



EXTREMA RATIO

www.extremaratioassociazione.it

Che cosa (non) è giustizia riparativa

SOMMARIO: 1. Benefici e illusioni della giustizia riparativa: cenni introduttivi. – 2. Art. 162-ter c.p.: estinzione del reato per condotte riparatorie (*rectius*: risarcitorie). – 3. Sospensione del procedimento e messa alla prova: un istituto meritevole, ma pur sempre afflittivo. – 4. Una speranza per il futuro: la riforma Cartabia.

di Tommaso Tedeschi

Il presente contributo intende soffermarsi su un tema – quello della giustizia riparativa – di estrema attualità, anche in considerazione della comunicazione, pervenuta in data 28.9.2022 dal Consiglio dei ministri (successiva all’elaborazione del presente scritto), della definitiva approvazione del decreto legislativo di attuazione della riforma della giustizia penale. Dopo un breve raffronto tra le criticità dei modelli di giustizia di stampo retributivo e le potenzialità democratiche e special-general preventive della Restorative Justice, il lavoro vuole scongiurare l’erroneo convincimento di ricomprendere nella logica riparativa tutto ciò che si caratterizzi per il solo fatto di non essere “carcerogeno”. A tal fine vengono analizzati in chiave critica due istituti che, pur meritevoli di aver spezzato la tradizionale sequenza reato-pena detentiva, non devono indurre l’interprete a cadere nell’illusione di essere finalmente in presenza di istituti intrinseci di caratteri riparativi e totalmente privi di tratti marcatamente sanzionatorio-afflittivi: l’istituto dell’estinzione del reato per condotte riparatorie e quello della messa alla prova. Infine, alcune brevi riflessioni conclusive vengono dedicate alla c.d. Riforma Cartabia, che sicuramente ha avuto il merito di introdurre, per la prima volta nell’ordinamento nazionale, una disciplina organica della giustizia riparativa, prevedendo altresì diverse interconnessioni della stessa con il procedimento penale.

1. Benefici e illusioni della giustizia riparativa: cenni introduttivi

«Sono anche convinta che siamo chiamati a favorire la costruzione di società più giuste. Questo implica porre le relazioni umane al centro: l’abbiamo imparato di nuovo durante la pandemia. Le relazioni umane e sociali ferite o mutilate dal crimine richiedono una possibilità di riparazione».

Con queste parole pronunciate nel discorso di apertura tenutosi a Venezia il 13 dicembre 2021 in occasione della Conferenza dei Ministri della Giustizia del Consiglio d’Europa dedicata alla giustizia riparativa e conclusasi con la sottoscrizione della Dichiarazione di Venezia, la Guardasigilli, Marta Cartabia, ha nuovamente espresso la necessità di rivoluzionare il modo di fare giustizia.

È il momento di prendere definitivamente le distanze dalle classiche politiche repressive e di disvelare l'inconsistenza – tanto per il reo, quanto per la vittima - della pena di matrice retributiva che, in quanto tale, si pone quale unico obiettivo quello di raddoppiare il male originariamente generato dall'agire criminoso.

Si tratta di una concezione di giustizia che risulta, ancora oggi, inflazionata in quanto ancorata a logiche populiste, ma che, ad un occhio maggiormente attento ai risvolti rieducativi e general-special preventivi tanto cari al diritto penale, mostra tutta la sua fragilità costituzionale poiché tesa soltanto a soddisfare la domanda sociale di punizione senza che assuma alcuna importanza «se ciò è non solo inutile per il reo, che è esposto al rischio di desocializzazione e deumanizzazione, ma addirittura controproducente per l'intera collettività che è esposta al rischio di recidiva»¹.

Occorre prendere coscienza – a livello culturale prima che giuridico - del fatto che «l'agire in danno dell'altro, sebbene ritenuto colpevole, non cancella il male compiuto», bensì funge solo da «moltiplicatore negativo nei rapporti umani»².

Nel tentativo di offrire nuovi ed efficienti modelli di risposta al reato – disancorati dalla mera inflizione di una pena, spesso di carattere detentivo – si colloca la giustizia riparativa, con la sua costante inclinazione verso risposte democraticamente accettabili da offrire alle inesauribili domande di giustizia, in ossequio a quanto disposto dall'art. 27, commi primo e terzo, della nostra Costituzione.

Nell'attuale ordinamento penale italiano non si scorge ancora una definizione, né tantomeno una disciplina organica e razionalizzata, relativa alla *Restorative Justice*, motivo per cui occorre fare tesoro degli ormai innumerevoli impulsi, prevalentemente di

¹ DOVA M., “*Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, 195. La stessa Corte Costituzionale ha sancito, a più riprese, il carattere ontologico della pena rieducativa: “la necessità costituzionale che la pena debba ‘tendere’ a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnamento da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue” (Corte cost. n. 313/1990).

² EUSEBI L., “*La rinuncia al paradigma retributivo come cardine di una teoria della giustizia*”, in PATRIZI P. (a cura di), “*La giustizia riparativa. Psicologia e diritto per il benessere di persone e comunità*”, Carocci editore, 2019, 77 ss.

Sulla pena come “raddoppio del male” si rimanda a DONINI M., “*Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*”, in “*Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, 2013, 1162 ss.

soft law, provenienti dal diritto internazionale e, in particolare, dalle Nazioni Unite, dal Consiglio d'Europa e dall'Unione Europea.

Basti, a titolo esemplificativo, la definizione di giustizia riparativa proposta dalla Risoluzione n. 12/2002 (*Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*) emanata dall'Economic and Social Council dell'ONU (ECOSOC)³:

«Restorative process means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator».

I programmi di giustizia riparativa mettono in crisi il concetto di “punizione”, scommettendo, al contrario, sull'incontro attivo, spontaneo e riparatorio dei soggetti coinvolti nell'esperienza delittuosa, al fine di superare il male da essa generato e conseguentemente ripristinare il bene attraverso un'opera – positiva, costruttiva e dinamica – di responsabilizzazione del reo verso la vittima e la comunità sociale.

In quanto vero e proprio modello di giustizia da non confondere con un mero strumento di clemenza, occorre svelare, seppure con le dovute esigenze di sintesi, la maggior capacità della giustizia riparativa, posta a confronto con i classici modelli neo-retributivi e repressivi fondati unicamente sulla forza della deterrenza, di offrire risposte efficienti ai problemi che pone la realizzazione di un reato, con particolare riferimento: alla tutela della dignità umana, valore mai rinunciabile in uno Stato che vuole definirsi democratico; alla posizione del reo, con le connesse esigenze di rieducazione e di prevenzione generale e speciale; al coinvolgimento della vittima, troppo spesso trascurata, nelle questioni inerenti la risoluzione del conflitto.

- La democraticità di uno Stato non dovrebbe mai subire interruzioni, nemmeno nel momento in cui è chiamato a rispondere alla commissione di un crimine. Invece, il nostro sistema sanzionatorio continua ad essere incentrato su pene che,

³ Altre fonti internazionali dove sono presenti rimandi a pratiche mediatriche sono: Decisione Quadro 2001/220/GAI; Direttiva 2012/29/UE; Raccomandazione (99)19 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa; Raccomandazione (2018)8 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa; Dichiarazione di Venezia sul Ruolo della Giustizia riparativa in materia penale sottoscritta il 14 dicembre 2021 dai Ministri della Giustizia degli Stati Membri del Consiglio d'Europa.

caratterizzandosi per afflizione, coazione e repressione, “tradiscono”⁴ quegli stessi precetti che proclamano l’invulnerabilità di beni giuridici fondamentali, con il risultato che, così operando, il reo diventa a sua volta “vittima” di un cortocircuito della democrazia, finendo per vedersi inflitto ciò che gli viene rimproverato di aver inflitto alla vittima.

Occorre, quindi, progettare sanzioni riparative che, attraverso la stimolazione di un agire spontaneo e responsabilizzante del reo, valorizzino ed esaltino i beni tutelati dai precetti senza calpestare la dignità del colpevole.

- Nella convinzione che la prevenzione dei reati si giochi sul rispetto spontaneo delle norme, non dovuto alla minaccia della pena, bensì alla convinzione della loro bontà, «allora le stesse sanzioni, per essere efficaci, non potranno che perseguire, anzitutto, un obiettivo di motivazione personale del loro destinatario, sia rispetto alla presa di responsabilità nei confronti dell’illecito ormai commesso, sia rispetto alle scelte comportamentali future»⁵.
- Infine, la giustizia riparativa ha il merito di prendersi cura delle esigenze delle vittime - troppo spesso dimenticate nelle vicende penali – coinvolgendole, insieme ai rispettivi autori del reato, nel processo di determinazione degli accordi, di natura riparativa (c.d. *restorative outcome*), in grado di ricucire la ferita generata dal reato⁶. Inoltre, gli spazi aperti di dialogo offerti dai programmi riparativi favoriscono l’emersione di quei racconti da parte del colpevole, intrinseci di verità e dettagli in quanto liberi dai necessari vincoli processuali quale il “*nemo tenetur se detegere*”, che, consentendo di comprendere le motivazioni

⁴ Sul tema si rimanda a MAZZUCATO C., “*Dal buio delle pene alla luce dei precetti. Il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia*”, in MARCHETTI L., MAZZUCATO C., “*La pena ‘in castigo’. Un’analisi critica su regole e sanzioni*”, Vita e Pensiero, Milano, 2006.

⁵ EUSEBI L., “*Gestire il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena ritorsione*”, in “*La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*”, 2018, 233.

⁶ Accordi che, secondo i *Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters* dell’ONU, possono includere “*responses and programmes such as reparation, restitution and community service*”, ma che comunque possono prevedere solo obbligazioni “*reasonable and proportionate*” al fatto di reato.

che lo hanno spinto a commettere il reato, appagano – spesso anche più di una sentenza di condanna – il bisogno di sapere delle vittime⁷.

Fermo restando i meriti appena esposti, la *Restorative Justice* ancora oggi sconta la pena di imporsi agli occhi dei consociati e dello stesso legislatore principalmente quale modello ideale, emotivo e utopico, portandosi con sé almeno due effetti collaterali tra loro interdipendenti che ne ostacolano l'affermazione giuridica: da un lato, il consolidato ancoraggio della giustizia penale a logiche di stampo retributivo e repressivo, che colgono nella detenzione la soluzione (unica possibile) ad ogni male e, dall'altro, l'illusione di ricomprendere nella giustizia riparativa tutto ciò che semplicemente non sia "carcerogeno".

La sensazione, almeno da parte di chi scrive, è che la «sanzionorrea»⁸ abbia fissato radici talmente solide non solo nell'ordinamento penale, ma, soprattutto, nella stessa cultura umana che si è convinti di intravedere la nobile logica conciliativo-riparativa in qualsiasi strumento penale che, *sic et simpliciter*, non contempra il freddo dosaggio aritmetico di una pena, sia essa detentiva o meno.

Invece, i criteri fondanti della *Restorative Justice* – libertà, volontarietà, confidenzialità e adesione attiva e spontanea ai programmi riparativi – sono elementi indefettibili che, in quanto tali, mal si conciliano con qualsiasi comportamento rigidamente imposto, ivi compresi condotte risarcitorie e/o restitutorie e lavori socialmente utili che, se frutto di un'inflizione e non di una condotta spontanea e volontaria assunta dal reo, altro non sono che pene meno afflittive di quelle detentive, ma pur sempre afflittive.

La mancanza di anche solo uno degli ingredienti sopra riportati comporta, *in re ipsa*, il venir meno della logica riparativa. Ciò non esclude che possano venir alla luce istituti

⁷ Per un'analisi concernente l'inidoneità di una condanna a soddisfare le esigenze riparative della vittima si rimanda a EUSEBI L., "La risposta al reato e il ruolo della vittima", in "Diritto penale e processo", 2013, 527 ss: "Il bisogno della vittima, tuttavia, consiste innanzitutto proprio nel veder riconosciuto, chiarificati i fatti, che quanto s'è verificato ha costituito un'ingiustizia e non dovrà più accadere: un bisogno il quale trova la risposta più appagante nel caso in cui tale riconoscimento avvenga anche attraverso le scelte di chi abbia commesso il reato, e nel rapporto con il medesimo".

⁸ Espressione usata da FORTI G., "La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi", Vita e Pensiero, Milano, 2018, p. 125, per evidenziare come la "sanzionorrea", intesa quale bisogno impulsivo di pene sempre più elevate, "funge da meccanismo di rimozione sociale e istituzionale dei problemi e, conseguentemente, delle soluzioni effettive da apprestare".

quali, ad esempio, la sospensione del procedimento a messa alla prova o l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, sicuramente meritevoli di aver spezzato la tradizionale sequenza reato-pena detentiva⁹; tuttavia, questo soltanto non deve indurre a cadere nell'illusione di essere finalmente in presenza di istituti intrinseci di caratteri riparativi e privi di tratti marcatamente sanzionatorio-afflittivi.

2. Art. 162-ter c.p.: estinzione del reato per condotte riparatorie (rectius: risarcitorie)

Un primo passaggio (non meramente formale, ma essenziale) per combattere tale illusione potrebbe compiersi cominciando ad utilizzare una terminologia corretta e non fuorviante, tale da assecondare la cultura della giustizia riparativa. D'altronde continuando a definire come riparatori istituti che presentano tratti marcatamente afflittivi e retributivi, o comunque non conciliativi, si finirà per cambiare tutto senza cambiare niente.

In tal senso, il legislatore si è reso colpevole di aver introdotto con la l. n. 103/2017 (c.d. Riforma Orlando) un istituto derubricato «estinzione del reato per condotte riparatorie», laddove sarebbe stato, invece, più corretto riferirsi a condotte meramente risarcitorie.

In particolare, l'art. 1, co. 1, della legge Orlando ha disposto l'introduzione dell'art. 162-ter c.p., causa estintiva del reato che si caratterizza per la valorizzazione di una condotta successiva alla commissione del fatto, consistente nella riparazione del danno mediante risarcimento o restituzioni e nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, tale da non rendere più conveniente né la prosecuzione del processo, né l'infrazione di una pena (come si vedrà, a prescindere da un'avvenuta ed effettiva ricomposizione della frattura generata dal fatto criminale).

Quel che, fin dall'inizio, preme evidenziare è il fatto che, sebbene tali condotte siano qualificate come "riparatorie", esse operano senza alcun intento realmente conciliativo; non bisogna, quindi, cadere nell'equivoco di considerare una prestazione risarcitoria o

⁹ DI MARTINO A., "La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena", Giuffrè Editore, Milano, 1998.

restitutoria quale elemento unico e sufficiente per la reale ed effettiva ricomposizione del legame scalfito dall'esperienza dell'illecito.

Perciò, occorre distinguere i casi in cui è sufficiente la riparazione acritica e monetaria, magari imponendosi quale adempimento meramente formale l'audizione delle parti, dai casi in cui, invece, vengono create le condizioni per uno spazio dialogico tra tutte le parti coinvolte nel reato dove la risoluzione del conflitto viene affidata tanto al reo, anche in base alle proprie possibilità e disponibilità, quanto alla vittima, che deve avere la possibilità di esprimersi sugli effetti derivanti dall'offesa subita e, di conseguenza, sulle modalità più idonee a ricucire la ferita inflitta dal crimine. Solo in quest'ultimo caso, indipendentemente dall'uso che viene fatto del termine "riparazione", si potrà dire di essere in presenza di una giustizia realmente inclusiva e riparativa.

Invece, ai sensi dell'art. 162-ter c.p., l'estinzione del reato viene dichiarata qualora l'imputato, entro l'apertura del dibattimento di primo grado e dopo l'audizione delle parti e della persona offesa da parte del giudice, abbia riparato interamente il danno cagionato dall'illecito mediante le restituzioni o il risarcimento e abbia eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato.

La qualificazione delle condotte in grado di estinguere il reato quali "riparatorie" crea l'illusione di una norma interessata in senso lato alla ricomposizione della frattura, globalmente intesa, generata dal fatto criminale da compiersi attraverso la creazione di uno spazio interlocutorio nel quale possano emergere le preoccupazioni e le esigenze tanto della vittima quanto del reo. Nulla di tutto questo, in realtà, viene perseguito dall'istituto in esame, che, al contrario, determina, con l'unico intento deflativo, l'estinzione del reato mediante condotte prettamente risarcitorie (con significato ben diverso da "riparatorie"), a prescindere, quindi, da un'avvenuta riconciliazione tra le parti.

Innanzitutto, l'art. 162-ter c.p., coerentemente con la finalità deflativa ad esso sottesa, impone che la riparazione integrale del danno sia realizzata entro un termine inderogabile, individuato nella dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, oltrepassato il quale, l'alleggerimento del carico giudiziario perde di priorità, tornando così a rilevare il bisogno di pena.

In secondo luogo, è proprio in questa operazione risarcitoria che si manifesta tutta la lontananza del presente istituto dalle logiche proprie della giustizia riparativa. Tale discrasia emerge inequivocabilmente dall'assenza di discrezionalità che sembra caratterizzare l'attività dell'organo giudicante laddove la norma sancisce, con tono imperativo, che «il giudice dichiara estinto il reato» qualora, nei termini previsti, l'imputato abbia provveduto alla riparazione del danno. Questa sorta di automatismo in base al quale, una volta verificati i presupposti richiesti dalla legge, ne consegue immancabilmente l'effetto estintivo, priva di qualsiasi valenza dialogico-costruttiva l'inciso secondo cui il giudice debba previamente sentire le parti e la persona offesa. L'audizione della vittima, quindi, si riduce ad un mero adempimento formale, utile al giudice solamente per accertare che le restituzioni e/o il risarcimento siano state compiute dall'imputato e che siano congrue.

Il necessario contraddittorio, pur richiesto dalla norma, è ben lontano dall'essere uno spazio di partecipazione attiva della persona offesa e di dialogo responsabilizzante e costruttivo tra le parti coinvolte¹⁰.

Infine, il ruolo della vittima risulta definitivamente marginalizzato – secondo logiche completamente opposte a quelle riparative – se si prosegue nella lettura del primo comma della disposizione in esame, dove viene previsto che «il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo».

La finalità deflativa dell'istituto diventa così prioritaria da favorire l'estinzione del reato anche nell'ipotesi in cui la proposta di risarcimento sia stata rifiutata dalla vittima, sempre che il giudice ritenga congrua l'offerta. Ne consegue che proprio lo strumento civilistico dell'offerta reale disvela nuovamente ciò che il presente istituto intende realmente perseguire: non tanto la riconciliazione tra le parti, ma, al contrario, l'alleggerimento del carico giudiziario che, nell'intento del legislatore, deve garantirsi anche laddove la

¹⁰ La distanza dalle logiche della Restorative Justice è da più parti evidenziata in dottrina: a tal proposito si rimanda a PERINI C., *“Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex. art. 162-ter c.p.: deflazione senza restorative justice”*, in *“Diritto penale e processo”*, 2017, 1274 ss; AMARELLI G., *“La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex. art. 162-ter c.p.”*, in *“Studium Iuris”*, 2017, 1420 ss; POTETTI D., *“Estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.): profili procedurali”*, in *“Cassazione penale”*, 2018, 4276 ss.

ricomposizione del conflitto non abbia avuto successo, con conseguente ed ulteriore vittimizzazione (altro che riparazione!) della persona offesa.

Inoltre, si assiste ad un ulteriore risultato paradossale se si considera l'ambito di operatività dell'art. 162-ter c.p. che è applicabile ai soli reati procedibili a querela soggetta a remissione: si tratta di una stortura che non può porre seri dubbi sulla reale *ratio* perseguita dall'istituto giuridico, il quale evidentemente *“risponde, più che all'incentivazione di forme di giustizia riparativa tramite una riconciliazione tra l'imputato e la persona offesa, conferendo al primo la possibilità di ricucire i rapporti con il secondo, ad esigenze di deflazione processuale. Muovendo dal rilievo secondo il quale l'art. 162 ter è applicabile ai soli reati procedibili a querela in cui la stessa sia soggetta a remissione, restandone così esclusi non solo i reati procedibili d'ufficio, ma anche quelli procedibili a querela irrevocabile, e, avuto riguardo al fatto che la remissione della querela è di per sé causa estintiva del reato che trova applicazione, solitamente, qualora imputato e persona offesa raggiungano un accordo economico al di fuori del processo, ne consegue che la portata applicativa dell'istituto si restringe alle circostanze in cui la persona offesa non intenda accettare l'offerta dell'imputato: il legislatore ha ritenuto perciò necessario l'intervento del giudice prima della stessa celebrazione del processo... al fine di valutare nel contraddittorio fra le parti, ove tra le stesse non vi sia accordo, a fronte di una condotta di concreta disponibilità dell'imputato alla riparazione, la congruità della somma versata od offerta nelle forme di cui all'art. 1208 c.c..”*¹¹.

Così strutturato, l'art. 162-ter c.p. non può che limitarsi a favorire l'assunzione da parte dell'autore del reato di condotte risarcitorie più che riparatorie, non contemplando, fatta eccezione per il mero adempimento formale dell'audizione delle parti, alcuno spazio rilevante a favore della vittima, ancora una volta protagonista dimenticata nella determinazione della risposta al fatto di reato.

Nell'intento di perseguire finalità anche conciliative, l'istituto di cui all'art. 162-ter c.p. avrebbe potuto prevedere uno spazio maggiormente incisivo da riservare alla vittima, in

¹¹ Cass., Sez. III, 3.5.2021, n. 16674

particolare cercando di favorire la conciliazione delle parti, anche a costo di allungare i tempi processuali.

A tal fine, si sarebbe potuto attingere a uno degli strumenti maggiormente riparativi presenti nell'attuale ordinamento penale: quello disciplinato dall'art. 29, co. 4, d. lgs. 274/2000.

Tale disposizione, infatti, prevede, per i reati perseguibili a querela, la possibilità per il Giudice di Pace di rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi nel caso in cui ciò possa essere utile per favorire la conciliazione tra le parti, avvalendosi anche, se del caso, dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio. Inoltre, sempre nell'ottica di favorire la ricomposizione del conflitto, viene altresì disposto che «le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione»¹².

Invece di tacitare la vittima, favorendo il risarcimento anche contro la sua stessa volontà in una logica puramente deflativa, si sarebbe potuto promuovere ed incentivare un vero spazio di dialogo e responsabilizzazione tra le parti confliggenti, accessibile a qualsiasi soggetto senza alcuna discriminazione fondata sulle capacità economiche, e lasciare, come *extrema ratio* in caso di esito negativo dell'attività conciliativa, l'estinzione del reato per condotte, a questo punto, risarcitorie.

3. Sospensione del procedimento e messa alla prova: un istituto meritevole, ma pur sempre afflittivo

Altro istituto che tanto frequentemente quanto sbrigativamente viene fatto coincidere con le pratiche riparative è la sospensione del procedimento con messa alla prova, introdotto dalla l. n. 67/2014 e disciplinato dagli artt.168 bis-168 quater c.p. e 464 bis- 464 novies c.p.p.

¹² Merita attenzione la proposta, elaborata dal gruppo di lavoro presieduto dal Prof. Palazzo, volta ad introdurre meccanismi di mediazione pre-processuale non solo per i reati perseguibili a querela, ma anche per quelli colposi. Ne parla EUSEBI L., “*Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*”, in “*Discrimen*”, 31 marzo 2021.

Al fine di evitare inutili fraintendimenti, non si mette in dubbio il fatto che il sistema della messa alla prova negli adulti rappresenti un primo serio (e nobile) tentativo di distacco dai tradizionali modelli repressivi finalizzati all'irrogazione di una pena detentiva.

Tuttavia, bisogna altresì riconoscere che, diversamente dall'omonimo modello minorile, la messa alla prova degli adulti nasconde il «pericolo che si usino strumenti nuovi con una mentalità antica»¹³, attraverso l'imposizione – in spregio al principio cardine della giustizia riparativa che si fonda sull'assunzione volontaria delle condotte riparatorie – di vere e proprie sanzioni, quale è il lavoro di pubblica utilità, inspiegabilmente ricompreso nell'alveo della *Restorative Justice* per il solo fatto di non essere una pena di natura detentiva.

Da un rapido (ma non esaustivo) confronto – anche giurisprudenziale – tra l'istituto della messa alla prova presente nel modello minorile e quello disciplinato nell'ordinamento degli adulti si colgono immediatamente le differenze strutturali che evidenziano i tratti rieducativi e conciliativi a cui è ispirato il primo e quelli sanzionatori, ma anche deflativi, propri del secondo.

In primo luogo, i due istituti si differenziano per i diversi ambiti di operatività: mentre nel sistema penale minorile l'occasione educativa ed evolutiva della messa alla prova è ammessa anche per i reati più gravi senza alcuna preclusione dettata dai limiti edittali di pena, nei procedimenti a carico di imputati adulti, invece, il provvedimento sospensivo è riservato, ai sensi dell'art. 168 bis c.p., ai soli reati di minor gravità per i quali sia prevista la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, oltre che per quelli previsti dall'art. 550, co. 2, c.p.p.¹⁴

¹³ MAZZUCATO C., “*Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*”, Aracne, 2005, 260. Viene, correttamente, sottolineato che se il sistema in cui si inserisce un modello di risposta al reato, seppur lodevole, continua ad essere di matrice repressiva, il pericolo è quello di cadere nella “trappola” di una sua applicazione in chiave ancora corrispettiva e afflittiva.

¹⁴ MAZZUCATO C., “*Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione penale*”, in “*Criminalia*”, 2013, 478: “La qualità politico-criminale dell'istituto minorile, che lo rende positivamente rivoluzionario rispetto al tradizionale approccio sanzionatorio, è la rottura del meccanismo gravità del reato/gravità della reazione penale, rottura ragionevole e non pericolosa perché saldamente connessa alla significatività di un percorso di impegno attivo e responsabilizzante nella direzione richiesta dal reinserimento sociale”. Recentemente la stessa Corte costituzionale ha ribadito come “, la messa alla prova del minore è prevista per tutti i reati, anche quelli di gravità massima, rispetto ai quali l'ordinamento sospende il processo in vista dell'eventuale estinzione del reato per finalità puramente rieducative, quindi non perché l'imputato lo richieda e il pubblico ministero vi consenta, ma solo perché, ed in quanto, lo

Inoltre, anche in virtù dell'epoca in cui è stata introdotta, la messa alla prova persegue inevitabilmente finalità di deflazione processuale e carceraria. Coerentemente con detto obiettivo, l'art. 464-ter c.p.p. ammette, diversamente da quanto previsto per i minori, l'operatività dell'istituto sospensivo anche nel corso delle indagini preliminari qualora vi sia la richiesta dell'indagato e il consenso del pubblico ministero. La stessa Corte costituzionale giustifica tale differenza di operatività proprio in virtù delle distinte logiche sottese ai due istituti: «nella fase delle indagini preliminari, l'istituto acquista finanche una configurazione 'patteggiata', per la necessità di un accordo tra l'indagato e il pubblico ministero; tutto ciò secondo un indirizzo di politica legislativa cui non sono estranee finalità generali di deflazione giudiziaria per reati di contenuta gravità».¹⁵ Viceversa, le finalità deflative passano in secondo piano nel modello minorile, dove prevalgono necessariamente le istanze rieducative, come confermato dalla stessa Corte che ha rigettato l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 25 D.P.R. 448/1988 sulla base di «un ponderato bilanciamento tra le esigenze di economia processuale, che avrebbero consigliato di ammettere forme di 'patteggiamento' anche nel procedimento a carico di imputati minorenni, e le peculiarità del modello di giustizia minorile adottato dall'ordinamento italiano, sorretto dalla prevalente finalità di recupero del minore e di tutela della sua personalità, nonché da obiettivi pedagogico-rieducativi piuttosto che retributivo-punitivi».¹⁶

Infine, la messa alla prova degli adulti evidenzia tratti marcatamente sanzionatori e afflittivi, appositamente previsti per compensare la mancata condanna ad una pena detentiva, secondo una logica puramente retributiva. Un senso di corrispettività viene individuato, in particolare, nelle prescrizioni imposte dall'art. 168-bis, commi 2-3, c.p. e, quindi, nel risarcimento puramente economico del danno, nelle prescrizioni

ritenga opportuno un giudice strutturalmente idoneo a valutare la personalità del minore". (Corte cost. n. 139/2020).

¹⁵ Corte cost. n. 139/2020. Finalità completamente opposte, che legittimano l'inapplicabilità del meccanismo sospensivo nella fase delle indagini preliminari, orientano la messa alla prova minorile: "la messa alla prova del minore evidenzia caratteristiche specularmente opposte a quella dell'adulto, poiché l'essenziale finalità rieducativa ne plasma la disciplina in senso rigorosamente personologico, estraneo ogni obiettivo di deflazione giudiziaria". Riguardo a tale importante sentenza, chiarificatrice delle differenze di fondo tra la messa alla prova degli adulti e dei minori, si rimanda a CAMALDO L., "*Secondo la Consulta è legittimo che la messa alla prova del minore non possa essere disposta nella fase delle indagini preliminari*", in "*Sistema penale*", 10 febbraio 2021.

¹⁶ Corte cost. n. 274/2000.

comportamentali volte a limitare la libertà personale e, soprattutto, nel lavoro di pubblica utilità quale vera e propria sanzione inflitta all'imputato.

Nel presente istituto il lavoro di pubblica utilità assurge ad obbligo immancabile per la concessione della misura premiale, «senza che la legge richieda alcuna valutazione di specifiche esigenze rieducative che lo motivino, e dunque giustifichino».¹⁷ È un automatismo che si pone in evidente antitesi con i connotati propri della giustizia riparativa che, al contrario, scommette sull'attivazione spontanea e consensuale del reo.

L'obbligatorietà – e, quindi, l'afflittività – risulta non soltanto dall'art. 168-bis, co. 3, c.p. che esplicitamente subordina la concessione della messa alla prova al lavoro di pubblica utilità, ma anche dall'art. 168-quater c.p. che, nell'enumerare le cause di revoca della misura, include il rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità. Questo, dunque, è uno dei casi in cui l'attività socialmente utile, pur priva del carattere detentivo, rimane ugualmente una pena subìta passivamente dal soggetto che, se vuole godere dell'istituto in questione, deve obbligatoriamente accettare lo svolgimento di una prestazione non retribuita.

Anche il Giudice delle leggi conferma il ruolo sanzionatorio attribuito alle prescrizioni imposte al soggetto che intende usufruire della procedimento premiale: «il giudice è chiamato a valutare l'idoneità del programma di trattamento in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, e cioè in base ai criteri che sovrintendono ordinariamente alla commisurazione della pena, tra i quali spicca il riferimento alla gravità, oggettiva e soggettiva, del reato», conseguendone, quindi, che lo stesso è caratterizzato «da prescrizioni che sono sì funzionali alla risocializzazione del soggetto, ma che al tempo stesso assumono una innegabile connotazione sanzionatoria rispetto al fatto di reato».¹⁸ Dunque, il sistema aritmetico secondo il quale al reato occorre rispondere con una pena detentiva corrispondente viene previsto anche con riguardo alla determinazione delle prescrizioni che dovranno costituire oggetto del programma, con

¹⁷ MAZZUCATO C., “*Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione penale*”, in “*Criminalia*”, 2013, 479. Il lavoro di pubblica utilità costituisce una di quelle “zavorre” volte ad attenuare “il carattere attivo e responsabilizzante” dell'istituto.

¹⁸ Corte cost. n. 68/2019.

l'inevitabile intenzione di voler imporre una sanzione, seppur non detentiva, corrispondente alla gravità del reato.

E, ancora, la natura sanzionatoria della messa alla prova degli adulti, distinta da quella educativa del sistema minorile, è sottolineata dall'art. 657-bis c.p.p. che impone, in caso di esito negativo della prova, di determinare la pena residuale da espiare tenendo conto del periodo di prova compiuto. In particolare, viene previsto che, ai fini della determinazione della pena, «tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o ammenda». Questo meccanismo di ragguglio è proprio giustificato da «una valutazione di minore afflittività – ma pur sempre di afflittività – delle prescrizioni medesime rispetto a quella che deriva dalla pena detentiva».¹⁹

Nonostante le innegabili differenze rispetto alla disciplina minorile, il tentativo del legislatore di superare il protagonismo della pena detentiva, introducendo un istituto predisposto ad accogliere istanze dialogico-riparatorie, ma anche propriamente sanzionatorie – ravvisabili in primo luogo nel lavoro di pubblica utilità quale *condicio sine qua* non della misura premiale – è sicuramente da considerarsi un primo passo, seppur incompleto e prudente, in una direzione opposta a quella tipicamente repressiva.

4. Una speranza per il futuro: la riforma Cartabia

La possibilità di introdurre nell'ordinamento penale una disciplina organica della giustizia riparativa è offerta dalla l. n. 134/2021 (c.d. Riforma Cartabia) e, in particolare, dall'art. 1, co. 18, che enuclea i criteri direttivi ai quali dovranno attenersi i decreti legislativi nell'attuazione della delega.

Il 4 agosto è stato approvato, all'unanimità, lo «Schema di decreto legislativo recante attuazione della l. 27 settembre 2021, n. 134»²⁰ da parte del Governo, dimissionario ma

¹⁹ Corte cost. n. 68/2019: «Una logica affatto diversa è quella che ispira la messa alla prova per i minorenni, alla quale non può essere ascritta alcuna funzione sanzionatoria».

²⁰ I testi ufficiali dello schema di decreto legislativo di riforma della giustizia penale e della relativa relazione illustrativa sono stati pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia.

ancora in carica per gli “affari correnti”, rimanendo ora in attesa dei pareri, obbligatori ma non vincolanti, che dovranno essere espressi, entro il 10 ottobre, dalle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato.²¹

Pur non essendo questa la sede per una disamina approfondita, è, fin da subito, apprezzabile il fatto che lo schema del decreto presenti tutti i caratteri fondanti, di matrice internazionale, della giustizia riparativa: accessibilità a programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento e senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato, rispondenza dei programmi di giustizia riparativa all’interesse di vittima e autore del reato, confidenzialità e inutilizzabilità delle dichiarazioni nel procedimento penale, consensualità e spontaneità in ogni fase dei programmi riparativi, rilevanza giudiziaria dei risultati dei programmi di giustizia riparativa e contestuale salvaguardia delle garanzie del giusto processo.

Lo schema del decreto, da un lato, offre finalmente una disciplina organica della giustizia riparativa – fino a oggi assente nel nostro ordinamento – e, dall’altro, si sforza di rendere concretamente “tangibili” e non meramente ideologici gli effetti dei risultati riparativi all’interno del tradizionale sistema penale.

Nel caso in cui un programma riparativo si concluda con esito positivo, questo dovrà essere prontamente comunicato all’autorità giudiziaria procedente in modo che di tale esito si possa tener conto nell’ambito del procedimento penale e nella fase di esecuzione della pena.

A titolo esemplificativo:

- L’art. 1, co. 1, lett. h), n. 2) dello schema modifica l’art. 152 c.p., prevedendo che «vi è inoltre remissione tacita quando il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo. Nondimeno, quando l’esito

²¹ In dottrina ci si interroga sulla costituzionalità di un iter legislativo – quale quello in esame – perfezionato da un Governo dimissionario che, in quanto tale, potrebbe occuparsi dei soli “affari correnti” e da un Parlamento le cui Camere sono in procinto di essere sciolte. Si esprime a favore M. PASSIONE, “Giustizia riparativa, ecco perché la riforma Cartabia non viola la Costituzione”, in “*Il Dubbio*”, 25 agosto 2022, p. 10 e in senso contrario O. MAZZA, “Eppure io dico: il decreto attuativo di Cartabia (ignorato dai partiti) ha vizi di costituzionalità”, in “*Il Dubbio*”, 20 agosto 2022, p. 11: a giudizio dell’autore, “sarebbe un serio *vulnus* costituzionale se l’iter della riforma venisse concluso dalle Camere sciolte e da un Governo dimissionario”.

riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati». In altri termini, con tale norma si compie una scelta sistematica di grande rilievo: la giustizia riparativa, per i reati perseguibili a querela rimettibile, può essere concepita come una modalità realmente alternativa alla giustizia tradizionale o contenziosa.

- L'art. 1, co. 1, lett. b) dello schema prevede che fra le circostanze attenuanti comuni di cui all'art. 62 c.p. (in grado, se riconosciute prevalenti, di diminuire la pena fino a 1/3) vi rientri anche «l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato concluso con un esito riparativo. Qualora l'esito riparativo comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati».
- L'art. 58 dello schema stabilisce che, nella valutazione di competenza del giudice in sede di cognizione, venga inserito il riferimento all'articolo 133 c.p., così introducendosi un ulteriore criterio da utilizzarsi ai fini della determinazione della pena: l'aver partecipato l'imputato a un programma di giustizia riparativa, quando lo stesso si sia concluso con un esito riparativo.
- Infine, l'art. 78 dello schema mira ad introdurre nell'ordinamento penitenziario un nuovo articolo (15 bis) ai sensi del quale «in qualsiasi fase dell'esecuzione, l'autorità giudiziaria può disporre l'invio dei condannati e degli internati, previa adeguata informazione e su base volontaria, ai programmi di giustizia riparativa. La partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo sono valutati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, nonché della liberazione condizionale. Non si tiene conto in ogni caso della mancata effettuazione del programma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento di un esito riparativo».

In conclusione, appare inutile esprimere giudizi affrettati senza ancora sapere se e con quale latitudine verrà data attuazione alla delega presente nella l. n. 134/2021, ma certamente quella offerta è un'occasione (da sfruttare) per segnare un importante passaggio dai soli modelli repressivi di risposta al reato a modelli dialogico-consensuali.