

# GIUSTIZIA PUNITIVA E GIUSTIZIA RIPARATIVA: QUALI RAPPORTI? \*

Luciano Eusebi\*\*



## PUNITIVE JUSTICE AND RESTORATIVE JUSTICE: WHAT RELATIONSHIPS?

*The paper reflects on the fact that, despite the importance of the 2022 Cartabia reform in criminal matters, the de facto retributive model that connotes the once again unchanged range of main criminal sanctions remains unsurpassed. Within this framework, signs of novelty are noted, however, especially in connection with a timid opening towards the biphasic process in the application of the new substitute sanctions. It is also analysed the role that comes to assume, in the described framework, the novelty constituted by the attribution of importance, as a result of the Cartabia reform, to restorative justice programmes, considering their relations with the re-educative purpose attributed by the Constitution to the instruments of response to crimes.*

KEYWORDS Restorative justice - Reform of the criminal sanctioning system - Biphasic process - Re-educative purpose of punishment.

SOMMARIO 1. La giustizia riparativa come strumento di prevenzione. – 2. Giustizia riparativa in senso lato e in senso stretto. – 3. I nessi del tema con la finalità rieducativa. – 4. L'evoluzione *in itinere* circa il ruolo del giudice. – 5. Modalità ed esigenze nuove del *fare giustizia*.

### 1. La giustizia riparativa come strumento di prevenzione

I programmi di giustizia riparativa – va subito precisato – rivestono importanza ai fini penali nell'interesse della società e della prevenzione generale: attraverso tali programmi (la cui gamma eccede il ricorso alle sole procedure di mediazione: come si evince dall'art. 42, co. 1, lett. a, d. lgs. n. 150/2022) non si apre, in altre parole, a una giustizia penale *privatizzata*. Essi muovono, piuttosto, dalla presa d'atto della circostanza per cui, se il reato costituisce una frattura di relazioni interpersonali – di regole della convivenza – che rileva sul piano sociale (e non l'offesa di beni giuridici intesi quali meri concetti elaborati dalla dottrina), ne deriva che anche una ricomposizione di tale frattura è in grado di assumere rilievo sul piano pubblico.

L'importanza che riveste la tenuta, ma pure la ricucitura, dei rapporti di riconoscimento e di rispetto verso l'*altro* (sia esso immediatamente prossimo o comunque

---

\* Testo destinato al volume, curato da Roberto Bartoli e Francesco Cingari, comprendente i contributi al Corso di perfezionamento in 'Giustizia riparativa' organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Firenze dal 27 gennaio al 3 marzo 2023.

\*\* Professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

membro della *fratellanza* umana) affinché si dia giustizia nei contesti della vita associata corrisponde del resto all'orientamento personalistico della Costituzione, che si fonda sull'art. 2 e che delinea, all'art. 3, un modello della giustizia del tutto opposto a quello classico fondato sulla corrispettività dei comportamenti e riconducibile all'iconografia della bilancia.

Ai sensi del primo comma, infatti, la pari dignità sociale di ciascun individuo, vale a dire la significatività dei suoi diritti fondamentali nei rapporti con gli altri, viene affermata indipendente dalle «condizioni personali e sociali» del medesimo: assunto da cui deriva che il comportamento verso l'*altro* non è da costruirsi in termini speculari a un giudizio di positività o negatività circa i modi del suo essere (giudizio il quale, fra l'altro, ben facilmente finisce per essere riferito agli interessi materiali, o alle visioni, del valutatore).

Così che poi, al secondo comma, quell'articolo individua l'agire giusto nell'atteggiarsi della comunità sociale e, per converso, di ogni suo membro, in termini tali da *rimuovere*, in qualsiasi condizione, *gli ostacoli che limitano il pieno sviluppo della persona umana*, vale a dire in modo conforme, pur sempre, all'altrui dignità. Il giusto, dunque, è individuato dalla Costituzione non già come un *retributore*, bensì pur sempre, in qualche modo, come un *liberatore* (dell'*altro*, ma pure, a ben vedere, di sé stesso).

Una prospettiva, questa, che impone di riflettere sul ruolo stesso della vittima di condotte offensive reputate colpevoli: posto che nel sistema penale fino a oggi tramandoci essa risulta *costretta*, onde affermare l'inaccettabilità, e l'eventuale gravità, dell'accaduto, a perseguire il danno di un altro individuo, in base allo schema del *negativo* per il *negativo*<sup>1</sup>.

La persona offesa dal reato, di conseguenza, viene condotta – ne sia consapevole o meno – a una seconda vittimizzazione, dopo aver vissuto la prima a seguito del fatto illecito: in quanto il meccanismo sanzionatorio penale la degrada a individuo il quale vuole che altri subisca un male<sup>2</sup>. Dinamica, quest'ultima, celata (e giustificata) facendo

<sup>1</sup> Senza che ciò possa essere eclissato ricorrendo alla teoria ambigua dell'emenda, per cui applicare del male – ciò che altrimenti è senza dubbio un male – a chi venga ritenuto colpevole rappresenterebbe per lui un bene. Si tratta di non equivocare: secondo tale visione, il *proprium* del punire resta la sofferenza deliberatamente applicata in termini speculari al fatto criminoso, legittimata attraverso il mito inveterato di una funzione redentrice del male; ben altra cosa, dunque, dal sollecitare chi abbia delinquito a coinvolgersi in un percorso pensato come promozionale verso di lui, percorso che, senza dubbio, può richiedere – diversamente, si noti, da una detenzione passivamente subita – un impegno personale faticoso.

<sup>2</sup> Aspetto il quale incide, tuttavia, anche con riguardo a qualsiasi denunciante: tanto che sono rare le denunce riferite a individui cui si sia legati da rapporti di conoscenza privi di conflittualità o con i quali sussista, comunque, una contiguità di ambiente o di lavoro: proprio perché, pur quando si desideri

leva sul soddisfacimento, per tale via, dell'istinto ritorsivo di chi abbia subito un torto, barattato (mediante un neologismo alquanto insidioso) come *fare giustizia*. In tal modo eludendosi, tuttavia, la perdurante carenza di aiuti tangibili proprio nei confronti della vittima (salva l'incertezza del risarcimento civilistico) e la deprivazione rispetto ad essa della risposta al bisogno, nel profondo, di *fare verità* sui presupposti soggettivi del reato e sul contesto in cui s'è prodotto, come pure al bisogno di vedere riconosciuta l'ingiustizia insita nel reato stesso da parte di chi l'abbia posto in essere.

Per cui, non a caso, l'interesse sovranazionale verso la giustizia riparativa è sorto, *in primis*, al fine di gestire in modo più soddisfacente lo *status* in cui si trova la vittima dopo il reato e in sede di contenzioso penale: il che, peraltro, coinvolge lo stesso individuo cui il reato venga ascritto, posto che lo scopo suddetto implica il tentativo di ristabilire una relazione tra offeso e offensore.

Del resto, l'impianto personalistico espresso, anche in materia di giustizia, dalla Costituzione esige di riflettere, altresì, sulla condizione di tale individuo e sui criteri dell'intervento penale a suo carico: affinché non si renda vana, a seguito del reato, la prospettiva di un futuro in cui possa pur sempre realizzarsi il *pieno sviluppo* della sua persona (evitando, pertanto, che il fatto illecito commesso assurga, per così dire, a elemento esaustivo della sua vicenda esistenziale). Dovendosi tener conto, in proposito, dello stesso art. 4, co. 2, Cost., ai sensi del quale ogni cittadino – non escluso l'autore di reato – «ha il dovere [e con ciò il diritto] di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Ora, il dettato che concretizza, circa l'ambito penale, l'approccio personalista della Costituzione è senza dubbio costituito, in essa, dall'art. 27, co. 3, il quale fa da presupposto per il superamento di una visione della risposta al reato – quella fondata sul formalismo di una ritenuta corrispettività aritmetica tra fatto colpevole e pena – parimenti indifferente alla condizione personale dell'autore e a quella della vittima.

Tale comma rappresenta una norma *strategica* circa la conformazione e gli scopi del sistema sanzionatorio penale, e non già *ancillare* rispetto a una modalità corrispettiva del punire data per implicita, quale oggi si manifesta, di fatto, nella determinazione legislativa e giudiziaria delle pene principali. Di un simile dato implicito non c'è, in realtà, riscontro alcuno nella Costituzione. Anzi, da tempo lo si evidenzia, tale

---

impedire il loro procedere in comportamenti anti-giuridici, non ci si vuole rendere artefici, per lo più, della loro rovina, esponendoli a subire una detenzione o, comunque, a essere identificati socialmente come criminali).

comma parla di *pene*, al plurale. Sono le pene, pertanto, che devono risultare conformi al senso di umanità e all'orientamento rieducativo. Ovvero: non si afferma affatto che quest'ultimo orientamento debba essere concepito come un accessorio da coltivarsi solo all'interno e nei limiti della pena corrispettiva.

La dimensione strategica della norma summenzionata si ricollega al fatto che essa esige uno strutturarsi di carattere *motivazionale* dei provvedimenti penali, sia nella fase in cui vengono comminati dalla legge, sia nella fase esecutiva: indirizzo il quale si contrappone a quello classico fondato sulla diade intimidazione/neutralizzazione.

Ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost. il condannato non è inteso come oggetto passivo di un intervento correzionale (come nella prospettiva del positivismo) oppure come individuo da *incapacitare*, ponendolo definitivamente nell'impossibilità fisica di delinquere, bensì costituisce un interlocutore del quale si tratta di promuovere scelte personali, non coercibili (come bene si evince dall'art. 1, co. 2, reg. penit.), di adesione ai precetti penali: secondo percorsi che appaiano adeguati a conseguire simile scopo.

Il che, se vale rispetto a chi già abbia delinquito, non può non valere, altresì, rispetto all'insieme dei consociati, con riguardo al messaggio desumibile dal contenuto rieducativo che dovrebbe caratterizzare i percorsi sanzionatori edittalmente previsti.

In sintesi, l'opzione preventiva fatta propria dalla Costituzione con riguardo alla criminalità si rivela di tipo *motivazionale*, l'unica potenzialmente stabile nel tempo e non legata a fattori contingenti di mera coazione.

La prevenzione generale concepita in senso intimidativo, infatti, sconta la circostanza per cui, allorquando sussistano possibilità concrete di delinquere impunemente (ciò che costituisce la regola, come si evince dagli studi sulla cifra oscura), molti opteranno pur sempre, come ben può constatarsi, per l'agire criminoso, ove non agiscano fattori motivazionali in senso contrario. E così sarà anche nel caso in cui il delinquere derivi da stati di eccitazione o da motivi ideologici.

Le politiche di neutralizzazione, a loro volta, non hanno mai potuto dimostrare un'incidenza significativa sui tassi di criminalità, posto che, ove risultino carenti nel tessuto sociale i fattori motivazionali a non delinquere e manchino serie strategie di prevenzione primaria, le compagini criminali si riproducono, nonostante i loro membri posti fuori gioco. Invece, il soggetto recuperato alla legalità rappresenta un fattore di accreditamento della norma trasgredita e di contrasto rispetto alla forza seduttiva insita nell'infrangere la legge, fattore che mina la solidità delle stesse organizzazioni criminose, le quali, non a caso, temono soprattutto le dinamiche di defezione.

Ed è per questo che il modello preventivo motivazionale riconducibile all'art.

27, co. 3, Cost. assume, in effetti, una portata di prevenzione generale, secondo quella che può definirsi una strategia di prevenzione generale *reintegratrice*.

Vi si ricollega la consapevolezza del fatto che la partita della prevenzione, mai suscettibile di essere esaurita, rappresenta una dinamica aperta, che fa appello (fermi, come si diceva, la prevenzione primaria e il contrasto dei profitti illeciti) sulla motivazione di ogni cittadino e anche di chi abbia violato la legge a spendere per il futuro la propria autonomia decisionale in senso conforme alla legalità.

Il rilievo ai fini penali della giustizia riparativa si inserisce, dunque, in un simile quadro complessivo della prevenzione penale.

## 2. Giustizia riparativa in senso lato e in senso stretto

Quanto s'è detto comporta, in particolare, il superamento dell'idea secondo cui le pene sarebbero chiamate sì a produrre prevenzione, ma come effetto futuro sul quale si confida, del tutto estrinseco rispetto al contenuto che esse assumano: nel senso per cui le pene comminate e l'esempio della loro applicazione dovrebbero distogliere i consociati dal proposito di delinquere, mentre l'esecuzione nel corso del tempo delle medesime (come *a fortiori* la pena di morte) dovrebbe liberare il contesto sociale dalla presenza di individui pericolosi, riducendo la pressione della criminalità.

Un superamento, quindi, che implica il passaggio all'idea secondo cui le sanzioni penali sono chiamate a costituire *esse stesse* fatti, o percorsi, aventi significato preventivo, suscettibili di orientare al significato sociale dei beni e delle regole che attraverso di esse s'intendano far valere: costituendo *hic et nunc* una opportunità, per il trasgressore, di responsabilizzazione nei confronti del reato commesso e di riappropriazione dei vincoli solidaristici infranti, ma anche un'occasione, per la società, onde restituire al medesimo trasgressore *chances* di ordine sociale delle quali la gran parte dei detenuti risultano essere rimasti privati; come pure rappresentando una risorsa affinché la parte offesa possa beneficiare di un ristoro morale e materiale non puramente ritorso rispetto all'offesa subita.

Se certamente, peraltro, i contenuti della giustizia riparativa appaiono rispondere a simili esigenze, quanto s'è detto richiede, nel contempo, una precisazione del massimo rilievo, anche in rapporto alle scelte compiute dalla riforma Cartabia.

I programmi di giustizia riparativa, che trovano il loro prototipo nella mediazione penale, non sono da intendersi come una monade esterna al diritto penale tradi-

zionale, dei cui risultati questo possa eventualmente tener conto, ma rimanendo inalterato nelle sue dinamiche punitive classiche.

Piuttosto, l'apertura alla giustizia riparativa dovrebbe essere riguardata in continuità con lo sforzo – incompiuto – rivolto al passaggio da sanzioni penali intese nei termini di un corrispettivo a sanzioni penali concepite come *progetto*: di modo che la risposta al reato non venga costruita secondo criteri di analogia rispetto al *malum actionis* (*negativo per negativo*), bensì come programma attraverso il quale perseguire gli obiettivi costituzionali di responsabilizzazione e di riparazione nei confronti del fatto illecito (*positivo per negativo*): ovviamente, secondo modalità definite dal legislatore ed entro i limiti previsti dal medesimo, a loro volta da rideterminarsi nel caso concreto avendo riguardo pur sempre alla colpevolezza del fatto.

Ciò precisato, è ovvio che fanno parte degli strumenti di risposta al reato di carattere non corrispettivo, bensì progettuale, anche i programmi di giustizia riparativa così come previsti dalla riforma Cartabia, in quanto caratterizzati da profili di dialogo diretto tra la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima, ancorché ai sensi dell'art. 45 d.lgs. n. 150/2022 possa trattarsi anche di una vittima *surrogata*. Ma i suddetti programmi non sono certamente esaustivi di quegli strumenti, che risultano molteplici, seppur non ancora assurti, nel nostro ordinamento, al rango di pene principali.

Sotto questo profilo si può anche affermare che tutti i provvedimenti penali non più ispirati a logiche di corrispettività, ma tali da costituire forme di c.d. pena *agita*<sup>3</sup>, imperniate su impegni dell'agente di reato (e talora dell'imputato) in favore dei beni o delle persone offese, sono riconducibili a una nozione della giustizia riparativa intesa *in senso lato*: sebbene la terminologia utilizzata dalla riforma Cartabia, ma anche in svariati documenti di rilievo internazionale, lasci pensare che con *giustizia riparativa* s'identificheranno nel futuro pressoché univocamente i programmi summenzionati di cui al d.lgs. n. 150/2022.

Ci si riferisce, in particolare, ai provvedimenti di natura prescrittiva oggi attivabili prima della condanna (attraverso un programma di messa alla prova il cui buon esito consente l'estinzione del reato) oppure dopo la condanna definitiva (attraverso un programma di affidamento in prova al servizio sociale applicabile senza ingresso in carcere quale misura alternativa, salvi gli ulteriori requisiti, per pene fino a quattro anni di reclusione), come pure alle prescrizioni che accompagnano le pene sostitutive, ai sensi

---

<sup>3</sup> Valga il rinvio, in proposito, a M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in A. BONDI - G. FIANDACA - G. P. FLETCHER - G. MARRA - A. M. STILE - C. ROXIN - K. VOLK, *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino University Press, 2020, pp. 389 ss.

dell'art. 31, co. 3, d.lgs. n. 150/2022, ma anche alle diverse modalità applicative del lavoro di pubblica utilità; senza escludere gli elementi prescrittivi riferibili, in genere, alle misure alternative e agli altri benefici penitenziari, nonché alla libertà vigilata.

Rimanendo assai poco razionale – subito vi ritorneremo – la perdurante esclusione, invece, della possibilità di applicare una pena prescrittiva, comprendente sia divieti che obblighi, al momento della condanna, in veste di pena principale.

Inoltre, è da ricomprendersi nella versione estesa della giustizia riparativa tutta la gamma di attivazioni *post delictum* rilevanti in *bonam partem*, con finalità di ripristino rispetto ai beni compromessi attraverso il reato, oppure di restituzione o di risarcimento, anche nella forma dell'ottemperanza a provvedimenti ingiunzionali: ambito che Massimo Donini definisce di riparazione *prestazionale* (in tal modo distinguendola da quella che descrive come *interpersonale*)<sup>4</sup> e che Roberto Bartoli inquadra entro un paradigma punitivo di carattere reattivo-premiale, in contrapposizione a quello classico di carattere semplicemente reattivo<sup>5</sup>: con effetti estintivi del reato, (è il caso del disposto paradigmatico di cui all'art. 162-ter, co. 3, c.p.) oppure di riduzione del carico sanzionatorio.

Come si diceva, tuttavia, la parabola della giustizia riparativa, in senso stretto o in senso lato, non ha tuttora condotto a introdurre pene principali riparative, o comunque prescrittive<sup>6</sup>: rimanendo la forma più marcata d'incidenza delle condotte riparative in senso lato, rispetto al sistema sanzionatorio, quella cui s'è fatto cenno relativa alle ipotesi in cui esse consentono l'estinzione del reato (il che può riguardare, ma solo indirettamente, anche i programmi di giustizia riparativa: allorquando, essendo attuati nel contesto di una messa alla prova, ne co-determinino il buon esito, oppure allorquando comportino, nel caso di esito favorevole, la rimessione della querela, ai sensi del nuovo co. 3 dell'art. 152 c.p., per i reati che la richiedano).

Dunque, non è stata recepita, finora, la sollecitazione a dilatare il ventaglio delle pene principali proveniente in forme diverse da tutte le commissioni per la riforma

---

<sup>4</sup> Cfr. M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in AA.VV., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 426 s.

<sup>5</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in M. CATENACCI, R. RAMPIONI, V.N. D'ASCOLA (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, RomaTre-Press, 2021, pp. 467 ss.

<sup>6</sup> Per una proposta organica inerente a una nuova pena principale prescrittiva, con bozza di articolato, si consenta il rimando a L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *disCrimen. Rivista*, 2021, 3, 91-117 (online in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 31 marzo 2021), nonché in <https://www.aipdp.it>.

del codice penale o del sistema sanzionatorio penale succedutesi negli ultimi tre decenni. Dal che si deduce la volontà politica – può arguirsi per il timore che iniziative in tal senso sollevino diatribe demagogiche, con riflessi sfavorevoli sul piano elettorale – resta quella di confermare all’immaginario collettivo la percezione del fatto che la *vera* pena risulterebbe quella di natura corrispettiva: con l’esito, disastroso, per cui gli stessi strumenti oggi previsti affinché non tutte le pene detentive inflitte vengano eseguite in tale forma o affinché quelle pene possano comunque conoscere elementi di flessibilizzazione nel corso del tempo finiscono per essere intesi dai più come comportanti la rinuncia, per ragioni di deflazione penitenziaria o di ordine esclusivamente umanitario, ad agire secondo giustizia e nel modo che meglio corrisponderebbe alle esigenze della prevenzione.

Ed è ben noto, altresì, come egualmente non sia stata recepita, dal governo a suo tempo in carica, la proposta della commissione preparatoria Lattanzi alla riforma Carabia che, nel 2021, aveva ricompreso tra le nuove pene sostitutive della reclusione fino a quattro anni, oltre a detenzione domiciliare e semilibertà, anche l’affidamento in prova al servizio sociale; il che, nonostante il mancato intervento sulle pene principali, avrebbe egualmente consentito, per la prima volta, che il processo di cognizione potesse concludersi con un esito sanzionatorio di natura prescrittiva.

Un’indisponibilità, quella da ultimo segnalata, del tutto illogica, come ampiamente rilevato dalla dottrina: in quanto lascia sussistere le più forti perplessità circa il fatto che un imputato possa preferire la condanna a una delle suddette pene sostitutive (la cui applicazione richiede il consenso del medesimo, ai sensi del nuovo art. 545-*bis*, co. 1, c.p.p.), piuttosto che far leva sulla facoltà di chiedere al Tribunale di sorveglianza *ex art.* 656, co. 5, c.p.p., dopo che una condanna alla reclusione entro il limite dei quattro anni sia divenuta definitiva, l’affidamento in prova al servizio sociale come misura alternativa (cui, diversamente, il condannato a una di tali pene sostitutive potrebbe domandare di accedere, come prevede il nuovo co. 3-*ter* dell’art. 47 ord. penit., solo «dopo l’esecuzione di almeno metà della pena»<sup>7</sup>); ma altresì in quanto, nel caso in cui fosse applicato un affidamento in prova già in primo grado, secondo un programma prescrittivo che lo stesso condannato abbia contribuito a definire e che gli appaia accettabile, diminuirebbe fortemente sul piano statistico, può ritenersi, lo stesso contenzioso successivo.

Al di là, tuttavia, della denuncia di questi evidenti limiti della politica legislativa, emerge un rischio, rispetto al futuro, che andrebbe accuratamente scongiurato. Quello

---

<sup>7</sup> Posto che al di fuori di tale previsione le misure alternative «non si applicano al condannato in espiazione di pena sostitutiva» (così il nuovo testo dell’art. 67, co. 1, l. n. 689/1981).

per cui, non inquadrando i programmi di giustizia riparativa della riforma Cartabia nel contesto di un ripensamento complessivo, alla luce della Costituzione, circa il senso e i modi del punire, si utilizzi il loro accoglimento legislativo – quali nuovi fattori rilevanti circa la determinazione giudiziaria della pena tradizionalmente intesa e la concessione dei *benefici* penitenziari – per porre una sorta di pietra tombale sulle prospettive di riforma del sistema delle pene principali.

Ovvero: se va salutato senza dubbio positivamente il rilievo attribuito a simili programmi, ciò non deve significare che per tale via si arresti il percorso lento avente per fine l'adeguamento ai principi costituzionali delle pene in sé considerate.

Non trascurando che l'introduzione di una pena principale avente carattere prescrittivo comporterebbe un automatico mutamento nel modo stesso di concepire la pena detentiva (e quella pecuniaria).

Se, infatti, esistesse una pena principale consistente in un programma, piuttosto che in un corrispettivo, non sarebbe più possibile sostenere che la pena costituisca, per così dire ontologicamente, una ritorsione quantitativa, in termini di danno, rispetto al fatto offensivo colpevole. Per cui la stessa pena detentiva, e quella pecuniaria, non sarebbero più pensabili – anche in concreto e non solo nella manualistica e nelle pronunce delle Supreme corti – come forme, in sostanza, di retribuzione, bensì andrebbero esse pure configurate come strumenti (se si vuole, come *programmi*) effettivamente rivolti a conseguire i medesimi risultati delle pene prescrittive (vale a dire i risultati previsti per *tutte* le pene dall'art. 27, co. 3, Cost.) in casi nei quali il conseguimento realistico di quei risultati non appaia perseguibile senza fare ricorso a un certo tempo di privazione della libertà personale.

### **3. I nessi del tema con la finalità rieducativa**

Alla luce di quanto detto, s'impone peraltro un'ulteriore precisazione. Deve constatarsi anzitutto, in proposito, che i programmi di giustizia riparativa, nella loro caratterizzazione dialogico-relazionale, rivestono un'innegabile potenzialità dal punto di vista rieducativo, in quanto si sostanziano in procedure che perseguono la responsabilizzazione della «persona indicata come autore dell'offesa» e, soprattutto, il recupero di un rapporto di «riconoscimento della vittima del reato» (così l'art. 43, co. 2, d.lgs. n. 150/2022). Affermare, dunque, la discontinuità tra i suddetti programmi e la finalità rieducativa indicata dalla Costituzione e richiamata in molte norme del sistema sanzionatorio penale sarebbe del tutto improprio.

Potrebbe comprendersi, infatti, un simile assunto solo riguardando la rieducazione come intervento coattivo che un dato soggetto, ritenuto portatore di anomalie, dovrebbe subire passivamente, secondo le impostazioni del positivismo più radicale. Ma le norme ad orientamento rieducativo già da tempo vigenti specie nell'ordinamento penitenziario prevedono, al contrario, sia l'instaurazione di un rapporto problematizzante rispetto al reato tra il suo ritenuto autore e gli operatori del sistema giustizia (si pensi solo all'art. 13, co. 3, ord. penit.), sia varie forme di attivazione riparativa da parte del medesimo autore nei confronti della vittima (si pensi solo all'art. 47, co. 7, ord. penit.).

Ne deriva l'esigenza di tenere per fermo che l'effettuazione di un programma di giustizia riparativa, se certamente costituisce un'opportunità a fini rieducativi, non deve in alcun modo considerarsi indispensabile, e quindi presupposto, affinché possa essere riconosciuta la rilevanza giuridica di un percorso rieducativo.

Anche da questo punto di vista, si tratta pertanto di evitare che l'avvento dei programmi di giustizia riparativa sia utilizzato onde rendere indiscutibile una configurazione ritorsiva del sistema sanzionatorio nel suo complesso, con un arretramento rispetto a quanto in esso è già volto a finalità rieducative: il che si realizzerebbe ove il perseguimento dello scopo rieducativo fosse relegato nel solo ambito dell'instaurazione, eventuale, di uno dei suddetti programmi, subordinando al loro buon esito qualsiasi valutazione giudiziaria *in bonam partem* rispetto all'autore di reato, in sede di condanna o in fase esecutiva<sup>8</sup>.

Pur essendo da ascrivere ai programmi di giustizia riparativa il merito incommensurabile di recuperare nella gestione *ex lege* del reato la sua caratteristica di *fatto umano* (in antitesi alla qualifica hegeliana formale di *violazione della legge*) e con ciò sia la possibilità del dialogo tra le parti in esso coinvolte, senza compromettere il principio *nemo tenetur se detegere*, sia la preminenza del *fare verità* sull'accaduto rispetto alla simbologia del condannare, deve riconoscersi che la rieducazione significativa ai fini penali resta quella che consiste nella disponibilità credibile dell'agente di reato, desumibile da fattori plurimi del suo percorso *post delictum*, ad assumere per il futuro un atteggiamento di «probità legale»: espressione, questa, reperibile ad esempio in un importante testo ottocentesco citato da Michel Foucault<sup>9</sup> e richiamata di recente, in sede convegnistica, da Giovanni Fiandaca.

<sup>8</sup> Come altrove osservavamo (L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Diritto penale e processo*, 2023, 1, p. 84), «i programmi di giustizia riparativa non emergono, oggi, dal nulla, cioè senza rapporti con l'evoluzione nel tempo dell'idea rieducativa», «e tuttavia non possono essere ritenuti elementi ordinari, e dunque necessari, onde reputare conseguito un esito rieducativo».

<sup>9</sup> V.C. LUCAS, *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement*, II, Legrand et J.

L'ordinamento giuridico ben percepisce che, al fine di raggiungere un simile esito, deve pure avvenire qualcosa nella sfera personale e relazionale dell'autore di reato (come ancora si evince dall'art. 1, co. 2, ord. penit.), per cui legittimamente ne promuove il realizzarsi. Tuttavia, non può attribuire rilievo esclusivo nei giudizi riferibili al percorso rieducativo del medesimo soggetto all'uno o all'altro di quegli accadimenti, i quali assumono una specifica caratterizzazione di ordine morale-personale insuscettibile di costituire oggetto di obblighi; e la cui possibile realizzazione, nel caso dei programmi di giustizia riparativa, viene comunque a dipendere anche da fattori contingenti che non sono nella disponibilità dell'autore suddetto.

Rimanendo ovvio, in ogni caso, che l'intento rieducativo non può essere perseguito al di là di quanto previsto nella sentenza di condanna come adeguato nel caso concreto per tale scopo.

#### **4. L'evoluzione *in itinere* circa il ruolo del giudice**

Va ulteriormente segnalato, peraltro, che la rivalutazione del dialogo in sede di risposta al reato ha potuto avere, con la riforma Cartabia, un parallelo – pur marginale rispetto a quanto avviene con i programmi di giustizia riparativa, ma di grande rilievo prospettico sul piano teorico – il quale si sostanzia nell'apertura a elementi di *bifasicità* del processo penale, attraverso il nuovo art. 545-*bis* c.p.p., con riguardo all'applicazione delle pene sostitutive: profilo che riflette esso pure un effettivo concretizzarsi dell'orientamento rieducativo in sede sanzionatoria.

A quel fine, infatti, viene per un verso stabilito (co. 1) che il giudice della cognizione fissa una nuova udienza dopo aver deciso di applicare una pena detentiva non superiore a quattro anni (e non sospesa condizionalmente) ove sussistano i requisiti, anche in relazione al consenso, per l'applicazione di una pena sostitutiva, così che si crea uno spazio finora ignoto al processo penale per discutere delle possibili conseguenze sanzionatorie senza il rischio di influenzare indirettamente, con ciò, il giudizio circa i fatti e le responsabilità. Mentre per altro verso viene altresì previsto (co. 2) che il giudice – oltre ad acquisire informazioni dalla polizia giudiziaria, dai soggetti indicati all'art. 94 t.u. stup. e dall'ufficio per l'esecuzione penale esterna (cui può anche richiedere il programma di trattamento dell'eventuale semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di

---

Bergounioux, Paris, 1836-1838, cui fa riferimento M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1975), trad. it. Einaudi, Torino, 1976, p. 304.

pubblica utilità, ed essendo altresì autorizzate le parti del processo a presentare documentazioni presso tale ufficio) – possa disporre di memorie presentate in cancelleria, fino a cinque giorni prima dell’udienza, dalle parti e, pertanto, dalla stessa difesa<sup>10</sup>.

Tutto questo fa sì che per la prima volta si renda praticabile nel processo penale un dialogo di tipo costruttivo, e non antagonistico, tra imputato ritenuto colpevole e ordinamento giuridico: quel dialogo finora posticipato al rapporto del condannato con la magistratura di sorveglianza, con gli educatori e con l’ufficio per l’esecuzione penale esterna. Anticipazione, questa, a sua volta rilevante per favorire il percorso rieducativo e renderlo accettabile dal suo destinatario.

Ma nel contempo le norme sulla scelta delle pene sostitutive e sulle prescrizioni che possono accompagnarle aprono a un mutamento circa il ruolo del giudice di cognizione che appare necessario per la coerenza delle scelte riguardanti la determinazione in concreto della pena rispetto alle summenzionate indicazioni costituzionali, e che dunque non potrà rimanere circoscritto, nel futuro, al solo ambito predetto.

Attraverso tali norme, infatti, s’inizia a prendere commiato dall’idea tradizionale e ormai anacronistica secondo cui il giudice, dopo aver ritenuto colpevole l’imputato, si limita a una rapida e nebulosa valutazione ragionieristica del *quantum* di pena da infliggere stanti i limiti edittali, rifacendosi, di fatto, alla prassi riguardante situazioni che ritenga non dissimili da quella oggetto di giudizio: con una totale deresponsabilizzazione, che solleva seri interrogativi morali, circa il futuro della persona condannata. Emerge ora per la prima volta, infatti, la figura di un giudice della cognizione il quale, anche sulla base della sua peculiare conoscenza della vicenda criminosa, delinea con gli opportuni apporti esterni, almeno nella sua conformazione iniziale, il percorso a orientamento rieducativo che dovrà svolgere il condannato.

Risultando chiaro che se la pena inflitta al termine del processo dev’essere conforme, non solo formalisticamente, a quanto esige Corte cost. n. 313/1990, essa necessita di assumere contenuti progettuali, che esigono un’attivazione in tal senso da parte del giudice.

---

<sup>10</sup> Sotto quest’ultimo profilo risulta interessante, anche per la sua potenziale ampiezza applicativa, il nuovo art. 17-*bis*, co. 2 (introdotto con *motu proprio* di papa Francesco l’8 febbraio 2021), del codice penale vigente nello Stato della Città del Vaticano (vale a dire, il codice italiano Zanardelli del 1889, come successivamente modificato e integrato): «All’inizio dell’esecuzione il condannato elabora, d’intesa con il giudice dell’esecuzione, un programma di trattamento e reinserimento contenente l’indicazione degli impegni specifici che assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni. Il condannato, a tal fine, può proporre lo svolgimento di lavori di pubblica utilità, di attività di volontariato di rilievo sociale nonché condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa».

Nel medesimo quadro, può constatarsi un altro *trend* evolutivo interessante dell'attività giudiziaria, riferibile anche ai programmi di giustizia riparativa, il quale si sostanzia nel fatto per cui il giudice compie sempre più, con riguardo ai provvedimenti sanzionatori, valutazioni fondate non già sul suo mero apprezzamento individuale (e spesso, in sostanza, sul suo intuito), bensì sulla considerazione di dati o relazioni, circa la persona della quale deve occuparsi, che provengono a lui da altri soggetti.

Già lo s'è visto per il ricorso alle pene sostitutive, dovendosi peraltro annotare che i soggetti informatori, in quel caso, potrebbero anche trovarsi nell'impossibilità di fornire elementi, per non avere conoscenza dell'imputato: così che dovrà precisarsi secondo quali modalità il giudice possa acquisire informazioni circa la personalità dell'autore di reato destinatario della pena sostitutiva (per esempio, immaginando una deroga, o un'evoluzione, con riguardo al disposto dell'art. 220, co. 2, c.p.p.).

Con riguardo, invece, ai programmi di giustizia riparativa la legge richiede che il mediatore trasmetta «all'autorità giudiziaria procedente una [mera] relazione contenente la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo raggiunto» (art. 57, co. 1, d.lgs. n. 150/2022), per cui sia (solo) tale autorità a valutare «lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'art. 133 c.p., l'eventuale esito riparativo» (art. 58, co. 2, d.lgs. n. 150/2022).

Si tratta, ancora una volta, di un'evoluzione da valutare in modo positivo, poiché rende meglio motivabili e controllabili le scelte giudiziarie, esigendo, tuttavia, una valida interazione tra il giudice e i soggetti ausiliari delle scelte che gli competono, tale da presupporre la competenza di tali soggetti e la condivisione degli obiettivi perseguiti.

Del resto, non si tratta di una novità assoluta. Simile interazione già caratterizza il rapporto del giudice con i periti, soprattutto per quanto concerne i riscontri relativi al vizio di mente, come pure l'intera attività della magistratura di sorveglianza. Ma caratterizza anche le valutazioni concernenti l'applicabilità dei benefici nel caso dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e, soprattutto, nei confronti del detenuto non collaborante rispetto ai delitti c.d. ostativi: laddove è fondamentale, peraltro, che la decisione sui benefici stessi, che investe la libertà personale, non venga di fatto trasferita all'autorità amministrativa o a quella inquirente<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Si consenta il rinvio, in proposito, a L. EUSEBI, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 2023, 8, p. 1010 s.

## 5. Modalità ed esigenze nuove del *fare giustizia*

Certamente l'apertura ai programmi di giustizia riparativa richiede, come tutti i percorsi innovativi, specifiche premure, la cui cura serve anche da antidoto per arginare le (non troppo) silenti nostalgie del diritto penale retributivo: una cura rivolta, fra l'altro, a tradurre nella pratica presidi garantistici pur legislativamente previsti.

Ciò vale, anzitutto, con riguardo alla regola fondamentale per cui «la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa» (art. 58, co. 2, d.lgs. n. 150/2022), Concetto ribadito quanto alla concessione dei c.d. benefici penitenziari dal nuovo art. 15-*bis* ord. penit.: «non si tiene conto in ogni caso della mancata effettuazione del programma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento di un esito riparativo»<sup>12</sup>.

Simile regola assume rilievo con riguardo, soprattutto, alla preoccupazione, della quale già si diceva *supra*, che l'indisponibilità dell'imputato al programma, o l'insuccesso di quest'ultimo, possano essere valutati come indici di una refrattarietà *ex ante* dell'imputato stesso, in caso di condanna, all'orientamento rieducativo della pena, con riflessi sfavorevoli sul piano sanzionatorio; o che, parallelamente, l'indisponibilità del detenuto al medesimo percorso, o l'insuccesso dello stesso, possano essere valutati, a loro volta, come indici di mancata rieducazione. Il che rende auspicabili chiarificazioni inequivoche, in materia, da parte della Suprema corte.

Si tratta, poi, di porre grande attenzione al fatto che venga garantita la riservatezza «sulle dichiarazioni rese dai partecipanti e sulle informazioni acquisite per ragione o nel corso dei programmi di giustizia riparativa»<sup>13</sup>, come previsto dall'art 50, co. 1, d.lgs. n. 150/2022: posto, fra l'altro, che il divieto di divulgazione riferito ai «partecipanti» dal successivo co. 2 appare affidato all'ottemperanza spontanea di tali soggetti (riterranno infatti che, con riguardo al caso di trasgressione, una lettura estensiva del concetto di *stato* nell'art. 622 c.p. rivestirebbe natura analogica). Il tema è cruciale, perché ne va del punto di equilibrio fra dialogo secondo verità e salvaguardia

<sup>12</sup> Lo si rimarca in maniera nitida anche nello *Schema operativo per l'applicazione degli istituti della giustizia riparativa* presso gli uffici giudiziari milanesi, datato 3 agosto 2023 (in <https://tribunale-milano.giustizia.it>): «si sottolinea come l'ammissione al lavoro esterno, la concessione di permessi premio o misure alternative di cui al capo VI dell'ordinamento penitenziario e della liberazione condizionale non possano mai essere subordinati alla partecipazione a programmi di giustizia riparativa».

<sup>13</sup> «... salvo – così prosegue la norma – che vi sia il consenso dei partecipanti alla rivelazione, che il mediatore ritenga la rivelazione assolutamente necessaria per evitare la commissione di imminenti o gravi reati ovvero che le dichiarazioni integrino di per sé reato».

delle garanzie processuali sul quale si fonda lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa: per cui risulta indispensabile evitare qualsiasi cedimento, anche indiretto, della regola secondo cui, *ex art.* 51 d.lgs. n. 150/2022, «le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del programma non possono essere utilizzate nel procedimento penale e nella fase dell'esecuzione della pena», posto che le notizie fornite al giudice circa lo svolgimento del programma devono limitarsi a quelle contenute nella citata relazione del mediatore.

È un tema il quale può trovare qualche parallelismo – forse con la necessità di una puntualizzazione legislativa – relativamente alla discussione, e ai relativi contenuti documentali, che si realizza nell'ambito della citata udienza aggiuntiva, *ex art.* 545-*bis* c.p.p., concernente l'applicazione delle pene sostitutive: fase, questa, che si realizza peraltro all'interno stesso del procedimento penale. Appare infatti necessario far sì, nel caso in cui quell'udienza riguardi il primo grado, che quanto sia stato oggetto della medesima non incida sull'eventuale procedimento d'appello, in merito alla rivalutazione dei fatti e delle responsabilità: e dunque, possibilmente, che non sia reso noto agli organi giudiziari dell'appello medesimo.

Altra esigenza da non trascurarsi è quella rivolta a evitare che il possibile beneficio derivante da un programma di giustizia riparativa finisca per dipendere dall'atteggiamento, e *in primis* dalla disponibilità, della parte offesa: considerato che, una volta prevista una norma premiale, appare logico il riferirne l'applicabilità alla *meritevolezza* del soggetto interessato. È vero che il problema può essere in parte aggirato mediante il ricorso, di cui s'è già detto, alla c.d. vittima surrogata, *ex art.* 45 d.lgs. n. 150/2022<sup>14</sup>. Ciò a parte, tuttavia, dovrebbero essere valorizzate le formulazioni sia dell'art. 58, co. 1, d.lgs. n. 150/2022, il quale prevede che «l'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'art. 133 c.p., l'eventuale esito riparativo», sia del nuovo art. 15-*bis*, co. 2, ord. penit, il quale prevede che «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»: norme, entrambe, che, non esigendo ai loro fini un necessario esito riparativo del programma (così come definito

---

<sup>14</sup> Lo *Schema operativo* di cui alla nota 12 precisa, in proposito, che l'eventuale dissenso della persona offesa, al di fuori della mancanza dei presupposti di cui all'art. 129-*bis*, co. 3, c.p.p., «non potrà essere ostativo all'invio del caso [v. *infra*, nel testo] per la valutazione di programmi di giustizia riparativa senza partecipazione della vittima diretta».

all'art. 56 d.lgs. n. 150/2022)<sup>15</sup>, appaiono compatibili con la possibilità che il medesimo venga valutato positivamente, nel caso in cui risulti dalla relazione del mediatore che la persona indicata come autore del reato abbia fatto tutto quanto in suo potere per raggiungere quell'esito<sup>16</sup>.

Viene dunque nuovamente in considerazione l'esigenza di evitare qualsiasi tendenza alla *privatizzazione* della giustizia penale.

Sebbene, invero, la riforma Cartabia, da questo punto di vista, abbia preferito estendere la gamma dei reati perseguibili a querela della persona offesa (con l'esito positivo, senza dubbio, di estendere l'ambito entro il quale, a seguito di un programma di giustizia riparativa, la querela non sia presentata oppure, ai sensi del nuovo co. 3, n. 2, dell'art. 152 c.p., possa essere rimessa), invece di riconoscere che quando non sussista un interesse pubblico a esercitare l'azione penale si deve depenalizzare, piuttosto che lasciare alla cabala di una decisione privata (per lo più funzionale a una composizione stragiudiziale circa il danno risarcibile) se intervenire penalmente o meno su un determinato fatto illecito: rappresentando certamente la perseguibilità a querela, salvo che in situazioni molto particolari, una palese forma, per l'appunto, di privatizzazione del ricorso al diritto penale.

Da ultimo, va considerato che l'accesso a un programma di giustizia riparativa avviene sempre attraverso l'autorità giudiziaria: che durante il processo – ai sensi del nuovo art. 129-*bis* c.p.p. – è il pubblico ministero in rapporto alla fase delle indagini preliminari e, negli altri casi, il giudice che procede. Tale autorità dispone, infatti, l'invio dell'imputato e della vittima – su richiesta del primo o della seconda<sup>17</sup>, oppure d'ufficio – a un Centro per la giustizia riparativa, sulla base della sola condizione «che lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa possa essere utile alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e non comporti un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti» (co. 3)<sup>18</sup>: fermo che l'espressione del consenso al programma viene raccolta, ai sensi dell'art. 48, co. 6, d.lgs. n.

<sup>15</sup> Esito invece richiesto onde applicare, a seguito del programma, l'attenuante di cui al nuovo testo dell'art. 62, co. 1, n. 6 c.p., nonché circa la remissione di querela, sempre a seguito del programma, sulla base di quanto previsto dal nuovo co. 3, n. 2, dell'art. 152 c.p.

<sup>16</sup> Presupposto che, ai sensi dell'art. 57, co. 2, d.lgs. n. 150/2022, «il mediatore comunica all'autorità giudiziaria procedente anche la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo».

<sup>17</sup> E inoltre, così lo *Schema operativo* di cui *supra*, nota 12, del pubblico ministero.

<sup>18</sup> Precisandosi altresì nello *Schema operativo* di cui *supra*, nota 12, che l'autorità giudiziaria, in sede di invio, «verifica la sola autorizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima a

150/2022, «nel corso del primo incontro dal mediatore designato», una volta fornite le informazioni di cui all'art. 47, co. 3, del medesimo testo legislativo.

Essendo poi similmente previsto dal nuovo art. 15-*bis*, co. 1, ord. penit. che «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»<sup>19</sup>.

Tutto questo introduce, attraverso la possibilità di avviare d'ufficio imputato (o condannato) e vittima a un Centro per la giustizia riparativa, un ulteriore elemento significativo di novità circa il ruolo del giudice e, attraverso di esso, del pubblico ministero: vale a dire il fatto che il magistrato giudicante e quello inquirente sono autorizzati a promuovere essi stessi, anche nell'assenza di una richiesta da parte dell'imputato o della vittima (oppure del condannato), un *iter* – il programma di giustizia riparativa – che, nel caso in cui dovesse addivenirsi alla condanna (o con riguardo a un beneficio penitenziario), potrebbe consentire la valutazione di un elemento favorevole aggiuntivo per il soggetto interessato rispetto a quelli già per altro verso rilevabili: con effetti di mitigazione delle decisioni suscettibili, altrimenti, di essere assunte (e così da permettere, ad esempio, di evitare, o di non ulteriormente protrarre, una detenzione in carcere)<sup>20</sup>.

S'è tuttavia osservato che «quando l'«invito» proviene dal giudice, la sua decisione entra in tensione con la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, che ha rilevanza costituzionale», restando altresì «il fatto che l'imputato si ripresenterà da chi lo ha pre-giudicato come colpevole: altrimenti non lo avrebbe avviato a un percorso riconciliativo»<sup>21</sup>.

Forse, però, non è affatto ovvio che altrimenti quel giudice non lo avrebbe avviato al programma di giustizia riparativa: se, del resto, non lo avesse avviato ritenen-

---

essere contattati dal Centro», come altresì che la medesima autorità farà menzione dell'eventuale diniego della vittima nel documento di invio.

<sup>19</sup> Il medesimo *Schema operativo* di cui *supra*, nota 12, stabilisce in proposito che «l'invio al Centro per la giustizia riparativa «deve avvenire di regola attraverso un provvedimento senza particolari formalità del magistrato di sorveglianza, e non del direttore dell'Istituto».

<sup>20</sup> Il che vale con riguardo al pubblico ministero, *mutatis mutandis*, anche per quanto concerne la proposta di sospensione del processo con messa alla prova, proposta che il medesimo può effettuare ai sensi del nuovo co. 1 dell'art. 464-*bis* c.p.p. e del nuovo art. 464-*ter*.1 c.p.p. (risultando invece già sussistente in ambito minorile, ex art. 28, co. 1, d.P.R. n. 448/1988, la possibilità per il giudice di attivare direttamente la messa alla prova, anche in considerazione del fatto che non è richiesto il consenso dell'imputato minorenni, o di chi lo rappresenti, alla medesima).

<sup>21</sup> Così F. GIUNTA, *La giustizia «de-punitiva»: contrizione e riconciliazione*, in *www.discrimen.it*, 2 settembre 2023, p. 6.

dolo innocente, proprio questo dimostrerebbe che tale giudice trae conclusioni intempestive circa la colpevolezza o meno dell'imputato<sup>22</sup>.

Per cui, sussistendo un imputato, resta plausibile che il giudice stesso proponga una chiarificazione tra il medesimo e la vittima, chiarificazione che potrebbe perfino condurre a far emergere, nell'ambito del programma suddetto, l'innocenza del primo. Un programma il quale, comunque, potrebbe non trovare il consenso dell'imputato stesso, ma che, se svolto, potrebbe avere effetti soltanto favorevoli per il medesimo, nel caso in cui l'accusa sfociasse, a posteriori, in una condanna.

Il giudice propone ciò che anche l'imputato può richiedere: ma la stessa iniziativa dell'imputato non legittimerebbe alcuna presunzione di colpevolezza (né la sua rinuncia a richiedere o a effettuare il programma autorizzerebbe un'illazione di non colpevolezza). Del resto, non è escludendo l'iniziativa del giudice che s'impedisce l'eventuale sussistere recondito, in quest'ultimo, di un pre-giudizio nei confronti dell'imputato.

Un'esclusione, inoltre, di tale iniziativa da parte dell'autorità giudiziaria potrebbe ridurre fortemente il ricorso ai programmi di giustizia riparativa e, con ciò, il realizzarsi dei possibili effetti *in bonam partem* a essi correlati: almeno fino a quanto la cultura della *restorative justice* non sarà adeguatamente recepita nell'opinione pubblica e nel mondo forense.

È dunque da auspicarsi che lo spazio oggi attribuito alla giustizia riparativa favorisca un'evoluzione nel modo d'intendere lo stesso esercizio delle professioni legali in ambito penale: che si diano, infatti, programmi di giustizia riparativa non dipendenti da una proposta *ex officio* dipende in larga misura dalla capacità degli avvocati delle parti coinvolte di illustrare ai propri assistiti le buone ragioni che potrebbero motivare l'attivazione di un tale programma, come pure dalla capacità degli stessi professionisti, sussistendone i presupposti, di consultarsi onde sondare parallelamente la disponibilità dell'imputato e della parte offesa<sup>23</sup>.

Ciò esige, pertanto, che il difensore superi la prospettiva di un ruolo il quale si limiti al contrasto dialettico dell'impianto accusatorio, così da aggiungervi la capacità di una valutazione complessiva del miglior interesse per il suo assistito.

E che l'avvocato di parte civile superi, a sua volta, la prospettiva secondo cui il

---

<sup>22</sup> Non a caso, i requisiti già richiamati dell'invio, di cui all'art. 129-*bis*, co. 3, c.p.p. appaiono molto attenti a non ingenerare equivoci in merito a un'ipotetica presunzione di colpevolezza.

<sup>23</sup> Cfr., sul tema, R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28 luglio 2023.

*Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*

miglior interesse della medesima sarebbe costituito, risarcimento a parte, dalla condanna più severa possibile dell'imputato: trascurando l'importanza che risultano in grado di assumere per la vittima medesima il fare verità, non soltanto in senso storico, sul reato commesso e la possibilità di constatare una responsabilizzazione e un impegno riparativo, rispetto ad esso, del suo autore.