 c.p.p. – il pubblico ministero ha l'obbligo di emettere l'ordine di esecuzione della sentenza contestualmente sospeso. Dall'esercizio della delega risulterà un sostanziale stravolgimento della ripartizione delle funzioni giurisdizionali e delle competenze fra il giudice della fase di cognizione e il tribunale di sorveglianza in relazione alle condanne a pena detentiva rientranti nel limite di quattro anni: il primo, infatti, potrà procedere all'applicazione, direttamente nella sentenza di condanna, di pene sostitutive della pena detentiva *breve*, i cui contenuti sono in parte mutuati dalla disciplina delle misure alternative alla detenzione. Conseguenza, pertanto, un meccanismo procedimentale radicalmente nuovo che – in relazione alla semilibertà e alla detenzione domiciliare – anticipa alla fase di cognizione la produzione di effetti che, stando alla disciplina previgente, si sarebbero prodotti solamente in fase esecutiva della pena, a seguito dell'accoglimento dell'istanza di ammissione ad una delle misure alternative presentata, dal condannato o dal suo difensore nominato per la fase esecutiva, ai sensi dell'art. 565, co. 6 c.p.p.

Come appare evidente, la modifica normativa non è di poco conto: la *ratio legis* sottesa al progetto di riforma c.d. *Cartabia* è finalizzata, oltre che al raggiungimento di effetti deflattivi del contenzioso pendente dinanzi alla magistratura di sorveglianza³⁵⁵, soprattutto a razionalizzare il sistema sanzionatorio in relazione ai momenti di passaggio dalla fase di cognizione alla fase esecutiva della pena. Il disegno riformatore, infatti, persegue tali scopi combinando, da una parte, la totale sovrapposizione dei limiti di pena detentiva che legittimano l'applicazione di una pena sostitutiva in fase di cognizione e la sospensione dell'ordine di esecuzione in fase esecutiva, e dall'altra favorendo il transito di taluni istituti – prima previsti quali misure alternative alla detenzione – nel novero delle pene sostitutive della pena detentiva.

³⁵⁴ Segnatamente, a seguito dell'aumento del limite di pena detentiva *breve* due a quattro, è presumibile che possano essere oggetto di sostituzione – fermo restando le condizioni ostative alla concessione del beneficio previste dall'art. 59 della l. 689/1981 – anche pene detentive comminate in sentenza di condanna per fattispecie di reato astrattamente gravi, laddove con sentenza il giudice della cognizione abbia riconosciuto la prevalenza di circostanze attenuanti che legittimino l'irrogazione della pena detentiva complessivamente inferiore al limite di quattro anni.

³⁵⁵ Infatti, ai sensi dell'art. 656, co. 6 c.p.p., competente a decidere sull'istanza di ammissione ad una misura alternativa presentata dal condannato, ancora in stato di libertà, ovvero dal suo difensore, è il tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero, che è invece il soggetto istituzionalmente preposto a ricevere la medesima istanza.

Segnatamente, come la dottrina non ha mancato di rilevare³⁵⁶, la suddetta *osmosi giuridica* – che realizza la possibilità di applicare, quali pene sostitutive, la semilibertà e la detenzione domiciliare – da una parte incentiva il ricorso a riti alternativi e, dall'altra, riduce sensibilmente la verifica del fenomeno dei cosiddetti *liberi sospesi*³⁵⁷, facendo con tale locuzione riferimento a quei soggetti che – condannati a pena detentiva la cui esecuzione è contestualmente sospesa con l'ordine di esecuzione – restano, da liberi, in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza circa l'accoglimento o meno della richiesta di ammissione ad una misura alternativa alla detenzione presentata nel termine di sospensione dell'esecuzione di trenta giorni, ex art. 656, co. 5 c.p.p.

Infatti, in relazione all'incentivo a procedere secondo i riti alternativi di cui sopra, la legge delega alla riforma c.d. *Cartabia*, all'art. 1, co. 17, lett. e) dispone che le *novellate* pene sostitutive della pena detentiva *breve* possano trovare applicazione sia quando il giudice pronunci sentenza di condanna entro il limite di pena ivi previsto, sia quando il giudice applica la pena su richiesta delle parti, nelle forme di cui art. 444 c.p.p.

Ciò premesso, è opportuno compiere talune considerazioni.

Da una parte, il criterio direttivo all'esercizio della delega, fra i riti speciali, fa esplicitamente riferimento al c.d. "*patteggiamento*" e alla pronuncia del decreto penale di condanna, ex art. 459 c.p.p. Segnatamente, in relazione all'applicazione della pena su richiesta delle parti, si presenta un'interessante prospettiva pratica, derivante dalla circostanza che oggetto dell'accordo di patteggiamento possa essere non solo il *quantum* di pena detentiva da applicarsi – al netto dei benefici derivanti dall'opzione di procedere secondo le forme proprie del rito speciale di cui all'art. 444 c.p.p. – ma anche la *tipologia* di pena sostitutiva in applicazione della pena detentiva concordata, rientrando nel limite di quattro anni. Come la dottrina ha rilevato³⁵⁸, all'imputato che opti di procedere secondo il rito di cui all'art. 444 c.p.p. si prospetta l'opportunità di patteggiare la pena detentiva, entro i quattro anni, sostituita con pene sostitutive – quali la detenzione domiciliare ovvero i lavori di pubblica utilità – le quali gli garantiscono l'assoluta certezza di non entrare nelle dinamiche carcerarie, evitando pertanto la condizione di

³⁵⁶ Cfr. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, op. cit. e E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive, la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sistema Penale*, 2 settembre 2021.

³⁵⁷ Per un approfondimento delle implicazioni pratiche del fenomeno dei c.d. "*liberi sospesi*", cfr. G. DI ROSA, *Le misure sospensivo-probatorie nell'esperienza milanese: l'affidamento in prova e la liberazione condizionale*, in E. DOLCINI – A. DELLA BELLA (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 297.

³⁵⁸ Cfr. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, op. cit., p. 17.

libero sospeso che si sarebbe verificata, invece, per le pene detentive superiori ai due anni, non sostituibili secondo la previgente disciplina³⁵⁹.

Importanti novità si prospettano anche in relazione al procedimento per decreto, ex art. 459 c.p.p. Segnatamente, l'art. 1, co. 17, *lett. e*), ultimo periodo, della legge delega dispone che, in sede di emissione del decreto penale di condanna, la pena detentiva ivi prevista possa essere sostituita, oltre che con la pena pecuniaria già prevista, anche con i lavori di pubblica utilità, se il condannato non si oppone³⁶⁰. È verosimile che una tale previsione si iscriva in quella corrente di politica legislativa – della quale il progetto di riforma c.d. *Cartabia* fa parte – che persegue una generale revisione del sistema sanzionatorio, attraverso la valorizzazione di contenuti maggiormente rieducativi e risocializzanti della pena fin dalla fase di irrogazione della stessa con sentenza di condanna.

Analizzate le implicazioni procedurali derivanti dalla sovrapposizione del limite di pena detentiva sostituibile con il limite di pena implicante la contestuale sospensione dell'ordine di esecuzione della sentenza di condanna, ex art. 656, co. 5 c.p.p., appare opportuno dedicare il resto del presente contributo alle modifiche *qualitative* che la legge delega n. 134/2021 intende apportare alla l. 896/1981, in relazione ai contenuti delle *nuove* pene sostitutive della pena detentiva.

Come in precedenza analizzato³⁶¹, la legge delega intende procedere ad una modifica sostanziale del catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva *breve*, procedendo, da una parte, all'abolizione delle misure della semidetenzione e della libertà controllata – ormai cadute in desuetudine applicativa – e inserendovi, invece, le misure del lavoro di pubblica utilità, della

³⁵⁹ I maggiori effetti della riforma sul punto si notano soprattutto in relazione alle pene detentive “*patteggiate*” superiori ai due anni, per le quali, in precedenza, il condannato era obbligato a presentare istanza di ammissione ad una misura alternativa dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e, quindi, già in fase esecutiva, essendo il limite di pena sostituibile individuato in due anni di detenzione. Al riguardo, infatti, secondo la novella introdotta dal progetto di riforma *Cartabia*, anche il condannato, a seguito di patteggiamento, a pena detentiva superiore a due anni e inferiore a quattro anni, potrà esser certo - già dalla fase di cognizione – di evitare l'ingresso in carcere patteggiando la pena sostitutiva della detenzione domiciliare, per le pene detentive fino a quattro anni, e del lavoro di pubblica utilità, per le pene detentive fino a tre anni.

³⁶⁰ È opportuno ritenere che l'opposizione – di cui l'art. 1, co. 17, *lett. e*), ultimo periodo della legge delega 134/2021 fa menzione – non fa riferimento all'opposizione al decreto penale di condanna, ex art. 461 c.p.p., bensì ad un'opposizione del condannato all'applicazione della specifica sanzione sostitutiva della prestazione di lavoro di pubblica utilità. Una simile interpretazione si giustifica per due ordini di ragioni:

- a) Qualora la locuzione “*se il condannato non si oppone*” fosse riferita all'opposizione al decreto penale di condanna, e non alla singola pena sostitutiva della pena detentiva, la precisazione risulterebbe del tutto superflua, essendo l'opposizione al decreto penale di condanna già ampiamente contemplata e disciplinata dagli artt. 461 e ss. c.p.p.
- b) La medesima locuzione – “*se il condannato non si oppone*” – si rinviene, alla stessa lettera, anche in relazione alla pronuncia di sentenza di condanna, o di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., a pena detentiva non superiore a tre anni, la quale è sostituibile anche con la prestazione di lavoro di pubblica utilità, oltre che con la semilibertà e la detenzione domiciliare.

³⁶¹ *Ut supra*, Cap. III, § 2.1.

semilibertà e della detenzione domiciliare. In relazione alle ultime due, è opportuno precisare che queste – al netto del progetto di riforma – assumono una *doppia veste giuridica*, non perdendo quella loro originariamente propria di misure alternative alla detenzione, e potendo, pertanto, essere applicate, anche dopo la condanna definitiva a pena detentiva, dal tribunale di sorveglianza a seguito di apposita istanza presentata dal condannato.

In veste di pena sostitutiva alla pena detentiva *breve*, l'art. 1, co. 17, *lett. e)* della legge-delega n. 134/2021 dispone che la semilibertà e la detenzione domiciliare possano essere applicate in sostituzione di pene detentive – applicate con sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti – entro il limite massimo di quattro anni.

Il legislatore delegante ha inteso, per la disciplina dei contenuti delle nuove pene sostitutive della pena detentiva *breve*, fare riferimento alla disciplina già prevista per tali misure in altri settori dell'ordinamento giuridico ed esecutivo della pena. Al riguardo, l'art. 1, co. 17, *lett. f)* dispone che il legislatore delegato, nel disciplinare la nuova *veste giuridica* della semilibertà e della detenzione domiciliare, debba fare riferimento alla corrispettiva disciplina delle stesse prevista, in funzione di misure alternative, dalla legge sull'ordinamento penitenziario, in quanto compatibile. La suddetta *clausola di compatibilità* espressa rappresenta l'elemento maggiormente incerto, potendo sorgere problemi di compatibilità soprattutto circa la diversità delle fasi procedurali in cui le stesse troveranno applicazione. In altri termini, la disciplina dettata dalla legge sull'ordinamento penitenziario in merito alla semilibertà e la detenzione domiciliare trova applicazione in fase esecutiva della pena, mentre, in qualità di pene sostitutive della pena detentiva *breve*, le stesse misure troveranno applicazione ancora in fase di cognizione, con le implicazioni che di seguito saranno riportate.

In relazione al regime di semilibertà, i contenuti esecutivi dello stesso sono definiti dall'art. 48 ord. penit., il quale definisce un regime non dissimile da quello previsto dall'ormai abrogata semidetenzione, di cui all'art. 55 della l. 689/1981: entrambe le misure, infatti, si compongono della necessaria permanenza, per un periodo del giorno, presso l'istituto penitenziario – anche se in un'ala apposita e in abiti civili – e della possibilità di trascorrere le ore restanti all'esterno dell'istituto, per partecipare ad attività istruttive, lavorative, o comunque utili al suo reinserimento sociale. Le maggior differenze si riscontrano, invece, in relazione alle ulteriori prescrizioni limitative che corredevano, ex art. 55, co. 2 della l. 896/1981, la disciplina della semidetenzione – fra cui, le più restrittive erano rappresentate dalla sospensione della patente di guida e il ritiro del passaporto e di ogni altro documento equipollente ai fini dell'espatrio – le quali, invece, non figurano nella disciplina di cui all'art. 48 della l. 354/1975.

A ben vedere, i maggiori dubbi sorgono in relazione alla disciplina procedimentale che conduce all'applicazione della misura in esame, data la previsione di elementi di giudizio che sono essenzialmente attinenti alle dinamiche proprie della fase esecutiva della pena e, di

conseguenza, incontrano notevoli difficoltà qualora fossero riportati, *rebus sic stantibus*, in fase di cognizione. Tralasciando i limiti di pena previsti dall'art. 50, co. 1 ord. penit. – i quali si intendono derogati dalla previsione di cui all'art. 1, co. 17, lett. e), primo periodo della legge delega n. 134/2021 – le maggiori perplessità sorgono in relazione all'art. 50, co. 4 ord. penit., il quale subordina la concessione della misura della semilibertà ad un giudizio positivo circa i “*progressi compiuti nel trattamento [penitenziario], quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società*”, per la valutazione dei quali un notevole contributo è offerto dall'osservazione scientifica della personalità – ex art. 13 ord. penit. – attraverso la quale viene redatto un apposito programma di trattamento, personalizzato in ragione delle esigenze e delle attitudini del singolo detenuto³⁶².

In relazione alla detenzione domiciliare *ordinaria*, invece, sembrano sorgere meno criticità nell'effettuare un generale rimando ai contenuti e ai requisiti applicativi della misura, come disciplinato dall'art. 47-ter ord. penit. A parere di chi scrive, le ragioni di quanto appena sostenuto devono rinvenirsi nella circostanza che la misura in esame, essendo stata valorizzata soprattutto per sopperire al crescente fardello rappresentato dal sovraffollamento carcerario³⁶³, prevede requisiti applicativi di natura prettamente *oggettiva*, scevri da giudizi di carattere soggettivo, incentrati principalmente sui risultati emergenti dal percorso rieducativo e trattamentale effettuato in fase esecutiva della pena.

Pertanto, è astrattamente ipotizzabile – salvo piccoli accorgimenti di natura procedimentale attinenti all'applicazione in fase di cognizione – estendere la disciplina di cui all'art. 47-ter ord. penit. alla detenzione domiciliare in funzione di pena sostitutiva alla pena detentiva breve.

Qualche dubbio sorge in relazione all'applicazione dell'art. 47-ter, co. 01 ord. penit. – relativo alla cosiddetta detenzione domiciliare *per fini umanitari*, applicabile in relazione ai detenuti ultrasessantenni che non siano stati condannati per i reati “*ostativi*” specificamente indicati dal medesimo comma – in relazione al rispetto del limite di pena detentiva sostituibile: il comma 01, adempiendo a finalità di carattere umanitario, trova applicazione in relazione ai detenuti, che si trovino nelle condizioni di cui sopra, indipendentemente dall'ammontare della pena detentiva da scontare. A parere di chi scrive, ciò potrebbe rappresentare un punto di frizione

³⁶² Pertanto, risulta evidente che il legislatore delegato, nell'esercizio della delega di cui all'art. 1, co. 17, lett. e), non possa effettuare un rimando completo alla disciplina disposta dall'ordinamento penitenziario in relazione alla semilibertà agli artt. 50 e ss., ma debba integrare normativamente i requisiti che legittimano l'applicazione della suddetta misura in funzione di pena sostitutiva alla pena detentiva *breve*.

³⁶³ Sul punto, cfr. L. SPAVENTI – F. GHEZZI, *Le misure alternative alla detenzione nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI – A. MACRILLÒ (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 601; le A. evidenziano come la valorizzazione dell'istituto – tanto in chiave di misura alternativa alla detenzione, quanto in chiave di pena sostitutiva alla pena detentiva entro il limite di quattro anni – risponde alla tendenza moderna volta a “*depotenziare il ricorso al carcere, che deve restare l'extrema ratio*”, inserendosi pertanto in quella corrente di politica criminale volta al superamento di una visione tuttora carcerocentrica.

con la disciplina dettata dall'art. 1, co. 17, lett. e) della legge-delega, il quale – come ampiamente riportato – dispone che il limite di pena detentiva sostituibile con la detenzione domiciliare debba essere fissato in quattro anni.

È questo un nodo che solo il legislatore delegato, in sede di esercizio della delega, potrà sciogliere; in generale, ad avviso di chi scrive, le particolari ragioni di carattere umanitario che sottendono alla suddetta tipologia di detenzione domiciliare “speciale” potrebbero, astrattamente, legittimare una deroga al limite di pena detentiva massima sostituibile.

Il dettato testuale dell'art. 1, co. 17, lett. f) della legge-delega non preclude, astrattamente, la possibilità che la disciplina della detenzione domiciliare, quale pena sostitutiva alla pena detentiva, possa essere mutuata anche dalle ulteriori forme speciali di detenzione domiciliare, di cui agli artt. 47-quater³⁶⁴ e 47-quinquies³⁶⁵ ord. penit., le quali potrebbero essere applicate anche direttamente nella sentenza di condanna. In relazione alle forme di detenzione domiciliare di cui all'art. 47-quater ord. penit., si pone lo stesso interrogativo sopra esposto in relazione alla detenzione domiciliare per ragioni umanitarie, di cui all'art. 47-ter, co. 01, essendo l'istituto applicabile, in funzione di misura alternativa alla detenzione, indipendentemente dal quantum di pena da scontare, in presenza delle comprovate ragioni sanitarie e delle esigenze trattamentali di cui al medesimo articolo.

Ciò premesso, in relazione alla detenzione domiciliare, la previsione della legge-delega di fornire alla misura una nuova veste giuridica ha riscosso notevole successo nella dottrina maggioritaria³⁶⁶. La stessa, infatti, ha accolto di buon grado la novella, manifestando altresì gli auspici che la rinnovata funzione della misura possa favorire la predisposizione di una disciplina che presenti contenuti maggiormente rieducativi e risocializzanti rispetto a quelli di cui, invece, la misura è propria in fase esecutiva della pena³⁶⁷.

³⁶⁴ La norma prevede una forma speciale di detenzione domiciliare in favore di soggetti affetti da AIDS conclamate o da grave deficienza immunitaria, indipendentemente dal quantum di pena che devono scontare, che hanno in corso – o intendono intraprendere – un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative sul territorio.

³⁶⁵ La norma introduce un regime speciale di detenzione domiciliare motivato da ragioni di tutela e salvaguardia della prole e del rapporto genitoriale, oltre i limiti di concessione della misura ordinaria previsti dall'art. 47-ter, co. 1, lett. a) e b), in presenza di minori di anni dieci, qualora non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se la misura possa essere utile a ripristinare la convivenza con i figli. La norma non pone alcun limite massimo di pena per poter accedere alla misura, disponendo unicamente che la stessa possa essere concessa in relazione alla detenuta madre – ma anche al detenuto padre a seguito dei recenti interventi parificatori della Consulta – che abbia scontato almeno un terzo della pena, ovvero quindici anni in caso di condanna all'ergastolo.

³⁶⁶ Cfr. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive, la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, op. cit., e G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, op. cit.

³⁶⁷ Al riguardo, cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, op. cit.; l'A. auspica, infatti, che l'osmosi giuridica delle misure alternative alla detenzione nel novero delle pene sostitutive della detenzione sia accompagnata anche dalla previsione di risorse da destinare agli U.E.P.E., i quali possono seguire l'esecuzione delle stesse e contribuire a fornire loro ulteriori contenuti rieducativi e risocializzanti. Tale esigenza è ancor più sentita in relazione alla detenzione domiciliare, la cui rinnovata funzione giuridica dovrebbe permettere

Le legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia* introduce, nel novero delle pene sostitutive della detenzione, anche la misura del lavoro di pubblica utilità, la quale – ai sensi dell’art. 1, co. 17, lett. e) – potrà essere applicata dal giudice della cognizione, direttamente nella sentenza di condanna, in sostituzione di pene detentive non superiori a tre anni, a condizione che il condannato presti a ciò consenso. Anche in relazione al suddetto istituto si realizza un fenomeno di osmosi giuridica, non dissimile da quello che interessa la semilibertà e la detenzione domiciliare: la misura, infatti, era già prevista in funzione di pena principale irrogabile, con sentenza di condanna, dal giudice di pace in ossequio alla l. 274/2000 –istitutiva della competenza penale del suddetto giudice – alla quale l’art. 1, co. 17, lett. e) fa rimando per mutuarne la disciplina sostanziale e procedimentale.

Una delle maggiori novità emergenti dal progetto di riforma rispetto alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità risiede nelle dinamiche applicative della stessa: ai sensi dell’art. 54 della l. 274/2000, il giudice può applicare la pena principale del lavoro di pubblica utilità – nei casi previsti dall’art. 52 della medesima legge – solo qualora sia il condannato, o il suo difensore, a farne richiesta; diversamente, ai sensi dell’art. 1, co. 17, lett. e) della l. 134/2021, la sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità è applicata direttamente dal giudice con sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a tre anni, previo consenso del condannato³⁶⁸. In altri termini, è introdotto una sorta di automatismo applicativo – in favore del condannato – il quale è temperato dalla possibilità che quest’ultimo neghi il proprio consenso ad esservi sottoposto, recuperando così quella dimensione *volontaristica* e *consensualistica* che è propria dell’istituto in funzione di pena principale per i procedimenti penali dinanzi al giudice di pace.

Ai sensi dell’art. 1, co. 17, lett. f), laddove il giudice applichi la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, questa deve avere la medesima durata della pena detentiva principale oggetto di sostituzione³⁶⁹; inoltre, l’art. 1, co. 17, lett. i) dispone che se il lavoro di pubblica utilità ha

l’abbandono di una dimensione *segregante* della misura stessa – incentrata sulla logica dello “*stare chiusi in casa*” – per aprirsi, invece, a dimensioni prettamente rieducative e risocializzanti.

³⁶⁸ Data l’applicabilità della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità direttamente dal giudice con sentenza di condanna, è logico ritenere che, nelle dinamiche applicative, piuttosto che una manifestazione positiva del consenso in tal senso, si giunga a richiedere più semplicemente che il condannato non vi si opponga esplicitamente.

³⁶⁹ Come rileva E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive, la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, op. cit., la legge delega n. 134/2021 –nel prevedere che la durata del lavoro di pubblica utilità debba corrispondere alla durata della pena detentiva con la stessa sostituita – ha optato per una soluzione diversa da quella proposte dalla Commissione presieduta da G. Lattanzi, la quale proponeva una differenziazione del regime di durata della pena sostitutiva; segnatamente, i lavori della Commissione avevano proposto le seguenti soluzioni:

- a) In caso di condanna comminata con sentenza pronunciata all’esito del rito ordinario o del giudizio abbreviato, si prevedeva che la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità dovesse essere della stessa durata della pena detentiva sostituita.
- b) In caso di condanna con sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, ex art. 444 c.p.p., ovvero con decreto penale di condanna, la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità dovesse avere durata pari alla metà della pena detentiva sostituita.

esito positivo ed è accompagnato, alternativamente, dal risarcimento del danno ovvero dall'adempimento di condotte idonee all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ove possibili, questo comporti la revoca della confisca disposta con sentenza di condanna, fatti salvi i casi di confisca obbligatoria, ex art. 240 c.p.

Nel complesso, la previsione del lavoro di pubblica utilità nel novero delle pene sostitutive della pena detentiva si iscrive in quella corrente di politica criminale propensa all'inserimento di elementi rieducativi, risocializzanti e, talvolta, anche riparatori direttamente nei contenuti propri della pena irrogata con sentenza di condanna, anticipando tale momento alla fase di cognizione senza dover attendere di accedervi nelle dinamiche esecutive della condanna; con gli opportuni accorgimenti, una simile passaggio normativo apre spiragli interessanti per addivenire, *de lege ferenda*, alla previsione di forme di *pena prescrittiva*³⁷⁰.

In ultimo, nel catalogo delle pene sostitutive della pena detentiva permane la pena pecuniaria, la quale può essere applicata in sostituzione di pene detentive non superiori ad un anno. La misura era già prevista nel novero delle pene sostitutive dalla l. 896/1981, tuttavia era limitata alla sostituzione di pene detentive non superiori a sei mesi: anche in questo caso, il legislatore delegante ha raddoppiato tale limite. Una delle maggiori novità introdotte dal progetto di riforma in merito alla pena pecuniaria in sostituzione di quella detentiva – per la cui disciplina l'art. 1, co. 17, *lett. l)* effettua un generale rimando all'art. 53 della l. 896/1981 – risiede nella modifica delle modalità di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria, procedendo alla modifica del criterio di calcolo del valore pecuniario di un giorno di detenzione. Alla stessa lettera, infatti, è previsto che il legislatore delegato debba disporre che il giudice, nel definire l'ammontare di pena pecuniaria risultante dalla sostituzione della pena detentiva, non debba essere vincolato ai criteri di cui all'art. 135 c.p. per quanto riguarda il valore giornaliero minimo per un giorno di pena detentiva; nel massimo, invece, il valore pecuniario per un giorno di detenzione non possa eccedere il valore di euro 2500 – in caso di condanna con sentenza – e di euro 250, in caso di emissione di decreto penale di condanna³⁷¹.

Le proposte della Commissione Lattanzi, allo scopo di conseguire risultati più efficaci in termini di deflazione del carico pendente, perseguivano l'intento di incentivare ulteriormente il ricorso a riti alternativi, in relazione ai quali erano adibiti ulteriori benefici sanzionatori in sede di sostituzione della pena detentiva.

³⁷⁰ Per un maggiore approfondimento sul tema: vedi *infra*, Cap. III, § 3.

³⁷¹ La riforma intende recepire i recenti arresti della Corte costituzionale in tema di sostituzione della pena detentiva in pena pecuniaria, segnatamente in relazione al valore pecuniario minimo da assegnare ad un giorno di pena detentiva in fase di computo della pena pecuniaria sostitutiva complessiva. Con sentenza n. 28 del 2022, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 53, co. 2 della l. 689/2021 nella misura in cui prevede che “*il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del Codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare*”, anziché “*il valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 del Codice penale*”. Ne discende, pertanto, che nel definire l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva, entro il limite di un anno, l'importo pecuniario da assegnare ad un giorno di pena detentiva potrà variare da un minimo di euro 75 ad un massimo di euro 2500.

Inoltre, recependo le indicazioni della prevalente dottrina³⁷², al fine di perseguire esigenze di razionalizzazione del sistema sanzionatorio e di ridurre l'elevato numero di pene pecuniarie rimaste inadempite per eccessiva gravosità per il condannato, il legislatore delegato dovrà prevedere che il giudice, nel definire il valore pecuniario di un giorno di pena detentiva, debba determinare l'ammontare complessivo della pena pecuniaria *“in modo tale da evitare che la sostituzione della pena risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare”*, potendo egli calibrarne l'ammontare in relazione *“alle condizioni economiche e di vita del condannato”*³⁷³.

In ultimo, la disciplina a corredo della riforma del sistema sanzionatorio in punto di pene sostitutive della pena detentiva dispone – all'art. 1, co. 17, lett. h) – che le disposizioni degli artt. 163 c.p. e seguenti, in relazione alla sospensione condizionale della pena, non possano trovare applicazione in relazione alle pene sostitutive della pena detentiva *breve*. La previsione vuole evitare che si realizzi un'eccessiva *mitigazione* del trattamento sanzionatorio, perseguendo invece la logica del *“castigo mite ma certo”*³⁷⁴, i cui contenuti realizzino il giusto compromesso fra una compressione della libertà personale, ovvero di altri diritti soggettivi, a fronte dell'applicazione di un trattamento sanzionatorio che presenti contenuti rieducativi, risocializzanti e riparatori, anche in una dimensione collettiva.

³⁷² Cfr. E. DOLCINI, *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della commissione Lattanzi*, in *Sistema Penale*, 4 giugno 2021.

³⁷³ Per comprendere le motivazioni che hanno sorretto la scelta del legislatore delegante, è opportuno richiamare parte della motivazione adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 28 del 2022, di cui alla nota precedente. La Consulta, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, co. 2 della l. 689/1981, ha rilevato che, se l'impatto delle pene detentive di uguale durata è sostanzialmente uguale per tutti i condannati, lo stesso non può dirsi per pene pecuniarie di eguale ammontare, potendo essere le condizioni economiche e di vita molto diversa fra i singoli condannati. Pertanto, in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale – di cui all'art. 3 Cost. – è doveroso che il giudice possa sempre adeguare, per quanto possibile, la pena pecuniaria alle condizioni economiche del condannato, affinché non risulti spropositatamente gravosa per lo stesso. Per un maggiore approfondimento sul punto, cfr. *Pena pecuniaria sostitutiva di pena detentiva breve: la Corte costituzionale porta il tasso minimo di conversione da 250 a 75 euro al giorno*, in *Sistema Penale*, sezione Documenti, 1° febbraio 2022.

³⁷⁴ È di questa opinione G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in *Sistema Penale*, op. cit.; l'A, ritiene che la medesima logica del *“castigo mite ma certo”* si rinvenga anche nella disposizione – di cui all'art. 1, co. 17, lett. m) – circa la revoca della concessione delle pene sostitutive della pena detentiva, applicate con sentenza di condanna, in relazione alla quale è previsto che, per il residuo di pena da eseguire, venga applicata altra pena sostitutiva ovvero si proceda direttamente nelle forme di pena detentiva, salvo responsabilità penali derivanti dalla violazione delle prescrizioni comportamentali delle pene sostitutive in precedenza applicate e poi revocate.

2.3 I criteri applicativi delle nuove pene sostitutive: lo spettro dell'operatività degli artt. 4-bis e 58-quater ord. penit. in relazione alla semilibertà e alla detenzione domiciliare in funzione di pene sostitutive

Analizzati gli aspetti sostanziali delle modifiche apportate dal disegno di riforma al catalogo delle pene sostitutive delle pene detentive brevi di cui alla l. 689/1981, appare opportuno, in questa sede, analizzare le dinamiche applicative delle stesse, avendo riguardo soprattutto ai criteri di scelta, ad opera del giudice in sentenza di condanna, delle singole pene sostitutive da applicare al caso concreto.

Oltre alle condizioni oggettive d'applicazione delle pene sostitutive – consistenti nei limiti di pena detentiva comminata con sentenza, di cui alla *lett. e)* dell'art. 1, co. 17 della legge delega n. 134/2021 – il legislatore delegante pone, altresì, ulteriori sbarramenti all'accesso al beneficio della sostituzione della pena detentiva aventi natura prettamente soggettiva, incentrati su un giudizio prognostico inerente alla personalità del condannato. Segnatamente, l'art. 1, co. 17, *lett. c)* della legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia* introduce due ulteriori limiti alla possibilità, per il giudice della cognizione, di procedere alla sostituzione della pena detentiva breve con altra pena sostitutiva: il giudice, infatti, è chiamato a compiere un difficile giudizio prognostico di natura *bifasica*, il quale deve tener conto dell'idoneità della pena sostitutiva scelta, a contribuire alla rieducazione del condannato e a prevenire il pericolo che egli commetta ulteriori reati, anche attraverso opportune prescrizioni appositamente impartite con sentenza di condanna.

Coma la dottrina non ha mancato di rilevare³⁷⁵, la disciplina applicativa delle pene sostitutive pone notevoli criticità interpretative, soprattutto in relazione al grado di *discrezionalità* rimessa al giudice nel determinare la tipologia di pena, nonché le opportune prescrizioni che la accompagnano allo scopo di contribuire alla rieducazione del condannato e di prevenire la commissione di ulteriori reati.

Procedendo con ordine, appare opportuno prendere le mosse dall'analisi dell'ampia discrezionalità riconosciuta al giudice della cognizione in fase di scelta delle pene sostitutive idonee a soddisfare i due requisiti di carattere soggettivo di cui all'art. 1, co. 17, *lett. c)* della legge delega 134/2021.

A ben vedere, è lo stesso legislatore delegante a tentare di *perimetrare* gli ampi margini discrezionali rimessi al giudice in sede di scelta della tipologia di pena sostitutiva: l'ultimo capoverso dell'art. 1, co. 17, *lett. c)* dispone infatti che il potere discrezionale del giudice, in

³⁷⁵ *Ex multis*, cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *Penale Diritto e Procedura*, op. cit. e D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, 21 febbraio 2022.

tema di applicazione delle pene sostitutive, debba essere oggetto di apposita disciplina in sede di esercizio della delega. Le maggiori criticità circa l'ampiezza degli spazi di manovra da riconoscersi al giudice in sede applicativa delle pene sostitutive sono principalmente due: al giudice della cognizione sono rimessi due distinti giudizi, un primo circa l'applicabilità o meno di una pena sostitutiva della pena detentiva breve, e l'altro in merito a quale tipologia di pena detentiva applicare. Un primo dubbio sorge circa gli indicatori e gli elementi alla stregua dei quali i due giudizi devono essere condotti: non è scontato, infatti, che debbano – o possano – essere condotti sulla base dei medesimi elementi di giudizio.

La legge delega dispone, alla *lett. c)* del suddetto comma, che un primo giudizio circa l'applicabilità in generale di una pena sostitutiva alla pena detentiva debba essere condotto tenendo conto dell'idoneità della pena a contribuire alla rieducazione del condannato e a prevenire il pericolo che commetta altri reati, anche sulla scorta di *ulteriori prescrizioni* che possono essere, allo scopo, affiancate alla sentenza di condanna. Come la dottrina non ha mancato di rilevare, i due criteri di giudizio risultano essere eccessivamente ampi, con ciò dilatando gli spazi entro cui può muoversi la discrezionalità del giudice della cognizione: alla luce di ciò si giustifica l'ulteriore disposizione, in capo al legislatore delegato, di definire e disciplinare i criteri in base ai quali il giudice dovrà esercitare un potere, altrimenti, eccessivamente discrezionale, che minerebbe il principio di certezza e determinatezza della pena. Fermo restando che un simile nodo potrà essere risolto unicamente dal legislatore delegato in fase di esercizio della potestà conferitagli, la dottrina ha evidenziato come i maggiori rischi che possono presentarsi sono principalmente due: da una parte, quello che il legislatore delegato, allo scopo, possa *accontentarsi* di un generico rimando ai criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p.; dall'altro, che il legislatore delegato possa, invece, introdurre dei requisiti soggettivi eccessivamente stringenti, i quali potrebbero precludere l'accesso alle pene sostitutive a predefinite categorie di condannati³⁷⁶.

Al riguardo, notevoli perplessità ha suscitato la previsione di un criterio di giudizio teleologico – individuato nella capacità rieducativa del condannato della pena sostitutiva – fra gli indicatori in base ai quali il giudice è tenuto a decidere in merito all'applicabilità, in generale, di una pena sostitutiva alla pena detentiva breve, nonché in relazione alla specifica tipologia di pena

³⁷⁶ È di questo parere D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, op. cit. L'A. evidenzia come entrambe le soluzioni potrebbero risultare insoddisfacenti: da una parte, un generico rimando ai criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p. potrebbero risultare inadeguati a soddisfare le esigenze proprie di un giudizio più complesso, che debba tener conto di indicatori soggettivi soprattutto in merito all'idoneità della misura a contribuire alla rieducazione del condannato; dall'altra, invece, la previsione di stringenti limiti di carattere soggettivo all'applicazione delle pene sostitutive potrebbe condurre alla preclusione dell'accesso a specifiche tipologie di pene sostitutive per determinate tipologie di condannati, con ciò alludendo principalmente ai casi in cui i condannati siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ex artt. 102 e seguenti del codice penale.

sostitutiva da applicare al caso concreto. Le maggiori perplessità sono sorte poiché – eccezion fatta per il lavoro di pubblica utilità, il quale risulta essere l'unica pena sostitutiva dotata di connotati effettivamente rieducativi e, a tratti, riparatori – la semilibertà e la detenzione domiciliare risultano essere pene *notevolmente afflittive* della libertà personale del soggetto e, al contempo, presentano limitati contenuti propriamente rieducativi³⁷⁷; del pari, contenuti rieducativi sono del tutto assenti anche nella pena pecuniaria. Al riguardo, sebbene la semilibertà presenti contenuti parzialmente rieducativi – che si manifestano nella possibilità di permanenza *extra-muraria* per lo svolgimento di attività lavorative, istruttive o comunque utili per il reinserimento sociale del condannato – la detenzione domiciliare, invece, è da sempre tacciata di palesarsi come un regime esecutivo della pena privo di contenuti rieducativi o risocializzanti, rispondendo prevalentemente ad una logica comunque detentiva, anche se in un luogo diverso dagli istituti penitenziari. Soprattutto in relazione a quest'ultima, appare difficile ipotizzare un giudizio di concessione della detenzione domiciliare fondato sul “*contributo rieducativo*” che la stessa è in grado di fornire al percorso di reinserimento del condannato.

Ulteriori criticità sorgono in merito ai criteri di scelta delle singole tipologie di pena sostitutiva da applicare al caso concreto, soprattutto in relazione alle *prescrizioni aggiuntive* che possono essere impartite dal giudice al fine di soddisfare i criteri teleologici dell'idoneità rieducativa e della prevenzione dal pericolo di commettere ulteriori fatti di reato. Al riguardo, una disciplina che concedesse eccessivi spazi di discrezionalità al giudice nell'impartire prescrizioni – da affiancare ai contenuti *originari* delle pene sostitutive – ritenute idonee a perseguire le finalità di cui sopra, potrebbe porsi in aperto contrasto con il *principio di determinatezza* della sanzione penale.

Ciò premesso, una possibile soluzione interpretativa – che tenti di perseguire anche istanze di “*personalizzazione*” dei contenuti della pena al fine di promuoverne una prospettiva rieducativa e riparativa – potrebbe derivare dal coinvolgimento degli Uffici per l'esecuzione penale esterna (U.E.P.E.), il quale è incentivato direttamente dalla legge-delega alla riforma c.d. *Cartabia* all'art. 1, co. 17, lett. g)³⁷⁸. A ben vedere, la norma non fornisce alcun dettaglio pratico in merito al ruolo che l'U.E.P.E. potrebbe ricoprire nella definizione delle *prescrizioni*

³⁷⁷ Cfr. D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, op. cit.; al riguardo, l'A., da una parte, evidenzia il carattere restrittivo delle due misure, suscettibili di incidere notevolmente sulla libertà personale del soggetto che vi è sottoposto, dall'altra trova una giustificazione a tale previsione alla luce della circostanza che, al netto della riforma, il limite di pena detentiva sostituibile con detenzione domiciliare e semilibertà è raddoppiato a quattro anni, con ciò implicando che queste possano essere applicate, laddove ne sussistano i presupposti, anche in relazione a condanne per reati di distinta gravità.

³⁷⁸ Il criterio direttivo espresso alla suddetta lettera dispone che i decreti recanti modifiche alla legge n. 689/1981 debbano: “[...] prevedere il coinvolgimento degli uffici per l'esecuzione penale esterna al fine di consentire l'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi nel giudizio di cognizione”.

di accompagnamento all'applicazione di una pena sostitutiva alla pena detentiva; tuttavia, è ragionevole ritenere che un simile adempimento possa agevolmente rientrare nella funzione ausiliaria che tale ufficio già riveste in fase esecutiva della pena, e si porrebbe perfettamente in linea con lo *spirito personalista*³⁷⁹ che guida la riforma del sistema sanzionatorio, tanto in fase applicativa che esecutiva della pena³⁸⁰.

Come la dottrina ha prontamente evidenziato, una delle sezioni della legge delega di maggior difficoltà interpretativa, in tema di modifica della disciplina delle pene sostitutive della pena detentiva, è da rinvenirsi nella previsione di cui all'art. 1, co. 17, lett. d). È ivi previsto, infatti, che il legislatore delegato debba provvedere a: *“ridisciplinare opportunamente le condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva, assicurando il coordinamento con le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario per l'accesso alla semilibertà e alla detenzione domiciliare”*.

Per fini di chiarezza espositiva, appare opportuno, interrogarsi, in primo luogo, sulle ragioni che hanno indotto il legislatore delegante a ritenere necessario il coordinamento della disciplina della semilibertà e della detenzione domiciliare, tanto in veste di pena sostitutiva alla pena detentiva, quanto in veste di misura alternativa alla detenzione; in secondo luogo, è necessario analizzare le implicazioni giuridiche che conseguono alla previsione – in relazione all'applicabilità delle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare – degli stessi limiti di carattere soggettivo previsti, dalla legge sull'ordinamento penitenziario, in relazione agli stessi istituti in qualità di misure alternative alla detenzione.

Appare opportuno precisare fin dal principio che il principale interrogativo riguarda l'estensione, anche alla disciplina della semilibertà e della detenzione domiciliare in funzione di pene sostitutive, dei limiti soggettivi previsti all'accesso ai suddetti istituti, in qualità di misure alternative alla detenzione, dagli art. 4-bis e 58-quater della legge sull'ordinamento penitenziario.

Procedendo con ordine, è ragionevole ipotizzare che l'esigenza di procedere al coordinamento delle due discipline dipenda dalla necessità di evitare irragionevoli disparità di trattamento in sede di applicazione delle medesime misure, rispettivamente, in fase di cognizione nei confronti dell'imputato – condannato con pena detentiva sostituibile – e in fase esecutiva nei confronti

³⁷⁹ L'accurata locuzione si deve a D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”*: una grande occasione non priva di rischi, in *Sistema Penale*, op. cit., p. 12.

³⁸⁰ Una possibile soluzione normativa potrebbe consistere nel coinvolgimento diretto dell'U.E.P.E., ovvero dei servizi sociali – in una fase antecedente rispetto alla formale applicazione della pena sostitutiva alla pena detentiva con sentenza – i quali interverrebbero in funzione ausiliaria del giudice di cognizione nella definizione delle prescrizioni di cui all'art. 1, co. 17, lett. c). Al riguardo, non appare irragionevole prospettare un coinvolgimento dell'U.E.P.E. non molto dissimile da quello previsto dall'art. 464-bis, co. 4, in relazione alla predisposizione, su richiesta dell'imputato, del programma di trattamento necessario per la concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, ex art. 168-bis del Codice penale.

del condannato a pena detentiva. In altri termini, sarebbe irragionevole una disciplina che prevedesse requisiti soggettivi meno stringenti per l'applicazione della medesima misura in funzione di pena sostitutiva piuttosto che in funzione di misura alternativa alla detenzione.

Un'impostazione normativa di tal genere, improntata al principio di esatta sovrapposizione delle rispettive discipline, comporterebbe la necessaria estensione dei limiti soggettivi disposti in relazione alle misure alternative alla detenzione della semilibertà e della detenzione domiciliare, previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario, anche alle medesime misure in funzione di pena sostitutiva. Conseguentemente, ciò implicherebbe che qualora un soggetto sia condannato per uno dei reati qualificati come *ostativi*, ex art. 4-*bis* ord. penit., anche qualora la pena detentiva fosse ricompresa nei limiti oggettivi per cui è ammessa la sostituzione con altra pena, costui non potrebbe comunque beneficiare della sostituzione della pena detentiva con le pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare, a meno che non si realizzino le condizioni che fanno cessare l'ostatività, di cui allo stesso articolo.

Il medesimo meccanismo ostativo troverebbe applicazione in relazione agli ulteriori limiti soggettivi previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario, soprattutto in relazione:

- a) ai limiti soggettivi all'applicazione del regime della detenzione domiciliare, di cui all'art. 47-*ter* ord. penit.;
- b) ai limiti soggettivi previsti, ex art. 50 ord. penit., alla concessione del regime di semilibertà;
- c) ai limiti soggettivi di cui all'art. 58-*quater*, co. 1 ord. penit.;

Al netto del quadro appena descritto, appare evidente che la riproposizione, *sic et simpliciter*, dei limiti soggettivi – previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario in relazione alle misure alternative della detenzione domiciliare e della semilibertà – nella disciplina delle medesime misure in funzione di pene sostitutive della pena detentiva rischierebbe di limitarne notevolmente l'ambito applicativo, tradendo le linee guida del progetto di riforma orientate ad una generale razionalizzazione del sistema sanzionatorio e al definitivo superamento della pervasiva visione *carcerocentrica*³⁸¹.

D'altro canto, è altresì innegabile l'irragionevole diversità di trattamento che verrebbe a realizzarsi – qualora non fosse operato un rinvio generalizzato a tutti i limiti di carattere soggettivo previsti dall'ordinamento penitenziario nella disciplina delle *nuove* pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare – fra soggetti che accedono alla medesima

³⁸¹ Cfr. D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, op. cit., p. 12; ivi l'A. evidenzia che *"la riproduzione sic et simpliciter della congerie di presunzioni ostative di cui è infarcito l'ordinamento penitenziario – oramai unificate più da una logica "nemicale" e dal vago sapore neo-retribuzionista che da effettive esigenze special-preventive – potrebbe comunque depotenziare notevolmente la riforma e risultare disarmonica con lo spirito "personalista" che la anima e con le connesse istanze rieducative e di "sussidiarizzazione" del carcere"*.

misura in fasi procedurali diverse. Se ciò si realizzasse, a titolo esemplificativo, verrebbe a realizzarsi una condizione di irragionevole disparità trattamentale fra un soggetto che, condannato per un reato di cui all'art. 4-bis ord. penit. a pena detentiva inferiore ai quattro anni, potrebbe beneficiare della pena sostitutiva della detenzione domiciliare o della semilibertà e un altro soggetto che, condannato per lo stesso titolo di reato *ostativo* a pena detentiva superiore al limite per poter beneficiare di pene sostitutive, non solo non potrebbe beneficiarne in sede di cognizione, ma non potrebbe beneficiarne – salvo che non si realizzino le condizioni che facciano cessare l'ostatività – neanche in sede esecutiva della pena, per i limiti soggettivi di cui all'art. 4-bis.

Anche in relazione alla suddetta questione, il nodo interpretativo potrà essere sciolto unicamente dal legislatore in sede di esercizio della delega. Al riguardo, un indicatore circa le possibili soluzioni che il legislatore delegato intende adottare al fine di risolvere il suddetto *impasse*, potrebbe essere fornito dalla circostanza che la legge-delega n. 134/2021 non abbia sposato, sul punto, l'orientamento espresso dalla Commissione Lattanzi, la quale aveva manifestato l'esigenza che, per le *nuove* pene sostitutive mutate dai corrispettivi modelli di misure alternative alla detenzione, fossero esplicitamente riproposti gli stessi limiti soggettivi previsti dalla legge sull'ordinamento penitenziario in relazione alle stesse misure alternative³⁸².

3. Verso la teorizzazione normativa di una pena *prescrittiva*?

3.1 La pena *prescrittiva* come leva per la “*sussidiarizzazione del carcere*”³⁸³: verso la teorizzazione di una pena *personalizzata* ad alto contenuto rieducativo?

L'esigenza di procedere ad una complessiva riorganizzazione del sistema sanzionatorio in materia penale è balzata, finalmente, all'occhio del legislatore. Sulla scorta di una corrente di politica criminale che, ormai da tempo, contrasta fortemente la scelta di procedere alla teorizzazione di un cosiddetto “*diritto penale del nemico*”, il progetto normativo sottostante alla riforma c.d. *Cartabia* – fra i molteplici temi, oggetto di intervento, inerenti alle dinamiche processual-penalistiche – intende procedere anche alla valorizzazione di istituti che, tanto da un punto di vista sostanziale che procedimentale, da una parte permettano il superamento di una concezione preminentemente *retribuzionista* della pena e, dall'altra, favoriscano percorsi di responsabilizzazione e reinserimento del reo che contribuiscano ad accrescere il senso di

³⁸² Per un maggiore approfondimento sulle proposte avanzate dalla Commissione Lattanzi sul punto, cfr. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive, la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, op. cit. e D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, op. cit.

³⁸³ L'espressione è mutuata da D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, op. cit.

coesione sociale, abbandonando contestualmente la logica “*separativa del deviante*” che tuttora permea l’intero ordinamento giuridico in materia penale.

Eccezion fatta per gli istituti di *diversion* procedimentale – i quali fuoriescono dalle dinamiche processual-penalistiche classiche che conducono l’accertamento di un fatto punibile come reato, in caso di reità dell’imputato, nello “*stretto passaggio*” costituito dalla condanna – una delle maggiori critiche mosse al sistema sanzionatorio vigente risiede in quella che è stata efficacemente definita come una cosiddetta “*monosanzionarietà*”, la quale si estrinseca nella rigida previsione di un meccanismo *binomiale* composto da pena detentiva e/o pena pecuniaria, che offre scarse alternative sanzionatorie efficacemente idonee al perseguimento di finalità rieducative e riparative fin dalla fase di irrogazione della pena con sentenza di condanna³⁸⁴.

In un siffatto meccanismo procedimentale, l’apertura a contenuti rieducativi, responsabilizzanti e riparatori della sanzione penale che si allontanino dalla stretta logica meramente *retribuzionista* insita nella pena detentiva e pecuniaria, si realizza unicamente in fase esecutiva della pena, per il tramite dell’applicazione di misure alternative alla detenzione all’esito di un ulteriore procedimento giurisdizionale, dinanzi al tribunale di sorveglianza, il quale produce quella che è stata definita come la condizione dei “*liberi sospesi*” dei condannati³⁸⁵.

Orbene, in relazione ad un sistema sanzionatorio i cui contenuti – oltre che essere perennemente *in ritardo* rispetto agli indirizzi normativi espressi al livello internazionale ed euro-comunitario – non risultano più efficaci rispetto alle crescenti istanze promananti dal tessuto sociale, il progetto della riforma c.d. *Cartabia* ha inteso promuovere interventi normativi che favoriscano l’ingresso di nuovi contenuti nel sistema sanzionatorio, applicabili direttamente dal giudice della cognizione in sede di pronuncia della sentenza di condanna, attraverso l’introduzione di nuovi istituti – in precedenza previsti unicamente quali misure alternative alla detenzione ovvero pene principali irrogabili dal giudice di pace ex l. 247/2000 – nel novero delle pene sostitutive della pena detentiva *breve*.

Come è stato opportunamente analizzato nelle pagine precedenti³⁸⁶, l’innovazione è significativa, avendo favorito l’ingresso di contenuti sanzionatori che si discostino dalla *monolitica* logica repressiva e *retribuzionista* insita nel binomio “*secco*” pena pecuniaria – pena detentiva. A ben vedere, però, sebbene l’intervento riformatore sia stato generalmente accolto con favore dalla dottrina maggioritaria, non sono mancate altrettante puntualizzazioni di segno opposto³⁸⁷, le quali hanno mosso al progetto di riforma c.d. *Cartabia* la critica di essere

³⁸⁴ È di questa opinione L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, op. cit.

³⁸⁵ *Ut supra*, vedi Cap. III, § 2.2.

³⁸⁶ *Ut supra*, vedi Cap. III, § 2.1.

³⁸⁷ *Ex multis*, cfr. F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema Penale*, op. cit., p. 11; l’A. evidenzia che, sebbene il disegno riformatore sia lodevole in quanto anticipa alla fase di cognizione

stata, per certi aspetti, eccessivamente *conservativo* circa la possibilità di intentare un più radicale ripensamento del sistema sanzionatorio vigente, procedendo alla teorizzazione di pene principali del tutto distinte da quelle esistenti, che immettessero nell'ordinamento contenuti *teleologicamente* finalizzati alla creazione di sanzioni penali *personalizzate* e ad alto contenuto rieducativo, riparativo e responsabilizzante del condannato.

IN quest'ottica, non è mancato chi abbia visto nella riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio una feconda opportunità per addivenire alla teorizzazione normativa di modelli sanzionatori afferenti alle logiche delle c.d. "*pene prescrittive*", considerate un efficace strumento per perseguire, da una parte, il definitivo superamento delle logiche *carcerocentriche* sulle quali il sistema sanzionatorio ed esecutivo è tuttora fermamente incentrato e, dall'altra, l'introduzione, fin dalla fase di cognizione, di pene aventi contenuti sanzionatori che, abbandonando una visione meramente *retributiva* ed *afflittiva* della pena, perseguano un'effettiva finalità rieducativa, responsabilizzante e risocializzante del condannato³⁸⁸.

I fondamenti teorici di quella che è stata definita come una nuova "*teoria della sanzione penale*" prendono piede dalla acclarata inefficacia³⁸⁹ dimostrata da un sistema sanzionatorio che è indissolubilmente imperniato su un'idea di pena afflittiva, la quale è costruita secondo modalità che replicano "*un corrispettivo analogo alla negatività ravvisata nel reato*" ed è portatrice di contenuti che rendano, agli occhi del reo, "*immediatamente percepibile la natura di ritorsione della condanna*"³⁹⁰. In una società ormai *assuefatta* al cosiddetto "*diritto penale del nemico*" – il quale intende porre rimedio all'inefficacia di un sistema sanzionatorio, che produce elevatissimi tassi di recidiva soprattutto in relazione ai soggetti che scontano la pena in regime detentivo inframurario, con un aumento del rigore sanzionatorio tanto in relazione alla tipologia e all'ammontare della pena, quanto in relazione alle modalità di esecuzione della condanna – una valida alternativa ad un sistema che, altrimenti, finirebbe per "*fagocitare se stesso*" potrebbe essere offerta dalla teorizzazione normativa di un nuovo *paradigma*

l'applicazione di sanzioni sostitutive che permettono di evitare che il condannato venga a contatto con le dinamiche carcerarie o venga a trovarsi nella condizione di "*libero sospeso*", il legislatore delegante non ha ritenuto opportuno ricorrere alla teorizzazione di pene dai contenuti maggiormente "*flessibili e personalizzati*" in relazione alla limitazione dei diritti e delle libertà del condannato.

³⁸⁸ In merito alla generale inefficacia delle pene principali attualmente vigenti – quali la pena detentiva e/o la pecuniaria – a perseguire finalità effettivamente rieducative e risocializzanti del condannato, è prezioso il contributo offerto da L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, op. cit.; L'A. evidenzia come le logiche *ritorsive* della condanna a pena detentiva e/o pecuniaria non possano essere smentite da argomentazioni secondo cui il finalismo rieducativo delle pene – richiesto dall'art. 27, co. 3 Cost. – sarebbe comunque soddisfatto, in sede di condanna, dalla previsione del meccanismo, di cui all'art. 133 c.p., che consente di modulare il *quantum* di pena alla stregua degli indicatori ivi previsti.

³⁸⁹ Per una disamina più approfondita sulle cause e sui dati relativi al tasso di recidiva susseguente all'espiazione della pena detentiva in regime inframurario, si veda: Cap. I, § 3.1.

³⁹⁰ Cfr. L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, op. cit., p. 825, corsivi originali.

prescrittivo della pena, secondo il quale la risposta sanzionatoria alla commissione di un fatto di reato debba assumere una dimensione *collaborativa*, secondo le forme di un *progetto* che – promuovendo una dimensione relazionale fra le varie parti – possa offrire una risposta efficace alle conseguenze prodotte dall’illecito penale³⁹¹.

A ben vedere, la teorizzazione di una nuova concezione *prescrittiva* della pena avrebbe agevolmente favorito la massima realizzazione di molte delle finalità di cui la riforma del processo penale c.d. “*Cartabia*” si fa promotrice: fra le tante, il paradigma *prescrittivo* avrebbe potuto validamente prestare un effettivo contributo all’introduzione e alla valorizzazione di istituti a marcato contenuto rieducativo e riparativo, i quali avrebbero agevolato il passaggio da un sistema esecutivo-sanzionatorio di matrice *carcerocentrica* ad un sistema nel quale fossero effettivamente soddisfatte le esigenze di *personalizzazione* del trattamento sanzionatorio e di responsabilizzazione e rieducazione del condannato.

Prima di procedere all’analisi dei contenuti propri della *pena prescrittiva*, appare opportuno analizzare la collocazione sistematica che la stessa potrebbe assumere nel sistema sanzionatorio vigente, soprattutto in relazione alle altre due tipologie di pene principali, quali la pena detentiva e la pena pecuniaria. Sulla scia di argomentazioni non dissimili a quelle in precedenza proposte in relazione al rapporto di *complementarità funzionale* intercorrente fra il sistema processual-penalistico classico e i nuovi paradigmi di giustizia riparativa, la dottrina maggioritaria ritiene che la *pena prescrittiva* debba inserirsi nel novero delle pene principali, affiancando pertanto la pena pecuniaria e la pena detentiva, le quali verrebbero “*sussidiarizzate*” ogni qual volta, attraverso la prima, possa essere offerto un trattamento sanzionatorio maggiormente favorevole e idoneo alla rieducazione e alla responsabilizzazione del condannato, compatibile con le parallele finalità *special-* e *general-preventive* della sanzione penale.

Il paradigma *prescrittivo* riscontra la sua maggiore peculiarità nella proposta di affiancare, ai contenuti sanzionatori classici, alcune prescrizioni appositamente impartite dal giudice, in sede di pronuncia della sentenza di condanna, che si inseriscano in un programma sanzionatorio di più ampio respiro, che preveda contenuti *personalizzati* e parametrati sulla base delle condizioni oggettive, emerse dall’accertamento del reato, e soggettive, afferenti alla personalità e alle esigenze trattamentali del condannato.

³⁹¹ È di questo avviso L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, op. cit., p. 837; l’A. evidenzia come un simile paradigma sanzionatorio favorirebbe – oltre che l’efficace perseguimento di finalità rieducative, risocializzanti e responsabilizzanti del reo – anche un miglior soddisfacimento delle istanze e dei bisogni di *giustizia* di cui le vittime siano portatrici, potendo queste ultime beneficiare, da parte dell’autore del reato, di atti riparativi di segno opposti rispetto alle condotte illecite che hanno patito.

Rimandando i dubbi di legittimità che potrebbero sollevarsi in merito alla conformità costituzionale dei contenuti sanzionatori della pena prescrittiva in relazione al principio di determinatezza della pena³⁹², appare opportuno, in questa sede, analizzare i possibili contenuti che potrebbero assumere le prescrizioni, di cui si compone la nuova tipologia di pena.

In via preliminare, appare opportuno analizzare la composizione dei contenuti sanzionatori afferenti alla pena prescrittiva, i quali si caratterizzano per una commistione di misure sanzionatorie “*negative*” – di carattere restrittivo della libertà personale o impeditivo dell’esercizio di taluni diritti soggettivi – e di prescrizioni contenenti prestazioni *attive* del condannato, nelle quali si innestano i più interessanti contenuti di carattere riparativo del danno cagionato e rieducativo dell’autore del reato³⁹³.

Pertanto, il suddetto sistema *binomiale* affiancherebbe prestazioni obbligatorie di condotte *attive*³⁹⁴ – finalizzate tanto alla riparazione e/o risarcimento del danno, quanto alla creazione di una dimensione relazionale fra le parti coinvolte nel fatto di reato che favorisca lo sviluppo e l’espletamento di programmi afferenti ai paradigmi di giustizia riparativa – a sanzioni *restrittive* della libertà o di altri diritti soggettivi del condannato, le quali risultino essere funzionali al perseguimento di un programma rieducativo e responsabilizzante del reo.

Lasciando alle pagine che seguono una trattazione più approfondita sulla disciplina concettuale del nuovo paradigma *prescrittivo* della pena e sulle implicazioni pratiche che questo potrebbe comportare nell’opera di generale riorganizzazione del sistema sanzionatorio ed esecutivo della pena, è opportuno, in questa sede, interrogarsi se la riforma del processo penale c.d. “*Cartabia*”, nella definizione dei criteri direttivi all’esercizio della potestà delegata, abbia inteso recepire e dar seguito normativo agli spunti più interessanti promananti dalla questa nuova “*teoria della sanzione penale*”.

A ben vedere, la legge-delega, allo scopo di procedere ad una razionalizzazione del sistema sanzionatorio – che favorisse una “*sussidiarizzazione*” della pena detentiva e dell’ingresso del condannato nelle dinamiche carcerarie – e ad una *decisa* modifica della disciplina delle pene sostitutive della pena detentiva di cui alla l. 689/1981, ha inteso valorizzare la *personalizzazione* dei contenuti sanzionatori delle *novellate* pene sostitutive attraverso la previsione della facoltà,

³⁹² *Infra*, Cap. III, § 3.2.

³⁹³ Cfr. A. COSTANZO, *La triangolazione penale retribuzione riparazione prescrizione*, in *Giustizia Insieme*, dicembre 2021 – n. 2088.

³⁹⁴ Al pari di quanto prevede la disciplina introdotta dalla riforma del processo penale c.d. *Cartabia* in relazione alla novella pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, anche in relazione agli “*obblighi di fare*” contenuti nelle prescrizioni facenti parte della pena prescrittiva si porrebbe la necessità che il condannato vi presti esplicitamente consenso o, quanto meno, non vi si opponga. I meccanismi di funzionamento del necessario requisito del consenso del condannato all’applicazione di pene a contenuto obbligatorio – principali o sostitutive alla pena principale che siano – rappresenta uno dei maggiori nodi che il legislatore delegato dovrà sciogliere in sede di esercizio della delega.

per il giudice della cognizione, in sede di applicazione delle suddette pene, di definire “*opportune prescrizioni*” ai contenuti *standard* delle pene applicate. Sebbene il dato testuale dei criteri direttivi – di cui all’art. 1, co. 17, lett. c) – facciano esplicito riferimento a *prescrizioni* che accedono ai contenuti originari delle pene sostitutive applicate, le prescrizioni di cui si fa menzione rispondono a finalità ed esigenze giuridiche estranee a quelle che sottostanno alla teorizzazione della pena *prescrittiva*: al riguardo, le “*opportune prescrizioni*” di cui al suddetto comma possono essere applicate unicamente al fine di prevenire il rischio che il condannato a pena sostitutiva commetta ulteriori reati.

Conseguentemente, è logico dedurre che le prescrizioni ivi menzionate non assolvano a finalità puramente rieducative e personalizzanti del trattamento sanzionatorio – come è oggetto di teorizzazione, invece, nella pena *prescrittiva* – bensì siano teleologicamente preposte al soddisfacimento di esigenze di prevenzione della commissione di ulteriori reati.

In definitiva, dai criteri direttivi alla riforma del processo penale è possibile notare un “*interessamento*” del legislatore delegante alle prospettive che può aprire, nell’ordinamento vigente, la teorizzazione positiva della pena *prescrittiva*. Il progetto di riforma, tuttavia, è stato *conservativo* nel recepire solamente taluni aspetti della nuova teoria della pena, non spingendosi fino a prevedere la pena *prescrittiva* quale un *tertium genus* nel novero delle pene principali, ma recependo, invece, taluni dei principi applicativi più innovativi in relazione alle pene sostitutive della pena detentiva – fra i quali, la previsione di opportune prescrizioni al fine di prevenire la commissione di ulteriori fatti di reato e di un ampio margine di discrezionalità in capo al giudice in merito all’applicazione delle stesse.

3.2 I contenuti normativi e le modalità applicative del nuovo paradigma di pena: possibili dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di determinatezza della pena?

Esaminate le finalità alle quali tende la teoria *prescrittiva* della pena, appare opportuno, in questa sede, effettuare una generale panoramica dei nuovi istituti sanzionatori di cui essa dovrebbe comporsi, focalizzandosi principalmente sui contenuti normativi che assumerebbero le prescrizioni sanzionatorie e sulle rispettive modalità applicative.

In via preliminare, appare opportuno procedere ad un’analisi della collocazione sistematica che la *nuova* pena *prescrittiva* assumerebbe nel quadro normativo delineato dal sistema sanzionatorio vigente. In secondo luogo, al fine di verificare la sussistenza di eventuali frizioni che potrebbero sorgere dall’introduzione di una pena dai contenuti *positivi* rispetto ai principi costituzionali che regolano il trattamento sanzionatorio in materia penale, appare utile analizzare le ragioni giuridiche, afferenti alla branca della teoria generale della pena, che hanno condotto all’elaborazione di una tipologia sanzionatoria che – abbandonando i contenuti

meramente *repressivi* e *negativi* di cui si compongono le pene principali attualmente vigenti, quali la pena detentiva e la pena pecuniaria – tenda all'introduzione di componenti rieducative, di carattere *positivo*, nei percorsi sanzionatori da applicare direttamente con sentenza di condanna.

Ciò premesso, sulla scorta dei fondamenti giuridici posti alla base della teorizzazione di un c.d. *diritto penale minimo*³⁹⁵, sempre maggiore attenzione è stata rivolta alla persona del condannato, il quale – ai sensi dell'art. 27, co. 3 Cost. – deve essere sottoposto ad un trattamento sanzionatorio che, di fianco ad una componente inevitabilmente *negativa*, deve perseguire la rieducazione del condannato al fine di favorire un suo reinserimento sociale.

Ciò premesso, le ragioni che hanno condotto all'elaborazione della teoria della c.d. "*pena prescrittiva*" prendono piede da una dura critica rivolta ad un sistema sanzionatorio che – allo scopo di soddisfare principalmente le finalità general-preventive della sanzione penale – aumenta le componenti *negative* e afflittive del trattamento sanzionatorio, a discapito invece delle componenti c.d. *positive*, alle quali viene relegato un ruolo marginale, recuperabile solamente in fase esecutiva della pena detentiva.

In un contesto tale, è forte la critica nei confronti di un sistema sanzionatorio che, a beneficio di sanzioni a contenuto restrittivo, elide ogni "*dimensione comunicativa*" del condannato con l'ordinamento giuridico, dimensione che potrebbe realizzarsi unicamente laddove la pena fosse intesa prevalentemente come progetto dai contenuti *positivi*, piuttosto che come imposizione di restrizioni a carattere *negativo*³⁹⁶. Per tali ragioni, la teorizzazione di una pena *prescrittiva* risponde alle esigenze di personalizzazione del trattamento sanzionatorio complessivo e di efficientamento delle sue componenti rieducative e risocializzanti del condannato, il quale – attraverso la definizione di specifiche prescrizioni aventi tanto componenti a carattere *negativo*, quanto *positivo* – è inserito in una *dimensione relazione* nella quale l'esecuzione della pena è condotta in costante *dialogo* con la persona offesa, con la comunità interessata dalle conseguenze del reato e con le istituzioni dell'ordinamento giuridico.

Una simile tipologia di pena, per effetto dell'ampiezza dei contenuti che intende offrire al condannato nel *progetto* di trattamento sanzionatorio, potrebbe ontologicamente porsi in frizione con le esigenze di determinatezza e precisione della sanzione penale, le quali sono considerate come un corollario necessario del principio di stretta legalità che opera in materia

³⁹⁵ *Ex multis*, cfr. A. BARATTA, *Il diritto penale minimo: la questione criminale fra riduzionismo e abolizionismo*, Edizioni scientifiche Italiane, 1986.

³⁹⁶ Sul punto, è prezioso il contributo di L. EUSEBI, *Il carcere come extrema ratio e la diversificazione delle tipologie sanzionatorie: una via percorribile?*, in *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, 1990, p. 119; l'A. evidenzia come "*esigere che la pena nulla abbia da dire proprio nei confronti del condannato, infatti, significa esprimere la totale indifferenza dell'ordinamento per l'integrazione sociale di chi abbia violato le sue regole*", corsivi originali.

penale – tanto da un punto di vista sostanziale, quanto sanzionatorio e procedimentale – ai sensi dell’art. 25, co. 2 Cost.

I profili della nuova teoria della pena *prescrittiva*, che potrebbero dare adito a dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di legalità della sanzione penale, possono essere riassunti in due grandi categorie:

- a. Nella prima rientrano le questioni attinenti alla precisione e determinatezza degli obblighi e dei divieti che rappresentano il contenuto delle prescrizioni impartite al condannato, i quali devono essere predefiniti dal legislatore in termini sufficientemente chiari e puntuali da soddisfare le esigenze di prevedibilità della sanzione penale – tanto in relazione ai casi e alle modalità applicativi, quanto in relazione ai contenuti sanzionatori.
- b. Nella seconda, invece, rientrano le questioni, di carattere pratico, inerenti alle modalità di scelta e di applicazione dei contenuti sanzionatori – *positivi* e *negativi* – che concorrono a definire il *progetto sanzionatorio* di cui la pena prescrittiva si compone nel suo complesso; al riguardo, i maggiori dubbi sorgono in relazione all’ampiezza del margine di discrezionalità da riconoscere al giudice della cognizione in sede di scelta dei contenuti della pena al momento di irrogazione della stessa.

Procedendo con ordine, appare opportuno seguire lo schema sopra proposto analizzando con priorità le questioni attinenti alla determinatezza dei contenuti sanzionatori della pena prescrittiva, per poi esaminare le questioni che sorgono in sede di applicazione della stessa con sentenza.

Come pocanzi accennato, uno dei maggiori interrogativi circa la conformità della pena *prescrittiva* al principio di legalità della sanzione penale – di cui all’art. 25, co. 2 della Costituzione – sorge in relazione alla sufficiente determinatezza e precisione dei contenuti sanzionatori di cui la stessa si compone. È indubbio, infatti, che le pene principali del sistema sanzionatorio vigente – per quanto oggetto di profonda critica in relazione alla sua c.d. “*monosanzionarietà*” – prevedono contenuti sanzionatori precisamente definiti entro scanditi limiti edittali di pena, tali da soddisfare i principi di determinatezza e prevedibilità della pena³⁹⁷. Non è altrettanto agevole affermare lo stesso in relazione ai contenuti sanzionatori della c.d. pena *prescrittiva*, la quale – componendosi di contenuti di varia natura e tipologia – potrebbe

³⁹⁷ Sul punto, si veda L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, op. cit., p. 839; l’A., evidenzia come le critiche, mosse in tal senso alla pena prescrittiva, non trovino ragion d’essere se derivanti da un confronto con le tipologie di pene principali tuttora vigenti: segnatamente, non v’è ragione di ritenere che le pene principali tuttora previste offrirebbero maggiore garanzia in ragione del fatto che prevedono quadri sanzionatori ancorati a imperscrutabili criteri di stretta corrispettività fra reato e pena, piuttosto che a valutazioni del legislatore su tipologie e modalità esecutive della pena che permetterebbero una maggiore rielaborazione critica del reato, favorendo in tal modo l’adempimento di condotte a carattere riparativo, rivolte sia verso la persona offesa, che verso la collettività.

presentare profili di indeterminatezza in sede applicativa. Al riguardo – secondo argomentazioni non dissimili da quelle proposte in relazione alle questioni circa l'indeterminatezza dei criteri applicativi delle nuove misure qualificate come pene sostitutive della pena detentiva *breve* ai sensi della legge delega n. 134/2021³⁹⁸ – le possibili soluzioni normative si riducono alla stringente necessità di procedere alla definizione di un catalogo dei contenuti sanzionatori di cui la pena prescrittiva debba obbligatoriamente comporsi, dal quale il giudice – secondo criteri di *discrezionalità controllata* – dovrà attingere per l'irrogazione di una pena che si componga – fin dalla fase di irrogazione della stessa con sentenza di condanna – dei contenuti sanzionatori maggiormente idonei a realizzare le esigenze di personalizzazione del trattamento e di rieducazione e risocializzazione del condannato.

Al riguardo, autorevole dottrina³⁹⁹ – ben consapevole della necessità di riempire le forme di una generica pena *prescrittiva* con contenuti sanzionatori conformi ai canoni di prevedibilità e determinatezza della sanzione penale, nell'elaborazione di un progetto di riforma al Codice penale finalizzato all'introduzione della pena *prescrittiva* come *tertium genus* di pena principale accanto alla pena detentiva e pecuniaria – ha proceduto alla definizione di un catalogo che esplicitasse, in termini quanto più puntuali, i contenuti sanzionatori di cui la suddetta pena potrebbe comporsi.

Il progetto di riforma prendeva le mosse dalla distinzione dei contenuti a carattere *restrittivo*, consistenti in divieti o limitazioni alla libertà personale o ad altri diritti del condannato, dai contenuti a carattere *positivo*, caratterizzati invece da un *obbligo di fare*: dalla costruzione normativa appena riportata emerge, chiaramente, la natura composita della pena *prescrittiva*. Segnatamente, fra i contenuti sanzionatori a carattere *negativo* – i quali assumono, in larga parte, la forma di divieti o restrizioni personali – sono previste prescrizioni incidenti sulla libertà personale o sulla facoltà di esercizio di taluni diritti soggettivi specificamente identificati, fra cui:

- a. il divieto di espatrio, di allontanarsi dal comune di residenza ovvero di recarsi presso determinati comuni, o altre aree, identificate dal giudice con sentenza di condanna;
- b. il divieto di frequentare determinati luoghi⁴⁰⁰;
- c. il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione, o da altri luoghi ad esso equiparati in esecuzione della condanna con sentenza definitiva, salvo autorizzazione del giudice per motivi di lavoro, istruzione o per lo svolgimento di altre attività utili al reinserimento

³⁹⁸ *Ut supra*, Cap. III, § 2.2.

³⁹⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena descrittiva come nuova pena principale*, in *disCrimen*, 31 marzo 2021.

⁴⁰⁰ A ben vedere, parte dei contenuti sanzionatori di cui alle lett. a) e b) sono prevalentemente mutuati dalla disciplina delle misure cautelari coercitive obbligatorie di cui agli artt. 281 c.p.p. (divieto di espatrio), 283 c.p.p. (divieto od obbligo di dimora) e 282-ter c.p.p. (divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa).

sociale del condannato, ovvero per attendere a provvedere a esigenze indispensabili per la vita del condannato stesso, quando non sia altrimenti possibile, a condizione che non sussista pericolo di commissione di ulteriori fatti di reato⁴⁰¹;

- d. il divieto di esercitare determinate attività, anche di carattere professionale, o di rivestire determinati incarichi nell'ambito della P. A. o di altre persone giuridiche, di esercitare determinate attività in regime di appalto, autorizzazione o concessione, ovvero di contrattare con la P. A.⁴⁰²

Com'è evidente, il catalogo delle prescrizioni sanzionatorie a carattere *negativo* afferenti al paradigma della pena *prescrittiva* non si compone di contenuti sanzionatori estranei o avulsi dal sistema sanzionatorio vigente. Per la maggior parte di queste, l'operazione giuridica da compiersi consisterebbe unicamente nel prevedere la possibilità di applicare le suddette prescrizioni sanzionatorie direttamente con sentenza di condanna, in qualità di pene principali, in modo tale da soddisfare esigenze di razionalizzazione procedimentale ed evitare – in relazione ad alcune di esse – l'eccessivo aggravio che discende dalla previsione di dinamiche procedurali che consentono di accedere a istituti connotati dai medesimi contenuti sanzionatori solamente dopo la pronuncia della sentenza di condanna, in qualità di pene sostitutive, pene accessorie o misure alternative alla detenzione.

I punti più innovativi della teorizzazione di una pena *prescrittiva* si riscontrano nel novero dei contenuti sanzionatori a carattere *positivo*, i quali – sostanziandosi in un *obbligo di fare* del condannato nei confronti della persona offesa ovvero della comunità – danno forma ad una c.d. “*pena àgita*”⁴⁰³, favorendo la creazione di una dimensione *relazionale* dell'esecuzione della condanna nella quale è favorito l'ingresso di contenuti rieducativi e riparativi. I contenuti degli *obblighi di fare*, come pocanzi evidenziato, agiscono in una duplice prospettiva, esplicando effetti tanto in una dimensione *interosgettiva* fra condannato e persona offesa, quanto in una dimensione *superindividuale* che guardi al risanamento della frattura sociale derivante dalla commissione del reato.

Come ampiamente esposto, il progetto di riforma, di cui sopra, ha proposto l'inserimento di molteplici contenuti sanzionatori, di carattere *positivo*, nel novero delle prescrizioni dalle quali il giudice può attingere per la definizione di un trattamento sanzionatorio che risulti incentrato,

⁴⁰¹ I contenuti sanzionatori di cui alla lett. c) sono sovrapponibili tanto a quelli della misura cautelare custodiale di cui all'art. 284 c.p.p. (arresti domiciliari), quanto a quelli della misura alternativa alla detenzione di cui all'art. 47-ter ord. penit. (detenzione domiciliare).

⁴⁰² I divieti di cui alla lett. d) sono mutuati dal catalogo delle pene accessorie a quelle principali, di cui all'art. 19 c.p.: fra queste, sostanziali rimandi sono compiuti in relazione alle sanzioni accessorie di cui al comma 1 del medesimo articolo, ai n. 2, 4 e 5.

⁴⁰³ Per un maggior approfondimento sul concetto di *pena àgita*, si veda M. DONINI, *Pena àgita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, op. cit.; il contributo è consultabile al seguente link: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/pena-agita-e-pena-subita-il-modello-del-delitto-riparato>.

al massimo grado, sulle personali esigenze di rieducazione, reinserimento e responsabilizzazione del condannato. Fra questi, figurano:

- a. la partecipazione del condannato ad un programma di incontri con gli operatori dell'U.E.P.E., aventi i medesimi contenuti di cui all'art. 13 ord. penit.⁴⁰⁴;
- b. l'obbligo di procedere alle restituzioni e al risarcimento del danno, in quanto possibile, e all'adempimento di condotte volte all'eliminazione o all'attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato;
- c. l'adempimento di attività a contenuto rieducativo, in favore del bene giuridico offeso, della vittima specifica del reato o di vittime di reati analoghi⁴⁰⁵;
- d. la partecipazione ad un *programma di mediazione* con la vittima specifica del reato, con vittime di reati analoghi ovvero con soggetti esponenziali dei beni giuridici offesi, presso uffici appositamente istituiti, riconosciuti dalla Corte d'appello nel cui distretto di competenza sia stato commesso il reato⁴⁰⁶;
- e. la prestazione di lavoro di pubblica utilità presso enti pubblici locali;
- f. la partecipazione a programmi terapeutici, ai sensi dell'art. 75, co. 2 del d.P.R. 309/1990, per i condannati dipendenti da alcool o sostanze psicotrope o stupefacenti;
- g. l'impegno a riportare alla legalità lo svolgimento di un'attività d'impresa, secondo le prescrizioni impartite dal giudice e le progressive indicazioni fornite dalle autorità pubbliche o di altro soggetto designato dal giudice con sentenza di condanna.

Al pari di quanto detto per le prescrizioni sanzionatorie a carattere *negativo*, anche i contenuti degli *obblighi di fare*, di cui sopra, sono derivati da istituti già presenti nell'ordinamento vigente. Segnatamente, è scopo del progetto di riforma finalizzato all'inserimento di una pena *prescrittiva* quello di riproporre tali istituti sotto una *luce giuridica* diversa – appunto in veste

⁴⁰⁴ La previsione in esame è densa di significato, poiché permetterebbe al condannato, che non si trovi in regime di detenzione inframuraria, la possibilità di beneficiare comunque di programmi di trattamento di cui all'art. 13, co. 1 ord. penit., nonché dell'opportunità di intraprendere un percorso di *“riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione”*. La prescrizione in parola suscita notevole interesse, in quanto rappresenterebbe una preziosa occasione per favorire l'espletamento di percorsi a carattere riparativo, i quali favoriscono l'ingresso, nel sistema sanzionatorio ed esecutivo vigente, dei nuovi paradigmi della giustizia riparativa di cui all'art. 1, co. 18 della legge delega alla riforma del processo penale c.d. *Cartabia*.

⁴⁰⁵ La prescrizione in parola presenta notevoli affinità con i modelli di giustizia riparativa, i quali promuovono l'introduzione di contenuti sanzionatori che favoriscano la creazione di dinamiche relazionali, fra l'autore del reato e la persona offesa, nelle quali possano trovare soddisfacimento tanto le esigenze rieducative e responsabilizzanti del reo, quanto le istanze di giustizia della vittima che vadano oltre una dimensione meramente risarcitoria o patrimoniale del pregiudizio patito.

⁴⁰⁶ La previsione in esame è quella che desta maggiore interesse, in quanto porrebbe le basi per una positivizzazione normativa dei programmi di mediazione quali parti fondanti del trattamento sanzionatorio. Per un maggiore approfondimento sulle potenzialità dei percorsi di mediazione reo-vittima (anche con vittima aspecifica) quali elementi costitutivi dei programmi di trattamento del condannato, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, op. cit., p. 339 e seguenti.

di pene principali – soprattutto al fine di valorizzare le potenzialità rieducative e riparative di cui gli stessi sono portatori direttamente in sede di applicazione della pena con sentenza di condanna, senza attendere che il condannato possa, eventualmente, accedere alle medesime misure solamente in fase esecutiva.

Come riportato in precedenza, ulteriori dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio di determinatezza delle sanzioni penali sussistono – da un punto di vista procedimentale – anche in relazione alle modalità applicative della pena *prescrittiva*, in ragione del *margin*e di *discrezionalità* lasciato al giudice della cognizione nella scelta dei contenuti sanzionatori che comporranno la pena irrogata con sentenza di condanna. Dato l'ampio catalogo di prescrizioni sanzionatorie di cui si è appena detto, non è agevole definire da quali criteri debba essere guidata la scelta del giudice in merito ai precisi contenuti sanzionatori da applicare, a seguito dell'accertamento del reato, nel caso concreto.

Date le precise finalità di cui la teoria di una pena *prescrittiva* si fa portatrice, è logico ipotizzare che la scelta delle concrete prescrizioni sanzionatorie, da applicare al caso concreto, debba essere *teleologicamente* guidata dal miglior perseguimento delle istanze di *personalizzazione* del trattamento sanzionatorio in vista di una maggior efficacia rieducativa e risocializzante della sanzione penale. In altri termini, non diversamente da quanto previsto dalla legge-delega n. 134/2021 in relazione ai criteri applicativi delle *novellate* pene sostitutive della pena detentiva⁴⁰⁷, è logico supporre che il giudice debba applicare quelle prescrizioni sanzionatorie che risultino maggiormente idonee a soddisfare, da una parte, le finalità di rieducazione, reinserimento e responsabilizzazione del reo – anche in ottica di favorire la promozione di programmi a carattere riparativo che favoriscano momenti di incontro fra reo e vittima del reato – e, dall'altra, le istanze general-preventive della pena, optando per quelle prescrizioni che, in relazione alla personalità e alle condizioni di vita del condannato, risultino essere maggiormente idonee a elidere il rischio di commissione di nuovi fatti di reato.

In merito alla finalità di personalizzazione del trattamento sanzionatorio, il progetto di riforma finalizzato ad introdurre una nuova tipologia di pena *prescrittiva* nel novero delle pene principali teorizza un peculiare meccanismo procedimentale – il quale desta notevole interesse – che assegna al giudice della cognizione una funzione ulteriore a quelle giurisdizionali circa l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Per un maggiore approfondimento circa i punti di contatto fra la teorizzazione di una disciplina della pena prescrittiva e le modalità applicative delle pene sostitutive della pena detentiva – di cui all'art. 1, co. 17, lett. c) della legge n. 134/2021 – vedi *infra*, Cap. III, § 3.3.

⁴⁰⁸ Per un maggiore approfondimento circa le implicazioni pratiche che l'introduzione di una pena prescrittiva produrrebbe sul ruolo e sulle funzioni del giudice, anche dopo la pronuncia della sentenza di condanna, è prezioso il contributo di L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, op. cit., p. 838.

Segnatamente, secondo la dottrina maggioritaria⁴⁰⁹, sarebbe opportuno – dopo aver proceduto all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato con sentenza di condanna – prevedere la fissazione di un'ulteriore udienza, in tempi brevi, nella quale si apra una discussione, in contraddittorio, vertente sui contenuti e sulle modalità di applicazione della pena. La ragion d'essere di tale ulteriore udienza consisterebbe nella finalità di acquisire – con la partecipazione dell'U.E.P.E. e previo consenso del condannato – elementi circa la sua personalità e le sue condizioni di vita che risultino utili alla determinazione, da parte del giudice, dei contenuti e delle modalità esecutive della pena *prescrittiva* che risultino essere maggiormente idonei e funzionali alla definizione di un trattamento sanzionatorio personalizzato e rispondente alle finalità rieducative e responsabilizzanti del condannato. È logico ritenere che l'audizione del condannato, in relazione ai contenuti e le modalità esecutive del trattamento sanzionatorio al quale sarà sottoposto, è suscettibile di valorizzare una maggior collaborazione dello stesso alla partecipazione al programma rieducativo e risocializzante, favorendo altresì una riduzione del contenzioso conseguente all'eventuale impugnazione della sentenza.

Al netto dell'analisi del progetto di riforma finalizzato all'introduzione di una pena *prescrittiva*, non è irragionevole affermare che i dubbi di legittimità costituzionale di una simile sanzione penale – alla luce della conformità con i principi di precisione e determinatezza delle pene quali necessari corollari del principio di stretta legalità penale di cui all'art. 25, comma 2 Cost. – siano attenuati, ma non del tutto elisi. È logico concludere che una simile tipologia di pena – che tenda alla previsione di contenuti sanzionatori connotati da un elevato grado di personalizzazione e capacità responsabilizzante del condannato fin dall'applicazione della pena con sentenza di condanna – in ragione dell'elevato grado di *personalizzazione* del trattamento sanzionatorio che intende perseguire, non possa del tutto liberarsi da elementi normativi i cui contenuti presentino contorni applicativi *sfocati*.

D'altro canto, suscita notevole interesse la proposta di prevedere meccanismi applicativi della pena che consentano un attivo coinvolgimento del condannato in sede di definizione dei contenuti e delle modalità d'esecuzione delle prescrizioni sanzionatorie stesse, perseguendo in tal modo anche un'efficiente razionalizzazione procedimentale suscettibile di comportare una netta riduzione dei contenziosi, tuttora pendenti, tanto in sede di impugnazione della sentenza di condanna non definitiva, quanto in fase esecutiva della stessa⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Cfr. L. EUSEBI, *ibidem*.

⁴¹⁰ È di questa opinione L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, op. cit., p. 4.

3.3 La pena *prescrittiva* nei criteri direttivi della riforma c.d. *Cartabia*: un'occasione persa?

La trattazione sin qui compiuta ha evidenziato *luci ed ombre* che si annidano dietro alla teorizzazione di una pena *prescrittiva* quale risposta ad un sistema sanzionatorio in crisi, eccessivamente *monolitico* nella previsione di contenuti sanzionatori che – sulla scorta di un'ideologia di politica criminale, forse non più attuale, quale quella di cui si fa portatore il codice Rocco – assolvono, in massima parte, ad una funzione afflittiva e retributiva della pena tanto in chiave *special-* che *general-preventiva*. Come più volte sostenuto nel presente elaborato, il progetto di riforma del processo penale c.d. *Cartabia* intende muoversi su direttrici diverse, che favoriscano il recepimento nell'ordinamento giuridico domestico dei nuovi paradigmi di giustizia, affermati ormai al livello sovranazionale, e di nuovi modelli sanzionatori che concorrano a realizzare – al massimo grado – le finalità rieducative della pena di cui all'art. 27, co. 3 Cost.

Pertanto, alla luce della disamina sin qui condotta in merito all'opportunità di procedere alla previsione di una *nuova* specie di sanzione penale principale – quale la pena *prescrittiva* – che vada ad arricchire un catalogo che si fonda unicamente sull'assetto binomiale “*pena detentiva* – *pena pecuniaria*”, appare opportuno, a questo punto, chiedersi quanto la legge delega n. 134/2021 abbia, nei propri criteri direttivi, recepito e tentato di dar seguito ai principi afferenti alla teorizzazione di una pena *prescrittiva*, soprattutto in relazione al segmento del disegno di riforma finalizzato ad apportare una modifica sostanziale al panorama delle pene sostitutive della pena detentiva *breve*.

Orbene, come già sostenuto nelle pagine precedenti⁴¹¹, da una disamina dei criteri direttivi alla legge delega n. 134/2021 non è irragionevole affermare che il progetto di riforma abbia manifestato un evidente *interessamento* per i contenuti sanzionatori e per le dinamiche procedimentali e applicative proprie della teoria di una pena *prescrittiva*; a questo interessamento, tuttavia, si accompagna contestualmente un atteggiamento *conservativo* del legislatore delegante sul punto, non avendo egli sposato a pieno il progetto di riforma di cui sopra⁴¹². Segnatamente, le maggiori novità del progetto di riforma c.d. *Cartabia* in tema di modifica e razionalizzazione del complessivo sistema sanzionatorio penale, si riscontrano principalmente in relazione alla predisposizione di una sostanziale modifica della disciplina di cui alla legge n. 896/1981, la quale è oggetto di una marcata riorganizzazione strutturale in merito ai contenuti e alle modalità applicative delle pene sostitutive alla pena detentiva.

⁴¹¹ *Ut supra*, Cap. III, § 3.1.

⁴¹² *Ut supra*, Cap. III, § 3.2.

Non pare di cadere in errore nell'affermare che è proprio nella sezione della legge-delega a ciò dedicata che si rinvergono i maggiori tratti di continuità con la teorizzazione di una pena *prescrittiva*, essendo ivi introdotti degli elementi – tanto di ordine sostanziale che procedimentale – che presentano notevoli affinità con gli obiettivi di cui la teoria della pena *prescrittiva* si fa portatrice.

Come ampiamente analizzato in precedenza⁴¹³, lo spirito normativo che guida il progetto di riforma del processo penale c.d. *Cartabia* in tema di razionalizzazione ed efficientamento del sistema sanzionatorio si muove lungo due direttrici: da una parte, realizzare un'effettiva “*sussidiarizzazione*” della detenzione secondo modalità *inframurarie*⁴¹⁴ – procedendo alla costruzione di un sistema sanzionatorio nel quale la pena carceraria sia effettivamente intesa quale *extrema ratio* – e, dall'altra, procedere all'introduzione di sanzioni penali a maggior contenuto rieducativo, fin dalla fase di applicazione delle stesse con sentenza di condanna, senza attendere che simili contenuti facciano ingresso solamente in fase esecutiva della pena. A ben vedere, è presente una notevole affinità fra gli obiettivi sopra esposti e quelli posti alla base della teorizzazione di una pena *prescrittiva*, la quale – attraverso l'introduzione di nuovi contenuti sanzionatori del novero delle pene principali – persegue l'introduzione di pene che favoriscano, da una parte, un maggior grado di *personalizzazione* del trattamento sanzionatorio e, dall'altra, una maggiore efficacia ed efficienza in termini di rieducazione, reinserimento e responsabilizzazione del condannato, promuovendo l'applicazione di quelle prescrizioni sanzionatorie che – fermo restando il rispetto di criteri oggettivi, quali la gravità del reato e il grado di colpevolezza del reo – risultino maggiormente idonee a strutturare un *programma sanzionatorio* affine anche alla personalità e alle attitudini del condannato stesso.

Ciò premesso, in relazione ai criteri direttivi inerenti alla riforma strutturale delle *novellate* pene sostitutive della pena detentiva *breve*, un ulteriore punto di contatto con la teorizzazione di una pena *prescrittiva* è da rinvenirsi anche nella previsione – di cui all'art. 1, co. 17, lett. c) della legge-delega alla c.d. riforma *Cartabia* – che introduce la possibilità, per il giudice della cognizione, di accompagnare all'applicazione di una pena sostitutiva la previsione di “*opportune prescrizioni*”. Sebbene la previsione di una tale facoltà per il giudice della cognizione, in sede di irrogazione della pena con sentenza di condanna, presenti evidenti affinità con i contenuti *strutturali* della pena *prescrittiva*, sono altrettanto palesi le divergenze intercorrenti fra le finalità alle quali tali prescrizioni tendono: in tema di sanzioni sostitutive, infatti, il legislatore delegante ha inteso prevedere la possibilità di applicare “*opportune prescrizioni*” al solo fine di elidere o attenuare il pericolo che il condannato, ammesso a

⁴¹³ Ut *supra*, Cap. III, § 2.1.

⁴¹⁴ Cfr. D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, op. cit.

beneficiare di un trattamento sanzionatorio meno restrittivo rispetto a quello derivante dall'applicazione di una pena detentiva, possa commettere ulteriori reati durante l'esecuzione della pena. Appare evidente, pertanto, la diversità delle finalità che tali prescrizioni tendono ad assolvere, nel disegno riformatore introdotto dalla legge n. 134/2021, in tema di pene sostitutive della pena detentiva: ivi, infatti, tali prescrizioni non tendono a favorire una *personalizzazione* del trattamento sanzionatorio, né perseguono la finalità di predisporre contenuti sanzionatori che risultino essere maggiormente idonei al perseguimento di finalità rieducative o responsabilizzanti del condannato, bensì assumono connotati – meramente restrittivi della sfera di libertà del condannato, ammesso a beneficiare di una pena sostitutiva – che assolvono a finalità di sicurezza sociale, elidendo il rischio che il condannato commetta altri reati.

Proseguendo nella trattazione, la previsione della suddetta facoltà in capo al giudice della cognizione ha sollevato in dottrina⁴¹⁵ notevoli perplessità in merito all'ampiezza del margine di discrezionalità di cui il medesimo dovrebbe disporre nella definizione di "*opportune prescrizioni*" finalizzate ad eliminare, o ridurre, il pericolo della commissione di nuovi reati. Al fine di conferire determinatezza ad una previsione che, altrimenti, rischierebbe di porsi in evidente contrasto con il principio di legalità – di cui all'art. 25, co. 2 Cost. – parrebbe venire in soccorso la disposizione, di cui all'art. 1, co. 17, lett. g), in base alla quale l'attività del giudice della cognizione debba essere supportata dal necessario coinvolgimento dell'U.E.P.E. "*al fine di consentire l'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi nel giudizio di cognizione*".

Pertanto, appare ragionevole ipotizzare che il necessario coinvolgimento dell'U.E.P.E. si realizzi non solamente in relazione alla decisione circa la *tipologia* di pena sostitutiva della pena detentiva *breve* da applicare, ma si estenda anche all'attività di definizione dei contenuti delle "*opportune prescrizioni*" che il giudice della cognizione dovesse ritenere opportuno impartire al fine di evitare la commissione di ulteriori reati da parte del condannato. Nel dettaglio, il meccanismo procedimentale che prevede l'attivo coinvolgimento dell'U.E.P.E. – fin dalla fase di cognizione – al fine di consentire l'applicazione delle pene sostitutive e delle "*opportune prescrizioni*" di cui sopra, presenta notevoli affinità con le dinamiche procedurali che, secondo la proposta di riforma di cui sopra⁴¹⁶, dovrebbero condurre all'applicazione della pena *prescrittiva*. Le maggiori peculiarità che tali meccanismi procedurali presentano sono da rinvenirsi soprattutto nel coinvolgimento attivo dell'U.E.P.E. in una fase in precedenza estranea alle proprie competenze – quale quella di cognizione – nella quale non si è ancora giunti all'irrogazione della pena alla cui esecuzione lo

⁴¹⁵ Ex multis, cfr. D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, op. cit.

⁴¹⁶ Ut supra, Cap. III, § 3.2.

stesso ufficio è preposto⁴¹⁷. A ben vedere, tanto la disciplina procedimentale che condurrebbe all'applicazione di una pena *prescrittiva*, quanto quella che regola il procedimento applicativo delle pene sostitutive della pena detentiva – così come oggetto delle proposte di riforma di cui all'art. 1, co. 17 della l. 134/2021 – affidano all'U.E.P.E. una funzione, in termini pratici, non dissimile da quella affidatagli in seno al procedimento che conduce all'applicazione, in fase di cognizione, della sospensione condizionale del procedimento con messa alla prova dell'imputato. È infatti ivi previsto – all'art. 646-bis, co. 4 c.p.p. – un attivo coinvolgimento dell'U.E.P.E. ai fini della definizione dei contenuti del programma di trattamento, il quale deve essere elaborato d'intesa dal suddetto ufficio e dall'imputato che presenta richiesta di ammissione all'istituto di *diversion*; l'unica significativa divergenza della suddetta disciplina procedimentale rispetto al meccanismo di applicazione delle pene sostitutive è da rinvenirsi nel coinvolgimento attivo del condannato alla definizione dei contenuti sanzionatori: dalla legge-delega, infatti, non emerge nessuna esplicita indicazione normativa che promuova una sua diretta partecipazione in tal senso, diversamente da quanto accade per la sospensione con messa alla prova dell'imputato e da quanto dovrebbe accadere in relazione al condannato in sede applicativa della pena *prescrittiva*.

Al netto della trattazione sin qui condotta, non è privo di logica evidenziare un atteggiamento *conservativo* del legislatore delegante in merito all'opportunità di favorire, per il tramite del progetto di riforma c.d. *Cartabia*, l'ingresso di una pena *prescrittiva* nel sistema sanzionatorio vigente: il progetto di riforma, infatti, si è limitato a far propri dei singoli aspetti caratterizzanti la disciplina della pena *prescrittiva* – i quali sono agevolmente rinvenibili nei criteri direttivi ai quali si è fatto pocanzi riferimento – senza spingersi fino a introdurre nel sistema sanzionatorio una *nuova* tipologia di pena principale, la quale affiancasse la pena detentiva e pecuniaria allo scopo di apportare maggiori contributi all'opera di rieducazione e responsabilizzazione del condannato.

Al netto di una complessiva disamina delle modifiche apportate al sistema sanzionatorio vigente, non è privo di fondamento logico ritenere che gli obiettivi prioritari della riforma – fra i quali, *ex multis*, la *sussidiarizzazione* della pena carceraria e l'anticipazione alla fase di cognizione dell'applicazione di contenuti sanzionatori *personalizzanti* e connotati da un maggiore attitudine rieducativa e risocializzante del condannato – avrebbero potuto trarre notevole giovamento dalla teorizzazione di una *nuova* tipologia di pena principale; il legislatore delegante, tuttavia, non ha ritenuto di spingersi sino a tal punto, preferendo non introdurre

⁴¹⁷ In relazione alle importanti modifiche circa la competenza dell'U.E.P.E. ai sensi dell'art. 1, co. 17, *lett. g)* della legge delega n. 134/2021, è logico ritenere che la *novella* si giustifichi alla luce della circostanza che – ai sensi dell'art. 1, co. 17, *lett. b)* della predetta legge – fanno ingresso nel novero delle pene sostitutive della pena detentiva *breve* delle misure precedentemente qualificate come misure alternative alla detenzione, in relazione alla cui esecuzione pratica di esplicavano le principali funzioni dell'ufficio medesimo.

contenuti sanzionatori inediti e far leva, invece, su quelli già esistenti, al netto una di una riorganizzazione strutturale del sistema sanzionatorio soprattutto in relazione alle pene sostitutive della pena detentiva *breve*.

Alla luce degli obiettivi normativi sopra menzionati, è innegabile che la teorizzazione e l'introduzione positiva di una pena *prescrittiva* avrebbe fornito un notevole impulso al progetto volto al ridimensionamento della portata applicativa della pena detentiva e alla valorizzazione di contenuti sanzionatori – *personalizzati* e ad alto contenuto riparativo e rieducativo del condannato – maggiormente idonei al perseguimento di una più efficace opera di responsabilizzazione del reo.

Al contempo, come illustre dottrina non ha mancato di rilevare⁴¹⁸ – accantonato il progetto di introdurre una nuova tipologia di pena principale e procedendo, invece, ad una sostanziale riorganizzazione della disciplina delle pene sostitutive, ricomprendendovi istituti precedentemente previsti in funzione di misure alternative alla detenzione – ha destato notevoli perplessità la scelta del legislatore delegante di non ricomprendervi, accanto alla semilibertà e alla detenzione domiciliare, anche la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, di cui all'art. 47 ord. penit. I maggiori interrogativi in merito alla mancata introduzione della suddetta misura alternativa alla detenzione nel novero delle pene sostitutive sono sorti soprattutto in considerazione del notevole contributo *personalizzante* e rieducativo – perfettamente in linea con gli obiettivi della riforma in punto di razionalizzazione del sistema sanzionatorio – che tale istituto avrebbe potuto apportare, nel caso concreto, al trattamento sanzionatorio fin dalla sua applicazione con sentenza di condanna in sostituzione di una pena detentiva *breve*⁴¹⁹.

Al netto delle notazioni sin qui effettuate, non pare di cadere in errore nell'affermare che alla riforma c.d. *Cartabia* deve essere riconosciuto il merito, nonché l'ambizione, di aver posto le basi per addivenire – *de lege ferenda* e al netto di interventi normativi che vadano oltre l'esercizio della presente delega – ad una sostanziale razionalizzazione del sistema processual-penalistico e sanzionatorio, la quale permetterà di tendere verso il definitivo superamento di una concezione della pena – tuttora caratterizzata da connotati marcatamente *retributivi* e

⁴¹⁸ *Ex multis*, cfr. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive, la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sistema Penale*, op. cit. e A. CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *Penale Diritto e Procedura*, op. cit.

⁴¹⁹ Sul punto, la dottrina è concorde nell'affermare che la mancata previsione della misura alternativa di cui all'art. 47 ord. penit. nel novero delle pene sostitutive, di cui alla l. 896/1981, sia ricollegato all'esigenza di non compromettere l'appetibilità dell'istituto di *diversion* della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, istituto a sua volta modificato dal progetto di riforma al fine di ampliarne l'ambito applicativo anche in relazione a ulteriori fattispecie di reato, ex art. 1, co. 22, lett. a) l. 134/2021. Per un maggiore approfondimento sul punto, cfr. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive, la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sistema Penale*, op. cit. e D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema Penale*, op. cit.

carcerocentrici – ancora distante dal pieno accoglimento e dall'effettivo perseguimento di finalità realmente riparative, rieducative e risocializzanti del condannato.

CONCLUSIONI

Al netto della trattazione sinora condotta, appare opportuno proporre delle riflessioni conclusive che consentano di delineare, con sufficiente chiarezza, il quadro operativo e le implicazioni giuridiche emergenti dal progetto di riforma del processo penale introdotto con legge-delega n. 134/2021.

Non v'è dubbio che il disegno riformatore rappresenta un passo fondamentale per procedere – sebbene con un consistente ritardo – al riconoscimento di un preciso valore giuridico ai paradigmi di giustizia riparativa, ormai da tempo consolidati in altri ordinamenti giuridici continentali. L'opera del legislatore delegante non è di agevole fattura, posto che la predisposizione di una disciplina organica in materia di giustizia riparativa, il quale rappresenta un paradigma di giustizia che rimette in discussione gran parte degli assunti sui quali si fonda il vigente sistema processual-penalistico, è destinata a incontrare imponenti scogli giuridici soprattutto nei principi costituzionali posti, da una parte, a garanzia della posizione dell'imputato – si pensi alla presunzione di non colpevolezza – e, dall'altra, a tutela della corretta amministrazione della giustizia, quale l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale in capo al pubblico ministero.

Nonostante le notevoli difficoltà di carattere procedimentale – le quali hanno cagionato il notevole ritardo con il quale l'ordinamento giuridico domestico si prepara a recepire ed implementare paradigmi di giustizia da molto tempo promossi e recepiti al livello internazionale – i modelli di giustizia riparativa, tanto in fase di cognizione, quanto in fase esecutiva della sanzione penale, rappresentano una valida soluzione per porre fine ad un *vulnus* che da tempo permea l'intero sistema processual-penalistico ed esecutivo della pena.

Pertanto, dinanzi alla recente adozione di strategie di politica criminale improntate alla predisposizione di un c.d. “*diritto penale del nemico*” – il quale intende risolvere i problemi relativi al carico del contenzioso penale pendente e al sovraffollamento carcerario aumentando, paradossalmente, la gravità del trattamento sanzionatorio e i casi in cui è possibile fare ricorso alla pena detentiva, diminuendo contestualmente la possibilità di accedere a misure alternative e benefici penitenziari – l'inversione di rotta in favore del recepimento dei nuovi paradigmi di giustizia riparativa rappresenta una soluzione normativa di successo, suscettibile di dar corso ad un cambiamento *epocale* del modo di concepire il procedimento penale e le funzioni alle quali la pena deve assolvere.

Sebbene l'opera riformatrice intrapresa non sia priva di notevoli difficoltà procedurali, l'ordinamento giuridico domestico presenta già delle *strette fessure* attraverso le quali veicolare l'ingresso di paradigmi riparativi tanto in fase di cognizione, quanto soprattutto in fase

esecutiva. Soprattutto in relazione a quest'ultima, appare logico supporre che l'operato del legislatore delegato potrebbe avere principalmente riguardo all'istituto, previsto all'art. 13, co. 3 ord. penit., il quale – offrendo al condannato un'opportunità per procedere ad una riflessione critica sul fatto di reato e sulle conseguenze cagionate alla vittima dello stesso – apre importanti spiragli all'ingresso di procedure riparative nell'ordinamento penitenziario. Segnatamente non appare irragionevole ritenere che il suddetto istituto possa fungere da *catalizzatore* per l'implementazione, in pianta stabile, di paradigmi esecutivi della pena che – alla stregua dei modelli di *restorative detention* affermatasi in altri ordinamenti giuridici continentali, soprattutto in quello belga – abbandonino, gradualmente, la logica *escludente* e di *duplicazione del male* che, in larga parte, ad oggi ancora si cela dietro le modalità esecutive *inframurarie*.

Non v'è chi non veda le notevoli difficoltà che un simile cambiamento comporta, soprattutto in ragione del profondo *radicamento sociale* che i modelli processual-penalistici presentano: in altri termini, attraverso il progetto di riforma in esame, ciò che occorrerebbe perseguire non dovrebbe tanto limitarsi ad una mera *riforma giuridica* del sistema processual-penalistico ed esecutivo della pena, ma dovrebbe perseguire un generale processo di educazione, sensibilizzazione ed avvicinamento della comunità di consociati ad un sistema di giustizia penale che si discosti dalle logiche ritorsive, *retribuzionistiche* ed *inimicali* che tuttora lo fanno da padrone. A ciò dovrebbe affiancarsi, per giunta, la predisposizione di servizi istituzionali connotati da competenze specifiche per procedere all'espletamento dei suddetti programmi: occorrerebbe prevedere apposite istituzioni specializzate – formalmente distinte da quelle prettamente giudiziarie – nell'espletamento dei suddetti servizi di giustizia riparativa, partendo dalla figura del facilitatore, il quale – per ragioni di tutela delle parti, nonché per ragioni di efficacia ed efficienza del nuovo modello – deve necessariamente essere in possesso di competenze specialistiche che non sono, ad oggi, rinvenibili in altre figure istituzionali già presenti nel sistema processual-penalistico vigente.

A ben vedere, il progetto di riforma c.d. *Cartabia* appare essere molto ambizioso in punto di predisposizione di una rete strutturale idonea a garantire l'efficiente funzionamento dei nuovi organismi competenti allo svolgimento dei programmi riparativi: diversamente dall'approccio presentato dalle riforme che avevano, già in precedenza, mostrato interesse verso il recepimento di programmi di giustizia riparativa, l'attuale disegno riformatore intende destinare allo scopo ingenti finanziamenti e risorse economiche, com'è possibile evincere dall'art. 1, co. 19 della medesima legge-delega, il quale – abbandonando le logiche delle clausole di invarianza finanziaria che avevano fatto da padrone i precedenti progetti riformatori sul punto – destina cospicui investimenti a favore dell'implementazione delle strutture necessarie e a beneficio della corretta formazione degli operatori del settore.

Ciò premesso, i criteri direttivi tracciano le linee guida per intraprendere un percorso normativo che conduca, nel breve termine, ad un *recepimento condizionato* dei contenuti caratterizzanti i paradigmi di giustizia riparativa entro istituti già presenti nell'ordinamento giuridico domestico. Le sostanziose modifiche che il legislatore delegante ha inteso apportare tanto a istituti procedurali esperibili in fase di cognizione, quanto ai contenuti che compongono il trattamento sanzionatorio ed esecutivo della pena, lasciano intendere che lo spirito della riforma si muova verso la valorizzazione di istituti giuridici e contenuti sanzionatori ad alto livello rieducativo e responsabilizzante, allontanandosi contestualmente dal *carcerocentrismo* che ha impedito, sinora, il recepimento di trattamenti sanzionatori personalizzati e responsabilizzanti fin dal momento applicativo della pena con sentenza di condanna.

Al riguardo, sebbene gli spunti di riforma siano molteplici, non appare di cadere in errore nell'affermare che il legislatore delegante abbia mantenuto un atteggiamento generalmente conservativo, soprattutto in relazione agli indirizzi di riforma del sistema sanzionatorio. Segnatamente, l'occasione pareva essere propizia per intervenire – a distanza di ormai 90 anni dall'entrata in vigore del codice Rocco – in modo netto anche sul catalogo delle pene principali, le quali delineano, ad oggi, un sistema sanzionatorio binomiale – strettamente incentrato sull'alternativa pena detentiva/pecuniaria – il quale potrebbe, a ragion veduta, essere tacciato di risultare anacronistico e, talvolta, distante dalle istanze di giustizia promananti dal tessuto sociale. Pertanto, non appare illogico ipotizzare che siano ormai maturi i tempi per procedere ad arricchire il novero delle pene principali, favorendo l'introduzione di una pena *prescrittiva, fluida* nei contenuti sanzionatori, che si preponga l'arduo obiettivo di offrire al giudice della cognizione l'opportunità di applicare un trattamento sanzionatorio, “*cucito su misura*” del condannato, il quale garantisca un'efficace azione responsabilizzante e rieducativa dello stesso maggiormente conforme ai principi sanciti dall'art. 27, co. 3 della Costituzione.

Non v'è dubbio che importanti passi in avanti in tal senso siano derivati anche dall'opzione normativa di inserire taluni istituti precedentemente qualificati come misure alternative alla detenzione nel novero delle pene sostitutive alla detenzione, così da anticipare, in fase di cognizione, l'applicazione di contenuti sanzionatori ed esecutivi che avrebbero, altrimenti, fatto ingresso solamente in una fase successiva, quale quella esecutiva.

Oltre a ciò, l'innalzamento del limite di pena detentiva sostituibile da due a quattro anni – in tal modo parificato al limite di pena detentiva per cui, ex art. 656, co. 5 c.p.p. si proceda alla contestuale sospensione dell'ordine di esecuzione – apre delle interessanti prospettive di modifica del rapporto giurisdizionale intercorrente fra il giudice di cognizione e la magistratura di sorveglianza, le quali sono suscettibili di ridurre, sensibilmente, le incertezze giuridiche afferenti alla condizione personale dei condannati c.d. *liberi sospesi*.

In definitiva, le modifiche che il disegno di riforma c.d. *Cartabia* intende apportare sono molteplici e sostanziose: sebbene questo debba intendersi solamente come la prima tappa di un percorso normativo di più ampio respiro, non pare di cadere in errore nell'affermare che sono ben visibili le basi giuridiche funzionali al perseguimento, da una parte, di un sistema processual-penalistico maggiormente idoneo a soddisfare, con maggiore prontezza, le istanze di giustizia promananti dal tessuto sociale e, dall'altra, di un sistema sanzionatorio ed esecutivo della pena che – abbandonando visioni *retribuzionistiche* della sanzione penale – si apra all'implementazione di nuovi contenuti sanzionatori dai connotati maggiormente idonei al soddisfacimento della funzione rieducativa, risocializzante e responsabilizzante della pena.

BIBLIOGRAFIA

- ABEL F. – MARSH F. H., *Punishment and Restitution*, Greenwood Press, 1984.
- BARATTA A., *Il diritto penale minimo: la questione criminale fra riduzionismo e abolizionismo*, Edizioni scientifiche Italiane, 1986.
- BARROTTA P., *La dialettica scientifica. Per un nuovo razionalismo critico*, UTET Università, Torino, 1998.
- BIANCHI D., *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”*: una grande occasione non priva di rischi, in *Sistema Penale*, 21 febbraio 2022.
- BOUCHARD M., in *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2015.
- CAGOSSI M., *Esperimenti di giustizia riparativa nell’ordinamento italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, L. LUPÁRIA (a cura di), Cedam, 2015.
- CAPASSO F., *Una nuova forma di politica criminale. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, pubblicato in *Unità per la Costituzione*.
- CARETTI P. – DE SIERVO U., *Diritto costituzionale e pubblico*, terza edizione, Giappichelli Editore, Torino.
- CAVALIERE A., *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *Penale Diritto e Procedura*, novembre 2021.
- CHAPMAN T., *La giustizia riparativa in Europa: sfide e opportunità*, in *La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*, di P. PATRIZI (a cura di), Carocci Editore, 2019.
- CHIODI G. M., *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.
- COLOMBO G., *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve nulla*, Ponte alle Grazie, 2020.
- CORNACCHIA L., *Vittima e giustizia criminale*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, n. 4 – 2013.
- COSTANZO A., *La triangolazione penale retribuzione riparazione prescrizione*, in *Giustizia Insieme*, dicembre 2021 – n. 2088.
- DARAI G., *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI – A. MACRILLÒ (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.
- DEI-CAS E. A. A., *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell’ambito della legge delega Cartabia*, in *Archivio Penale*, 2021 – n. 3

DELLA CASA F., in *Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) pay-back sanction? Equivoci sul significato dell'art. 47 comma 7 ord. penit.*, in P. TRECCI – M. CAFIERO (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa. Il servizio sociale nel sistema penale e penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2007.

DIAMANTE A., *La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal D. Lgs. 212/2015*, in *Giurisprudenza Penale*, 2016.

DI PRISCO A., *I presupposti dell'archiviazione e la sentenza n. 88 del 1991 Corte Cost. sulla "superfluità" del dibattimento*, in *Iusinitinere*, pubblicato il 29 marzo 2017.

DI ROSA G., *Le misure sospensivo-probatorie nell'esperienza milanese: l'affidamento in prova e la liberazione condizionale*, in E. DOLCINI – A. DELLA BELLA (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

DOLCINI E., *Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della commissione Lattanzi*, in *Sistema Penale*, 4 giugno 2021.

DOLCINI E., *Sanzioni sostitutive, la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sistema Penale*, 2 settembre 2021.

DONINI M., *Pena àgita e pena subìta. Il modello del delitto riparato*, in *Questione Giustizia*, pubblicato in data 1° novembre 2020.

DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, il Mulino, Bologna, 2015.

EARLE R., *Community Justice and Creating Peace*, 1998.

EUSEBI L., *Il carcere come extrema ratio e la diversificazione delle tipologie sanzionatorie: una via percorribile?*, in *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, 1990.

EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessari*, in G. MANNOZZI - G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, il Mulino, Bologna, 2015.

EUSEBI L., *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, n. 3 – 2021.

EUSEBI L., *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *disCrimen*, 31 marzo 2021.

FOX K. J. – GARBER M. – WARD T., *Restorative justice, offender rehabilitation and desistance*, in *Restorative Justice: an International Journal*, Vol. II, Issue I, anno 2014.

- GARUTI G. – TRABACE C., *Qualche considerazione a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 10 – 2020
- GASPARINI I., *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, n. 4 – 2015
- GATTA G. L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in *Sistema Penale*, 15 ottobre 2021.
- GHEZZI F. – SPAVENTI L., *Le misure alternative alla detenzione nell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI – A. MACRILLÒ (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.
- GIUFFRIDA M. P., *Verso la giustizia riparativa*, pubblicato in *Mediares - Semestrale sulla mediazione*, n. 3/2004.
- LAUWAERT K., *Restorative justice in the 2012 EU Victims Directive: a right to quality service, but no right to equal access for victims of crime*, in *Restorative Justice an International Journal*, 2012 – Vol. 1, Issue 3.
- LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, Ministero della Giustizia, Roma, 2007.
- LODIGIANI G. A. – MANNOZZI G., *Formare al diritto e alla giustizia: per una autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, n. 1 – 2014.
- LODIGIANI G. A. – MANNOZZI G., *Le tre sfide della giustizia riparativa: normativa, prassi e formazione*, in *Minorigiustizia*, n. 1 – 2016.
- LOMBARDI F., *Le modifiche alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.). Riflessioni sparse*, in *Penale Diritto e Procedura*, 30 agosto 2021.
- MANCUSO E. M., *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, n. 4 – 2015.
- MANNOZZI G., *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in G. DE FRANCESCO – E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Giappichelli, Torino, 2002.
- MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003.
- MANNOZZI G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2012.

MANNOZZI G., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine “giustizia riparativa” e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, n. 1 – 2015.

MANNOZZI G., *Giustizia Riparativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali X – 2017, pag. 465.

MANNOZZI G. – LODIGIANI G. A. et al., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017.

MARUNA S., *Making good: how ex-convicts reform and rebuild their lives*, Washington DC: American Psychological Association, 2001.

MATTEVI E., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e condotte riparatorie*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 5 – 2017.

MAZZUCCATO C., *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BRETAGNA – A. CERETTI – C. MAZZUCCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro. Responsabili e vittime della lotta armata a confronto*, il Saggiatore, 2015.

MILITELLO E., *Giustizia riparativa, conflitti sociali e “hate incidents”. Come la restorative justice può contribuire a diminuire i crimini d'odio*, in *Cassazione penale*, n. 4 – 2019.

MORRONE A., *Diritto penale del lavoro. Sfruttamento della manodopera, sicurezza sul lavoro, mobbing e reati in materia di previdenza*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

NORMANDO R., *Modelli alternativi di giustizia in materia penale: l'intervento del mediatore*, in *Processo penale e Giustizia*, n. 2/2014.

PALAZZO F., *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

PALAZZO F., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema Penale*, pubblicato in data 8 settembre 2021.

PATANÈ V., *Ambiti di applicazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione*, in Aa.Vv, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, A. MESITZ (a cura di), Carrocci, Roma, 2004.

PATANÈ V., *Mediazione penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, annali II, tomo I, Milano, 2008.

PONGILUPPI C., *Pratiche di giustizia riparativa all'interno della messa alla prova per imputati adulti. Esperienze concrete e spunti di riflessione*, in *Archivio Penale*, n. 3 – 2020.

ROBINSON G. – SHAPLAND J.– SORSBY A., *Restorative justice in practice. Evaluating what works for victims and offenders*, Routledge, 2011.

RUGGERI F., *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. PICOTTI, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998.

SCAHUER F. F., *Community, Citizenship, and the Search for National Identity*, in *Michigan Law Review*, n. 19986, 06/1986.

- SESSA S., *La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 10 - 2019.
- SUMMERER K., *"Diversion" e giustizia riparativa. Definizioni alternative del procedimento penale in Austria*, in *Rivista Italiana Diritto e Procedura Penale*, n. 1- 2018
- TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, 2006.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, ventunesima edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.
- UMBREIT M. S. e PETERSON ARMOUR M., *Restorative Justice and Dialogue: Impact, Opportunities, and Challenges in the Global Community*, 36 Wash. U. J. L. & Pol'y 65 (2011).
- VAN NESS D. W. – HEETDERKS STRONG K., *Restoring Justice*, Anderson, 2010.
- VAN STOKKOM B., *Victims' need and participation in justice: is there a role for vengeance?*, in *Restorative Justice an International Journal*, Vol. 1 – 2013.
- VARRASO G., *La legge "Cartabia" e l'apporto dei procedimenti speciali al recupero dell'efficienza processuale*, in *Sistema Penale*, n. 2 – 2022, p. 38.
- VICOLI D., *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. Pen.*, 1 – 2015.
- VIOLI L., *L'esecuzione penitenziaria, dal primato della pena detentiva al superamento della visione carcerocentrica*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, P. BALDUCCI – A. MACRILLÒ (a cura di), Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.
- WALKER M., *Moral repair: reconstructing moral relations after wrongdoings*, Cambridge University Press.
- WRIGHT M., *Justice for Victims and Offenders: a restorative response to crime*, Open Univ. Press, 1991.
- ZEHR H., *Changing Lenses. A new focus on Crime and Justice*, Scottsdale, 1990
- ZEHR H., in *The little Book of Restorative Justice*, Intercourse, PA: Good Books, 2002.