

RIEDUCAZIONE E PROSPETTIVE DI RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE DOPO IL D.LGS. N. 150/2022 (*)

di Luciano Eusebi

SOMMARIO: 1. L'idea dello scopo è rimasta costantemente appiattita sullo schema della retribuzione. – 2. L'orientamento rieducativo come fulcro della prevenzione generale. – 3. L'equivoco reiterato del legame tra finalità rieducativa e coazione morale. – 4. Le diverse forme della giustizia riparativa in rapporto al paradigma della rieducazione. – 5. L'immutata esigenza di riforma del sistema sanzionatorio penale (nonostante alcune aperture innovative della riforma Cartabia). – 6. «Programmi di giustizia riparativa» e istanze garantistiche.

1. L'idea dello scopo è rimasta costantemente appiattita sullo schema della retribuzione.

Ricordo che quando ascoltai, da studente, gli interventi al convegno tenutosi in Università Cattolica nel 1979 su *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*¹ venne a insinuarsi in me una sorta di riserva, che continuo a coltivare. Andavo pensando: se l'art. 27, co. 3, della Costituzione stabilisce che «le pene ... devono tendere alla rieducazione del condannato» (oggi diremmo alla sua responsabilizzazione, al suo possibile reintegrarsi del contesto di una prassi comportamentale conforme alla legalità) e si esprime esclusivamente con riguardo a tale scopo, è di lì che bisogna muovere onde interrogarsi circa le modalità del fare prevenzione dei reati attraverso le norme penali: chiarendo le ragioni per cui la Carta fondamentale lega proprio al promuovere la *rieducazione* del trasgressore il darsi nell'interesse pubblico – che in una democrazia moderna può essere soltanto quello preventivo – di sanzioni penali; e altresì cercando di progettare percorsi idonei a favorire simile esito.

D'altra parte, l'efficacia generalpreventiva delle pene è rimasta fino a oggi, per così dire, un'astrazione: un *effetto* presunto di quanto già stabilito debba applicarsi all'autore di un reato. Nel concreto, ciò che è sempre risultato decisivo, ai fini della pena preveduta o inflitta, è quel che s'intenda fare di tale autore. È stato il modo della risposta nei suoi confronti la realtà di partenza, non la derivazione logica di quella pena da conoscenze sulle sue prospettive di efficacia.

(*) Testo riveduto della relazione svolta al convegno sul tema «Dall'Europa del populismo penale all'Europa dei diritti fondamentali: la riscoperta della funzione rieducativa come essenza riformatrice del sistema sanzionatorio» (progetto Euripen), Università degli studi di Catania, 25-26 maggio 2023, in corso di pubblicazione nei relativi Atti.

¹ I cui contributi furono trasfusi nel noto volume dal titolo analogo a cura di M. Romano e F. Stella, Giuffrè, Milano 1979.

Prospettive, queste ultime, le quali sono rimaste tradizionalmente collocate, in sede legislativa, sul piano dell'intimidazione: il che, in effetti, appare assai poco sinergico con intenti rieducativi dell'autore di un fatto criminoso. Da cui il compromesso dell'aver relegato questi ultimi entro l'ambito dell'applicabilità, pur sempre incerta, degli strumenti sospensivi o sostitutivi e, soprattutto, dei c.d. *benefici* penitenziari, lasciando inalterati sia la gamma limitatissima (detentiva e/o pecuniaria) delle pene principali, sia i criteri della loro applicazione. Così da mitigare semmai – più per necessità (il sovraffollamento in carcere e l'esigenza di evitare eccessi criminogeni di desocializzazione) che per un disegno convintamente perseguito – le pretese, invero mai sopite, di una complessiva neutralizzazione dei condannati. Ma altresì con l'esito che simili aperture rieducative *a posteriori* restano sovente percepite, nel sentire sociale, come un deflettere (talora ricondotto, per diletto, a c.d. *buonismo*) dall'eseguire le pene nella loro forma *giusta ed efficace*².

Oggi, peraltro, il numero dei provvedimenti penali in esecuzione secondo modalità extradetentive – in forza, soprattutto, di messa alla prova, affidamento in prova e lavoro di pubblica utilità, con una prima incidenza di un certo rilievo della detenzione domiciliare sostitutiva e restando invece trascurabile l'incidenza della liberazione condizionale – supera notevolmente quello delle presenze in carcere (ma il divario sarebbe ancor più forte se si tenesse conto dei dati ingentissimi non ufficialmente forniti relativi alle sospensioni condizionali e al fenomeno dei c.d. *liberi sospesi*, nonché delle pene pecuniarie autonomamente inflitte). Eppure, dal 1990 la popolazione penitenziaria è costantemente aumentata (nel marzo 2024 si registrano circa 61.000 reclusi *pro die*, con trend in crescita), salvo solo temporanee controtendenze legate all'ultimo indulto (2006), alla sentenza Torreggiani della Corte EDU (2013) e alla pandemia Covid-19.

Il che fotografa un fenomeno comune rispetto ad altri Paesi europei: l'estendersi del penale extradetentivo non ha prodotto, finora, una diminuzione nel numero dei reclusi, in quanto s'è accompagnato a un incremento, derivante soprattutto da politiche *securitarie*, delle fattispecie incriminatrici e del *quantum* concernente le pene detentive comminate: sebbene i tassi complessivi della criminalità risultino, da anni, in diminuzione.

Anche per tali ragioni si tratta di riflettere sul disegno d'insieme e sui modi della risposta all'agire anti-giuridico: così da definire, fra l'altro, una sistematica degli strumenti di gestione non penalistica dei fatti illeciti che renda credibili le affermazioni sul ricorso al diritto penale come *extrema ratio*.

² Certamente ormai sussistono, così osserva M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 1333, molteplici «alternative predibattimentali o dibattimentali che cancellano la staticità del discorso classico sulla pena semplicemente “meritata” e “inflitta”, la retribuzione-proporzione fotografata nel passato immutabile della “colpevolezza per il fatto”. Eppure, se non viene superato quel *discorso classico* anche a livello di teoria della pena, quelle alternative difficilmente entreranno a far parte di un progetto politico-criminale organico indipendente, come s'è appena detto nel testo, da necessità contingenti e compreso in ambito sociale: non senza l'effetto, lo evidenzieremo immediatamente, del permanere di una penalità tradizionale la quale, nei suoi numeri, non manifesta di cedere terreno.

Circa quest'ultimo, peraltro, solo nel momento in cui s'inizi a considerare in modo serio il summenzionato disposto dell'art. 27, co. 3, Cost. può delinearsi una costruzione delle pene ragionevolmente conforme allo scopo preventivo.

Come accennavamo, infatti, è rimasto per millenni del tutto stabile, e continua a caratterizzare di fatto le pene inflitte in sede di condanna, un unico schema sanzionatorio: quello fondato sulla corrispettività fra il *negativo* ravvisato nell'accadimento criminoso colpevole e il *negativo*, in termini di danno e di sofferenza, inflitto a chi subisca quella condanna. Uno schema cui è stata attribuita la capacità di conseguire l'intero spettro, o quasi, delle finalità ipotizzabili – nobili e meno nobili – in base al gusto dei giuristi o dei filosofi.

Da quelle più legate alla prospettiva utilitaristica del produrre deterrenza (e, rispetto al condannato, *incapacitazione*): il che sembra delineare l'inquadramento più logico di quell'approccio, in quanto la minaccia, e la constatata applicazione, di un male in rapporto al reato commesso possono incidere, per ipotesi, circa i comportamenti futuri solo sul piano del timore e, per quanto concerne il condannato nella fase esecutiva, solo sul piano della coazione. Fino alla tesi opposta, rassicurante, secondo cui proprio il criterio della ritorsione retributiva fisserebbe un limite agli eccessi dell'utilitarismo: tesi la quale tuttavia dimentica che, non esistendo una pena *giusta in sé*, l'unico criterio di riferimento per la retribuzione è dato da quanto corrisponde ai sentimenti reattivi constatabili nel contesto sociale (così che, come insegnava Hegel, il furto di una rapa al mercato può essere punito sia con una multa di pochi soldi, sia con la pena di morte³), oppure dal *civilissimo* paradigma del taglione che tanto aveva affascinato Kant⁴.

Ma si è altresì sostenuto che il retribuire sarebbe necessario per riconoscere ciascun individuo umano come capace di scelte libere e pertanto – si è soliti richiamare, ancora, Hegel e Kant – al fine di onorarlo nella sua dignità (come senza alcun dubbio possiamo tutti constatare frequentando il carcere e, nel massimo grado, interrogando qualsiasi condannato a morte dinnanzi al suo patibolo...).

Una tesi questa, sostanzialmente cinica, la quale, com'è ben noto, ha fatto leva sul dato per cui l'idea rieducativa è stata ricostruita dal positivismo in base a una visione deterministica dell'agire umano (ed è stata recepita, per tale via, da ideologie illiberali), concependola come riduzione del condannato a oggetto di un trattamento manipolatorio, in quanto ritenuto individuo anomalo (nei termini proposti parossisticamente al grande pubblico, pur senza richiamare diatribe dottrinali, in *Arancia meccanica* di Stanley Kubrick).

Il che trascura, a sua volta, come l'art. 27, co. 3, suddetto si collochi in un orizzonte costituzionale del tutto incompatibile rispetto all'ammettere coartazioni dell'autonomia

³ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), ed. it. a cura di V. Cicero, Milano 1996, § 218, p. 379.

⁴ Cfr. I. KANT, *La metafisica dei costumi*, (1797), trad. it. Laterza, Bari 1983, p. 165: «soltanto la legge del taglione (*ius talionis*), ma ben inteso solo davanti alla sbarra del tribunale (non nel tuo giudizio privato), può determinare con precisione la qualità e la quantità della punizione; tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza della pura e stretta giustizia».

individuale e come l'idea costituzionale di rieducazione muova a far valere, piuttosto, che, qualunque siano le caratteristiche dell'agente di reato, la sua dignità di persona capace di libertà può condurlo a una responsabilizzazione circa le condotte pregresse e a scelte rispettose dei precetti penali per l'avvenire: scelte di cui possono crearsi condizioni tali da renderle praticabili, ma che non possono essere perseguite forzando la coscienza individuale.

Mentre, dunque, il pensiero retribuzionista considera la libertà *al passato*, ritenendo che se ne possa soppesare, e remunerare, l'uso (quando, invece, possiamo solo ricostruire empiricamente taluni dei fattori che su tale uso abbiano inciso), mentre il positivismo ebbe a negare in radice la sussistenza stessa della libertà, l'orientamento rieducativo considera la libertà (ovvero, l'autonomia personale) *al futuro*, come risorsa, connessa alla dignità umana, che rimane sempre spendibile.

S'è anche detto, poi, che, retribuendo, ne deriverebbero pacificazione e, addirittura, riconciliazione rispetto alla frattura del diritto rappresentata dal reato⁵. L'unica pacificazione reale, però, è quella che riesca a prodursi tra l'autore del reato, le eventuali vittime e i consociati: il che si situa agli antipodi della dinamica classica del punire, che è essenzialmente divisiva e a-dialogica (la denuncia penale non costituisce un appello alla riconciliazione, ma, di fatto, propone l'identificazione pubblica di un individuo come delinquente). A meno che ci si voglia riferire alla riaffermazione del diritto violato, dinnanzi a un fatto criminoso: ma se si trattasse di questo, non si vede per quale motivo ciò richiederebbe una pena retributiva.

In effetti, l'attitudine risanatrice attribuita alla giustizia retributiva corrisponde all'idea che quest'ultima possieda la forza seducente di compensare il reato, *riequilibrando la bilancia* (in base all'immagine emblematica di tale visione della giustizia)⁶: ciò che identificherebbe, secondo parole abusate, il *fare giustizia*. Bisogna tuttavia riconoscere che la pena, quale essa sia, non è in grado di cancellare alcunché, né in senso materiale, né in senso ideale. Il reato, come ogni fatto umano, è irrevocabile, per cui qualsiasi percorso mirante a superarne l'impatto negativo nei rapporti interpersonali e sociali, nonché a evitarne, per quanto possibile, il riproporsi in forme analoghe, non può che presupporre simile consapevolezza⁷.

Se ne deduce, allora, che la ritorsione retributiva nulla compensa se non i bisogni emotivi di reazione riscontrabili nella società verso l'agente di reato. Con il che, tuttavia, si torna – nella versione più sofisticata espressa dalle c.d. teorie neo-retributive – all'orizzonte intimidativo. Sarebbe pur sempre l'entità del castigo altrui, infatti, a dissuadere dal delinquere: richiedendosi, per tale via, di infliggere al trasgressore la pena ritenuta necessaria onde confermare nei consociati il tabù, che egli ha infranto, in forza del quale ciascuno reprimerebbe il desiderio di violare la legge (così che

⁵ Cfr. G. W. F. HEGEL, *op. cit.*, § 220, p. 381.

⁶ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Sulle maniere di trattare il diritto naturale* (1802-3), in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, trad. it. Laterza, Bari 1971, pp. 87 ss.

⁷ Cfr. sul tema, per esempio, U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, Torino 2019, pp. 170 ss.

dall'applicazione della pena risulterebbe soddisfatta la rabbia, e allo stesso tempo depotenziala l'invidia, nei confronti del trasgressore)⁸.

Neppure s'è mancato, infine, di attribuire alla pena retributiva un'efficacia parallela, quasi un alibi morale, di carattere (nientemeno che) *rieducativo*. Si tratta dell'inveterata teoria ai sensi della quale proprio la sofferenza ritorsiva produrrebbe respiscenza e pentimento: in quanto consentirebbe di *espiare* la colpa, con un esito di *emenda* per il condannato.

Parole, queste ultime, ampiamente reperibili nella manualistica retributiva, ma delle quali è ben difficile identificare un contenuto tangibile, o comunque un riscontro, nella vita reale. Anzi, Dostoevskij ne aveva già ben evidenziata l'intrinseca contraddittorietà: «una volta sopportato il castigo che la società gli ha inflitto, per via di questo [il delinquente] si sente già assolto, sdebitato»⁹. In ogni caso, del resto, il compito del sistema giudiziario non è quello di occuparsi dell'anima di chi condanna.

Tutto questo manifesta come il procedere dalla prevenzione generale per descrivere, precisandone le modalità, la funzione di interesse pubblico svolta dai sistemi penali abbia significato, in sostanza, prendere atto del modello sanzionatorio retributivo, secondo le diverse accezioni attribuitegli dell'attitudine (non comprovata) a produrre deterrenza: non senza argomentazioni volte a sostenerne un'improbabile conciliabilità con il rispetto, e con il bene stesso, della persona condannata.

Probabilmente, il livello, potremmo dire *basico*, della prevenzione generale tradizionalmente intesa che, oggi come ieri, il sistema punitivo assicura è legato, soltanto, al fatto per cui un certo numero dei responsabili di condotte criminose venga individuato, così che, in quei casi, ne derivano conseguenze non auspicabili dall'autore nel momento in cui abbia agito: ma non, invece, al *quantum* della pena principale detentiva o pecuniaria prevista¹⁰.

2. L'orientamento rieducativo come fulcro della prevenzione generale.

Resta dunque da chiarire perché l'orientamento rieducativo, affrancando le sanzioni penali dal dogma di un'ineludibile corrispondenza allo schema della

⁸ Può confrontarsi, per l'esposizione critica di queste impostazioni, L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 914 ss., (sezione I) e 1315 ss. (sezione II).

⁹ F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie da una casa di morti* (1860), trad. it. Giunti, Firenze 1994, p. 18. Valgano, altresì, le parole che precedono: «Certo è che la prigionie e il sistema dei lavori forzati non correggono il delinquente; si limitano a punirlo e a salvaguardare la società da ulteriori attentati del malfattore al suo quieto vivere. Al contrario, la prigionie e lo stesso duro sistema del lavoro coatto servono solo a ingenerare odio, brama di godimenti proibiti e nefasta leggerezza. Comunque, sono profondamente convinto che il famoso sistema cellulare raggiunga soltanto uno scopo fallace, illusorio, di facciata. Esso succhia la linfa vitale dell'uomo, snerva la sua anima, la infiacchisce, la intimidisce e poi presenta una mummia, moralmente inaridita e inebetita, come modello di ravvedimento e di pentimento».

¹⁰ Cfr. sul tema, per esempio, C. E. PALIERO, in ID. (a cura di), *Il sistema penale*, Giappichelli, Torino 2024, pp. 25 s.

retribuzione, sia in grado di attribuire alle medesime un'efficacia generalpreventiva più realistica.

Valga preliminarmente richiamare, in estrema sintesi, le considerazioni che inficiano la fiducia comunemente riposta nella prevenzione generale concepita in termini di deterrenza.

Simile efficacia risulta contraddetta, soprattutto, dalla circostanza per cui, risultando di regola elevata, come si evince dagli studi sulla *cifra oscura*, la possibilità che ciascun singolo reato commesso rimanga impunito, molti opteranno, sebbene in presenza della minaccia di pene gravose, per l'agire criminoso, ove non intervengano in senso contrario fattori motivazionali di altro tipo: come può ampiamente constatarsi.

Del resto, il commettere un reato ben raramente, perfino nell'ambito economico, consegue a una fredda ponderazione, secondo la loro entità e la loro probabilità, dei benefici rispetto ai costi. Il rischio sanzionatorio, poi, risulta pressoché inincidente con riguardo alla commissione di reati in stato di eccitazione, di rabbia o di odio, come pure con riguardo alla criminalità di matrice ideologica. E l'esperienza comunque dimostra che lo Stato il quale fa affidamento sulle pene esemplari è lo Stato debole, che non sa o non vuole intercettare in maniera significativa, specie sul piano della prevenzione primaria, i comportamenti anti giuridici: per cui deve sporadicamente ribadire la sua presenza in merito alla prevenzione della criminalità attraverso punizioni eclatanti, che finiscono per avere come destinatari privilegiati soggetti a loro volta deboli, oppure ritenuti ormai sacrificabili.

Deve inoltre prendersi atto di come lo stesso effetto di prevenzione speciale della pena tradizionalmente inflitta nei termini di una ritorsione detentiva non manifesti per nulla quell'indiscutibile utilità che, per lo più, viene ad esso accreditata in sede politica o massmediatica. Sia perché l'intimidazione che dovrebbe derivare, dopo il fine pena, rispetto all'autore di reato dall'esperienza della sofferenza patita è contraddetta alla luce dei tassi elevatissimi di recidiva che si constatano dopo una reclusione cui siano rimasti estranei profili di c.d. *flessibilità*: stanti gli esiti di desocializzazione e i sentimenti di rivalsa che facilmente ne derivano. Sia, tanto più, perché la stessa neutralizzazione dei condannati durante la fase esecutiva si scontra col fatto che non s'è mai potuta evincere, attraverso di essa, una parallela diminuzione dei tassi di criminalità in ambito sociale: il che depone nel senso per cui, ove rimangano carenti fattori di persuasione al non delinquere e manchino serie strategie di prevenzione *primaria*, le compagini criminali si riproducono, nonostante i loro membri posti nell'impossibilità di nuocere.

Ciò premesso, il fattore che si evince *ex art. 27, co. 3*, della Costituzione quale fulcro della strategia preventiva fatta propria dalla medesima è quello *motivazionale*, che si contrappone a quello *coercitivo* caratterizzante l'intimidazione e la neutralizzazione: fattore il quale, dunque, non ravvisa la prevenzione in un (ipotetico) esito meccanicistico di interventi suscettibili di produrla al modo dei fattori causali operanti in sede naturalistica, bensì nell'appello a una scelta libera da parte dei destinatari delle disposizioni penali (l'intera collettività e chi abbia delinquito) di adesione, o ri-adesione, alla legalità, attraverso contenuti sanzionatori che di tale scelta esprimano le ragioni.

Dovendosi considerare che un atteggiamento non precario di rispetto delle prescrizioni penali rivolte alla tutela di determinati beni può fondarsi soltanto su una

scelta personale in tal senso (cioè non indotta da meri fattori coattivi): così che, anzi, un'intimidazione costruita sull'offesa dei medesimi beni che l'ordimento penale proclama di promuovere e di salvaguardare finisce per far decadere nella coscienza civile la credibilità stessa di simile intento, operando in senso controproducente dal punto di vista generalpreventivo (come efficacemente segnalava Cesare Beccaria con riguardo al caso emblematico della pena di morte)¹¹.

Di qui la *ratio* di ordine generale, e non soltanto specialpreventivo, che soggiace all'art. 27, co. 3, della Costituzione: nulla rafforza l'autorevolezza dei precetti penali incrinati dal reato, vale a dire la loro capacità di ottenere adesione nel contesto sociale in cui il medesimo sia stato commesso, più di quanto avvenga attraverso il recupero alla legalità del trasgressore¹².

In questo senso, ogni singolo recupero incrina, a sua volta, la forza di attrazione (il fascino) dell'agire criminoso e risulta in grado di innescare percorsi paralleli di affrancamento da scelte di quel tipo in altri individui: come ben sanno le organizzazioni criminali, che paventano massimamente, non a caso, proprio la defezione di loro membri, in quanto mina la loro capacità espansiva (di reclutamento) e la tenuta dei vincoli di appartenenza. Se, come affermava Edwin Sutherland, si tende a fare ciò che viene approvato nel gruppo in cui si cerca, o si trova, riconoscimento¹³, è fondamentale, infatti, che singoli membri di un tale gruppo (quale ne sia la natura) sappiano mettere in discussione i comportamenti anti giuridici, compresi quelli di cui pure siano stati compartecipi.

Il soggetto *rieducato*, diversamente da quello neutralizzato, contribuisce, dunque, a chiudere, sul territorio, spazi percorribili in senso criminoso o, se si vuole, a chiudere posti di lavoro criminale. Per cui può dirsi che l'orientamento o, meglio, il contenuto, rieducativo delle pene produce prevenzione generale.

Il che vale anche con riguardo alla stessa previsione legislativa delle sanzioni penali: ciò in quanto la loro effettiva conformazione, fin da tale momento, in senso rieducativo – come esige Corte cost. n. 313/1990 – assume a sua volta portata motivazionale, rendendo percepibile il tipo di comportamento rispettoso dei beni tutelati cui la norma penale intende motivare e, in tal modo, che simili sanzioni non trovano la loro ragion d'essere in quanto mera forma di ritorsione da parte del potere costituito nei confronti di una disobbedienza.

¹¹ «Non è utile la pena di morte per l'esempio di atrocità che dà agli uomini. Se le passioni o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il feroce esempio, tanto più funesto, quanto la morte legale è data con istudio e con formalità. Parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esso medesimo, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio»: così C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da L. Firpo, vol. I, Mediobanca, Milano 1984, § XXVIII, pp. 92 s.

¹² Per cui i giudici «dovrebbero confidare nella perdurante validità e attualità dell'obiettivo rieducativo come impegno costituzionale»: così G. FIANDACA, *Riforma Cartabia. Diritto penale sostanziale e giustizia riparativa*, Addenda a G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Zanichelli, Bologna 2019.

¹³ Cfr. p. es. E. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale* (1983), trad. it. Giuffrè, Milano 1987, p. 305.

Ne deriva il mutamento del modello che soggiace alla penalità: dalla pena intesa come corrispettivo, alla pena costituente un *progetto* orientato a rieducare, cioè a favorire, anche mediante compiti (in senso lato) riparativi, la presa di distanze dell'agente di reato dal comportamento criminoso pregresso, accompagnata da una ri-programmazione della vita futura conforme ai precetti penali¹⁴. Secondo un indirizzo il quale, dunque, privilegi tipologie sanzionatorie prescrittive, vale a dire (pur senza escludere divieti o interdizioni) di pena *agita*, piuttosto che meramente *subita*.

Il che modifica in radice, peraltro, lo stesso criterio di lettura del ricorso alla detenzione ove esso risulti necessario in quanto il percorso rieducativo, altrimenti, non risulterebbe credibile (in sostanza, ove sussista il fondato pericolo della reiterazione di reati gravi oppure si tratti di recidere il controllo sull'agente di reato da parte della criminalità organizzata).

L'introduzione di pene prescrittive fa sì che non possa essere ulteriormente sostenuta, infatti, l'idea di un caratterizzarsi *ontologico*, e quindi dovuto, delle sanzioni penali come *raddoppio del male*¹⁵: per cui la stessa detenzione non potrebbe più essere intesa quale *giusta* entità di sofferenza corrispettiva riferita alla commissione del reato, bensì rappresenterebbe pur sempre, e soltanto, un elemento del percorso rieducativo.

La tutela della dignità del condannato non sta, dunque, nella definizione di un teorico argine estrinseco di ordine retributivo nei confronti delle istanze preventive, dato che quel supposto argine si configura, anzi, del tutto funzionale alle modalità della prevenzione generale *negativa* di tipo intimidativo e neutralizzativo. Simile tutela, piuttosto, risulta connessa all'opzione costituzionale di fondo in favore di un orientamento della prevenzione avente carattere inclusivo, nel cui ambito il condannato non è visto come mezzo del perseguimento di interessi sociali, bensì come partecipante dei fini cui mira il sistema penale (fermi, beninteso, limiti sanzionatori garantistici definiti dal legislatore valutando, circa le diverse manifestazioni del reato, ciò che un esito rieducativo realistico possa richiedere, e ferma, in tale ambito, la determinazione giudiziaria delle sanzioni entro il limite di ciò che appaia adeguato per fini rieducativi con riguardo alla colpevolezza del fatto).

3. L'equivoco reiterato del legame tra finalità rieducativa e coazione morale.

La rivalutazione dell'indirizzo costituzionale rieducativo circa la *teoria* e la *prassi* della pena rende nondimeno necessario qualche chiarimento in merito alla riserva che – complicità le impostazioni già segnalate della Scuola positiva – è frequente vedere

¹⁴ Ciò potrebbe del resto ricondursi al quadro complessivo dell'«evoluzione» che in uno scritto non recentissimo F. PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 705, cercava di ravvisare, quanto alla scienza penalistica italiana, «dal tecnicismo giuridico alla vocazione progettuale».

¹⁵ Espressione questa, com'è noto, di M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, in part. p. 1207.

espressa nei suoi confronti, sia da un punto di vista conservatore, sia sulla base di ritenute esigenze garantistiche.

Per quanto risulti, già *prima facie*, assai difficile comprendere, rispetto a tali esigenze, come potrebbe essere ritenuto perfettamente liberale, solo perché ciò avvenga in un quadro ritorsivo, applicare del male a una persona, contraendo massicciamente i suoi diritti onde causarle sofferenza, e invece diffidare di qualsiasi modello sanzionatorio il quale cerchi, pur dinnanzi a un reato, di non operare *per il male* del suo autore, di promuovere le sue risorse e di fare appello alla sua coscienza ai fini di una rivalutazione delle scelte precedentemente compiute: considerando simile proposito, a priori, come un attentato alla sua autodeterminazione.

Ora, si deve del tutto convenire circa l'inviolabilità, attraverso provvedimenti penali, del *foro interno* di qualsiasi condannato, come osservavamo in senso critico con riguardo alle impostazioni, sul tema, del positivismo. Ma l'orientamento rieducativo del quale sin qui si è detto non ha proprio alcunché in comune con la manipolazione della personalità, il lavaggio del cervello, l'indottrinamento, i campi di rieducazione, i trattamenti coattivi di natura psicoterapeutica o psicoanalitica, e così via: avendo, piuttosto, la sua stessa ragion d'essere, già lo si rimarcava, nella riconosciuta *autonomia* della persona (insegnando da decenni anche nei corsi per educatori e per assistenti sociali, posso attestare che se c'è un principio chiarissimo ai relativi studenti è quello per cui mai e poi mai potranno considerare i destinati della loro opera come oggetto di una coazione, e non come interlocutori).

Si tratta, allora, di precisare. Se non vogliamo giungere a sostenere che qualsiasi prescrizione democraticamente sancita e presidiata (anche) in sede giudiziaria rappresenti un condizionamento inaccettabile della libertà di ciascun individuo, allora dobbiamo altresì convenire che la comunità civile nelle sue diverse articolazioni – educative, giuridiche, sociali – possa proporre in modo legittimo ai cittadini l'adesione a quanto legalmente sancito, orientando gli stessi, pertanto, verso il rispetto della legalità e cercando di ridurre i fattori che a ciò siano di ostacolo (fermo l'ambito in cui sia dovuto il rispetto dell'obiezione di coscienza).

Svalutare le regole che vengano fissate in contesti democratici a mera espressione del potere, senza differenza alcuna rispetto alle norme di un potere dispotico, non è mai, in effetti, una buona operazione, se si vuole salvaguardare il valore della democrazia. Il che vale a maggior ragione per le norme penali, le quali non possono essere teorizzate come espressione, pure in democrazia, di una violenza inevitabile ad opera dei pubblici poteri¹⁶. Sebbene ciò debba tradursi, poi, nella pratica giuridica, configurando le pene in termini diversi dall'agire per la rovina (ovvero per il danno, per la sofferenza, per l'espulsione sociale, *etc.*) dei condannati, com'è sempre stato costume dei poteri assoluti.

Appare quindi del tutto ragionevole che il sistema penale proponga percorsi di risposta al reato i quali, per un verso, comportino un'assunzione di responsabilità

¹⁶ Si consenta il rinvio, per approfondimenti, a L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, in E. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 114 ss. Valga altresì ID., *Oltre la prospettiva del diritto penale minimo*, in U. CURI - G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma 2002, pp. 185.

rispetto alle conseguenze del medesimo e favoriscano quella che è stata descritta, sulla base dell'art. 13, co. 3, ord. penit., come una rielaborazione critica dell'accaduto e, per l'altro, assumano un significato promozionale rispetto ai beni offesi, orientando a stili comportamentali di rispetto dei precetti penali.

Così che la risposta sanzionatoria non prometta, come nelle teorizzazioni tradizionali, esiti preventivi dilazionati nel tempo, futuri ed incerti, ma costituisca essa stessa un fatto di rilievo preventivo.

Rimanendo libero, ciascuno, di non adempiere a quanto richiesto dal programma sanzionatorio, nel qual caso potranno tornare applicabili provvedimenti che non implicino un'attivazione da parte del loro destinatario. Ma, nel contempo, dovendosi constatare che quando la risposta al reato si sostanzia in un'opportunità programmatica, piuttosto che in una ritorsione, ben raramente viene rigettata o comunque vissuta, dall'agente di reato, come lesiva della propria autonomia.

Del pari, risulta coerente che, nell'ambito dell'esecuzione della pena, possa valutarsi la serietà dell'impegno profuso dal suddetto agente nell'adempimento del progetto sanzionatorio e possano saggiarsi, come avviene per la concessione dei c.d. benefici penitenziari, i progressi relativi all'attendibilità della sua presa di distanze da stili comportamentali criminosi.

Non vengono in gioco, dunque, propositi d'intervento *in interiore homine*, né (improbabili) valutazioni sulla moralità della persona. Come afferma Giovanni Fiandaca, ciò che preme allo Stato è la *probità legale*¹⁷. Il modo attraverso cui ad essa si pervenga è questione personale del soggetto interessato, ma il diritto può favorire quel percorso, creandone talune condizioni esterne. Libero ciascuno, così veniva rimarcato in un recente convegno, di rimanere *malvagio*, se lo ritiene. Ma non libera la società di considerare qualcuno irrimediabilmente malvagio.

4. Le diverse forme della giustizia riparativa in rapporto al paradigma della rieducazione.

La caratterizzazione rieducativa delle pene così come richiesta dalla carta costituzionale non s'identifica con i «programmi di giustizia riparativa» cui attribuisce rilievo la riforma Cartabia, né è chiamata a confluire in essi¹⁸.

Tali «programmi», infatti, non comportano una modifica dell'apparato sanzionatorio penale, poiché rilevano entro l'ambito dei provvedimenti penali ordinari, secondo la considerazione che l'organo giudicante riterrà di trarre dal loro svolgimento e dal loro esito, sia ai fini della determinazione della pena (e per converso delle eventuali pene sostitutive) al termine del processo, *ex artt. 58, co. 1, d.lgs. n. 150/2022 e 62, n. 6,*

¹⁷ Cfr. G. FIANDACA, relazione al convegno *La rieducazione del condannato e i diversi volti della riparazione: un possibile binomio?*, Unitelma, Roma, 24 aprile 2023 (<https://www.radioradicale.it/scheda/696038/la-rieducazione-del-condannato-e-i-diversi-volti-della-riparazione-un-possibile>).

¹⁸ Sulla nozione di giustizia riparativa cui si rifanno tali «programmi» resta fondamentale G. MANNOZZI - G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino 2017.

c.p.), sia in rapporto all'applicazione dei c.d. benefici penitenziari, *ex art. 15-bis*, co. 2, ord. penit.¹⁹.

Resta dunque estranea alla riforma Cartabia la possibilità di una gestione del reato alternativa rispetto agli strumenti già previsti dal sistema sanzionatorio penale: potendo incidere l'effettuazione di quei «programmi», piuttosto, sulle modalità di utilizzo di tali strumenti²⁰. Salva solo una rilevanza indiretta dei «programmi» stessi onde escludere la condanna quando siano inseriti, nel corso del processo, in un itinerario di *messa alla prova* (v. art. 464-*bis*, co. 5, lett. c, c.p.p.), così da contribuire al possibile effetto estintivo del reato che quest'ultima può produrre, o quando il loro buon esito comporti la non presentazione, o la rimessione, della querela di parte (v. artt. 44, co. 3, d.lgs. n. 150/2022 e 152, co. 3, n. 2, c.p.), con riguardo a un reato per la cui perseguibilità sia richiesta.

La proficua partecipazione a uno tra i suddetti «programmi» costituisce senza dubbio, come meglio diremo, un elemento che assume rilievo ai fini del percorso rieducativo di chi sarà, o sia stato, ritenuto trasgressore della legge penale (sia, dunque, in quanto antecedente l'infrazione definitiva della pena, sia in quanto s'inserisca nel percorso esecutivo della medesima). E, tuttavia, non fa venir meno l'esigenza, fin qui rimarcata, di un'evoluzione del sistema delle pene principali rispetto allo stereotipo retributivo. 1

Il diffondersi, nel mondo, del ricorso alle procedure di *restorative justice* ha trovato esso pure origine, peraltro, nella percepita inadeguatezza del modello punitivo classico, specie con riguardo al nodo fondamentale per cui simile modello offre alla vittima del reato una risposta solo simbolica, fomentando in essa l'attesa di una reazione ritorsiva che, per un verso, rappresenta un alibi onde privarla di qualsivoglia forma concreta d'aiuto rispetto alle conseguenze del reato e attraverso la quale, per altro verso, viene eluso il bisogno della medesima di vedere se possibile riconosciuta dallo stesso autore del reato l'ingiustizia subita.

Un modello il quale, a ben vedere, umilia la vittima, in quanto la costringe, allo scopo di affermare l'inaccettabilità e la stessa gravità dell'illecito subito, a rendersi desiderosa del male, nella maggior entità possibile, di un altro individuo: ciò comportando, per essa, una vera e propria seconda vittimizzazione, che la inacerbisce (la impoverisce umanamente), per così dire, rispetto al passato.

¹⁹ «Oggetto della comminatoria legale rimane la pena, la cui funzione afflittiva condiziona ogni alternativa»: così F. GIUNTA, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, La nave di Teseo, Milano 2023, p. 141.

²⁰ Per cui, osserva G. FIANDACA, *Punizione*, Il Mulino, Bologna 2024, p. 141, «vi è da chiedersi – problematicamente – se questo rapporto di interazione fra i due modelli di giustizia sfoci in un compromesso virtuoso o, al contrario, rischi di snaturare od offuscare l'identità della giustizia riparativa, finendo col conferirle tratti para- o criptopunitivi». Si tratta di un'interazione, peraltro, *necessaria*, se si ritiene che la modalità giuridico-istituzionale della risposta ai reati non possa essere superata e se si vuole che essa non rimanga chiusa nelle sue contraddittorietà retributive (diversamente, il modello riparativo verrebbe riconsegnato all'indistinto di esperienze spontanee, ininfluenti sulla penalità, nel contesto sociale): ma, proprio per l'interrogativo segnalato, si tratta parimenti di un'interazione della quale andrebbero esplorati ulteriori possibili approdi.

Con le summenzionate procedure s'è intesa reperire, dunque, una modalità idonea a superare l'impraticabilità nel sistema penale vigente di qualsivoglia dialogo – prima, quantomeno, della condanna definitiva – tra la «persona indicata come autore dell'offesa», da un lato, e la vittima, la comunità sociale e lo stesso ordinamento giuridico, dall'altro²¹: un'impraticabilità derivante dal fatto che è inesigibile qualsiasi cooperazione a ciò che venga concepito come l'inflizione di un male, ma altresì dal principio garantistico secondo cui chi veda aperto nei suoi confronti un procedimento penale deve rimanere esentato da attività le quali possano apportare elementi per la sua condanna, spettando a un soggetto giudiziario terzo, non coinvolto nella *res iudicanda*, accertare i fatti e le responsabilità (*nemo tenetur se detegere*).

Il ricorso ai «programmi di giustizia riparativa» ha reso pertanto non più indiscutibile il carattere *divisivo* dell'iter posto in essere allo scopo di gestire la commissione di un reato, dando luogo a un'opportunità di contatto, tra la persona ritenuta autrice del reato e la vittima, che consenta di *fare verità* sulla vicenda criminosa non soltanto dal punto di vista storico, ma anche con riguardo ai percorsi umani in cui risulti collocata.

Ciò rendendo disponibile un contesto, separato da quello del processo (a tal fine temporaneamente sospeso) o dall'iter del trattamento penitenziario, tale che quanto sia stato detto nel suo ambito, dalla «persona indicata come autore dell'offesa» e dalla vittima (anche atipica, *ex art. 45 d.lgs. n. 150/2022*), resti riservato rispetto al giudice e comunque inutilizzabile ai fini delle sue decisioni, essendogli piuttosto trasmessa per questo, da parte del mediatore coinvolto nel programma, una relazione «contenente la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo raggiunto» (così l'art. 57, co. 1, d.lgs. n. 150/2022, in riferimento al precedente art. 56)²².

Ora, è chiaro che l'«esito riparativo» riveste una singolarissima portata rieducativa rispetto alla persona che abbia commesso il reato, non esclusi effetti di riconciliazione con la vittima. Il suo manifestarsi più pieno è dato, infatti, dal recupero

²¹ «Tutti i programmi di giustizia riparativa – osserva G. MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Archivio penale*, 2022, 1, p. 96 – sono a base dialogica» (v. anche *ivi*, p. 105). V. anche F. PALAZZO, *Plaidoyer per la giustizia riparativa*, in AA.VV., *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino 2022, p. 437: nell'orizzonte della giustizia riparativa «la relazione di giustizia non è più bilaterale, ma torna ad essere quadrilaterale», essendo «ben quattro i soggetti coinvolti nella questione della giustizia: l'autore, la vittima, la comunità, l'istituzione statale» (p. 435).

²² Si è peraltro lamentata, talora, una protezione non ferrea, quanto alle parti coinvolte, di quanto emerso nel corso del «programma», posto che rispetto ad esse si prevede all'art. 50 d.lgs. n. 150/2022 un dovere di riservatezza (non si utilizza il termine di *segretezza*) affidato essenzialmente a un agire corretto delle medesime (circa l'esonero del mediatore da obblighi di denuncia o di testimonianza, come pure circa i pertinenti divieti di sequestro o intercettazione v., invece, l'art. 52, che parla di *tutela del segreto*). Ma affermazioni su ciò che sia stato detto durante lo svolgersi del «programma» risultano già di per sé, in quanto del tutto potestative, poco attendibili: rimanendo comunque fermo il disposto di cui all'art. 51 del medesimo testo legislativo secondo il quale «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» (salvo quel che prevede la relazione del mediatore, *ex art. 57*, e «salvo 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»).

di un rapporto di reciproco riconoscimento personale tra l'autore di un reato e la vittima stessa come portatori, entrambi, di una dignità che, rispetto a quest'ultima, rivela l'inaccettabilità dell'esser stata resa mero oggetto di una prevaricazione e, del pari, impedisce di identificare *tout court* il suddetto autore nel ruolo di agente criminale. Per cui, se il fatto criminoso ha rappresentato una frattura di rapporti intersoggettivi che riveste rilievo sociale, appare logico che anche il ricostituirsi di tali rapporti, *post crimem patratum*, possa assumere a sua volta rilievo sociale²³. Anzi, proprio un simile esito costituisce quanto più credibilmente può fungere da antidoto rispetto a potenziali recidive, dato l'impegno personale che richiede a chi abbia trasgredito la legge nel reimpostare il suo approccio verso la vittima come pure, in tal modo, verso l'intera società; e, del pari, costituisce quanto maggiormente rinsalda, dal punto di vista generalpreventivo, i vincoli di reciproca correttezza comportamentale fra i consociati.

Tuttavia, il conseguimento del risultato di cui s'è detto dipende da fattori contingenti, fra cui quelli relativi all'opportunità, in date situazioni, del promuovere il percorso della giustizia riparativa, il tipo di atteggiamento della vittima, la stessa disponibilità di strumenti più semplici onde conseguire pur sempre una riparazione significativa rispetto a quest'ultima. E già per queste ragioni la riparazione nel senso della riforma Cartabia non potrebbe rappresentare un obiettivo *ordinario* dell'apparato penale.

Ma, soprattutto, si tratta di considerare che le modalità operative del programma assistito dal mediatore e, per alcune sue forme, lo stesso esito riparativo simbolico (v. art. 56, co. 2, d.lgs. n. 150/2022) di tale programma non fanno parte di quanto il diritto penale può attivare o mirare a ottenere con i suoi mezzi, dato che simili modalità e alcuni dei suddetti esiti coinvolgono la sfera interiore della «persona indicata come autore dell'offesa». Con la riforma Cartabia, dunque, il diritto penale dà spazio a un percorso, e ad approdi del medesimo, che rivestono di per sé natura extrapenale, cui viene attribuito rilievo ai fini delle decisioni penali²⁴.

Ne trova conferma il fatto che l'intento rieducativo di cui all'art. 27, co. 3, Cost. non coincide con l'esito di un «programma di giustizia riparativa», né può essere da quest'ultimo surrogato nella sistematica delle sanzioni penali. Il perseguimento del fine rieducativo, dunque, non richiede che venga necessariamente attivato un «programma di giustizia riparativa» e, *a fortiori*, il riconoscimento della validità, o dei progressi, di un itinerario rieducativo non esige che ne abbia fatto parte un tale programma. In altre parole (vi ritorneremo), la possibilità di svolgere un «programma di giustizia riparativa», con i suoi potenziali esiti favorevoli per l'imputato o per il condannato, non

²³ Con specifico riguardo alla *mediazione penale*, G. FIANDACA, *Riforma Cartabia*, cit., p. 964, osserva che la medesima «sottintende una implicita riformulazione della grammatica e della sintassi del reato: nel senso che quest'ultimo da categoria giuridica tende a trasformarsi in accadimento psicologico o socio-psicologico (ad esempio un furto, pur essendo normativamente un reato contro il patrimonio, può essere "vissuto" dalla vittima che lo subisce come una violazione della fiducia reciproca o un tradimento affettivo, nel caso in cui tra la vittima e il ladro preesista una relazione di vicinanza personale)».

²⁴ Cfr. in proposito, R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in *Sistema penale*, 28 luglio 2023, p. 11, che parla di una forma della giustizia, fondata sulla relazione, la quale si realizza al di fuori del diritto (dello Stato).

può rendere *più difficile*, rispetto a quanto accadeva prima della riforma Cartabia, conseguire senza quel programma un certo livello di clemenza della pena inflitta in sede di condanna oppure l'accesso ai c.d. benefici penitenziari.

Tutto questo esige, altresì, che la terminologia utilizzata dalla riforma Cartabia qualificando come «programmi di giustizia riparativa» le procedure di *restorative justice* ispirate al modello della mediazione penale non conduca a trascurare l'ampio spettro degli strumenti riparativi attivabili, invece, entro l'ambito del diritto penale, in parte già largamente sperimentati. La giustizia riparativa, in altre parole, non si esaurisce nei «programmi di giustizia riparativa»: piuttosto, proprio il paradigma della giustizia riparativa risulta decisivo onde procedere nell'iter faticoso di riforma del sistema sanzionatorio penale, secondo l'orientamento di cui all'art. 27, co. 3, Cost.

Possono ricomprendersi, infatti, nella giustizia riparativa intesa in senso lato tutte quelle modalità sanzionatorie che, abbandonato il dogma della corrispettività fondata sullo schema retributivo, rivestono natura progettuale o programmatica. Secondo finalità di reintegrazione, o riabilitazione, sociale dell'agente di reato (anche attraverso il suo attivarsi in favore dei beni offesi), e non di mero aggravio della sofferenza in cui si voleva, tradizionalmente, che la pena consistesse: come avveniva attraverso la pratica dei lavori forzati.

Così che della giustizia riparativa fanno parte, oltre ai «programmi di giustizia riparativa», tutti i comportamenti *post delictum* cui l'ordinamento attribuisce rilievo favorevole per l'agente di reato in quanto significativi con riguardo all'eliminazione o alla riduzione dei danni prodotti dal reato stesso oppure con riguardo alla promozione del bene offeso (un ambito a sé stante è costituito dalla collaborazione di giustizia)²⁵; come altresì, soprattutto, ne fanno parte quelle già menzionate sanzioni di carattere prescrittivo, di cui ostinatamente il nostro sistema penale continua a precludere la ricomprensione fra le pene principali²⁶. Obiettivo, quest'ultimo, che non deve in alcun

²⁵ 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., ravvisa un paradigma punitivo di carattere reattivo-premiale, in contrapposizione al paradigma classico di carattere semplicemente reattivo. Mentre 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*, cit., pp. 426 s., distingue una riparazione di tipo prestazionale, da una di tipo *interpersonale* (v. anche ID., *Punire e non punire*, *ibidem*: «sono due tipi di riparazione oggi presenti nel sistema: la *restorative justice* fondata sulla mediazione extraprocessuale e la presenza di un mediatore tra autore e vittima; e la riparazione dell'offesa che vede invece presente difensore e parti del processo e l'obiettivizzarsi di un risultato misurabile ed esterno alle persone coinvolte»). Per una ricostruzione, in particolare, della premialità connessa alle casistiche di ravvedimento postdelittuoso v. G. TOSCANO,, *Post crimen patratum. Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso*, Giappichelli, Torino 2022. Per una ricostruzione delle norme di giustizia riparativa (in senso lato) vigenti nel nostro ordinamento e in prospettiva comparatistica v. altresì E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Editoriale scientifica, Napoli 2017.

²⁶ Per un'elaborazione in materia, nell'ambito di una ricerca sulla riforma delle pene alternative coordinata dal prof. Francesco Palazzo e promossa dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale, v. L. EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/172_PENE_ALTERNATIVE_EDITTALI_Palazzo.pdf, marzo 2021, pp. 17 ss. (nonché in *disCrimen*, 31 marzo 2021); cfr. altresì R. PALAVERA, *Condizioni e fattori di promozione della pena*

modo essere rimosso attraverso l'alibi dell'avvenuta apertura ai «programmi di giustizia riparativa».

5. L'immutata esigenza di riforma del sistema sanzionatorio penale (nonostante alcune aperture innovative della riforma Cartabia).

Appare dunque necessario tornare a riflettere su alcune chiusure che trovano conferma, in materia, attraverso il d.lgs. n. 150/2022, come pure su alcune timide scelte evolutive presenti nel medesimo testo.

Il primo aspetto è dato dalla pervicace ostinazione nel voler mantenere ancorate le pene principali al canone aritmetico detentivo o (marginalmente) pecuniario, senza alcuna apertura verso sanzioni aventi natura progettuale: con gli effetti già segnalati che ne derivano circa il modello di giustizia proposto all'opinione pubblica. Tutto questo nonostante l'esperienza maturata, nella fase del processo, attraverso la messa alla prova oppure, dopo la condanna definitiva, attraverso l'affidamento in prova al servizio sociale, come altresì nei casi in cui la pena possa essere eseguita attraverso il lavoro di pubblica utilità.

Una preclusione che ha trovato il suo apice paradossale, nonostante le reiterate affermazioni circa il proposito di ridurre i carichi giudiziari e nonostante la diversa proposta formulata dalla commissione preparatoria Lattanzi, nel non essersi neppure voluta inserire tra le nuove pene sostitutive – detenzione domiciliare, semilibertà, lavoro di pubblica utilità e pena pecuniaria, tutte subordinate, tranne quest'ultima, al consenso della persona interessata – anche l'affidamento in prova al servizio sociale: in aggiunta all'applicabilità del medesimo, se non attivato come pena sostitutiva, quale misura alternativa dopo l'esito definitivo del processo, al pari – per condanne detentive non superiori a quattro anni – di detenzione domiciliare e semilibertà. La ricomprensione dell'affidamento (anche) fra le pene sostitutive, specie se costruito tenendo conto di eventuali proposte del condannato, avrebbe assai probabilmente contratto, infatti, il numero delle impugnazioni e alleggerito di molto il lavoro dei Tribunali di sorveglianza, ovviando alla estrema dilatazione del fenomeno rappresentato dai c.d. *liberi sospesi*.

Quanto invece ai profili di novità della riforma Cartabia con riguardo all'impianto del sistema sanzionatorio penale va riguardata, ovviamente, con interesse l'introduzione, pur *mutata*, delle suddette pene sostitutive. Ciò, in particolare, per il fatto che, attraverso la prevista «determinazione degli obblighi e delle prestazioni corrispondenti» alla pena sostituita con detenzione domiciliare, semilibertà o lavoro di pubblica utilità (v. art. 545-*bis*, co. 3, c.p.p.), viene introdotta l'idea del tutto inedita di un giudice della cognizione il quale non limita il suo compito, nel deliberare sulla pena, alla scelta tra diverse modalità sanzionatorie principali o sostitutive e alla loro quantificazione (secondo prassi, non sempre omogenee, dei diversi uffici giudiziari

prescrittiva, in https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/170_All_2-Palavera.pdf (nonché in *disCrimen*, 17 giugno 2021).

riferite al fatto colpevole), bensì costruisce la risposta sanzionatoria su un piano anche prescrittivo, che è l'unico nel cui contesto può assumere rilievo tangibile la condizione del condannato.

Per cui se vi sarà una consistente disponibilità giudiziaria all'applicazione della detenzione domiciliare sostitutiva con relativi *obblighi* e *prestazioni* (consentendo quest'ultima, fra l'altro, che il condannato lasci il domicilio per almeno quattro ore al giorno, e fino a dodici ore: così l'art. 56, co. 1, l. n. 689/1981) potrebbe venire a configurarsi, di fatto, un provvedimento dai contenuti che si avvicinano a quelli dell'affidamento in prova: in tal modo limitandosi i riflessi negativi della sua mancata ricomprensione tra le pene sostitutive e, in particolare, l'eventualità che l'imputato preferisca rinunciare alle pene sostitutive della detenzione domiciliare e della semilibertà facendo conto sul possibile accesso all'affidamento in prova come misura alternativa dopo la condanna passata il giudicato: posto che tale accesso è precluso nei confronti del condannato a una di tali pene sostitutive fin quando non abbia espiato almeno la metà della loro durata, *ex art. 47, co. 3-ter, l. n. 354/1975*.

È prevedibile, peraltro, un'applicazione estesa della condanna (senza possibilità di appello) al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, così come è auspicabile un utilizzo ampio della pena pecuniaria sostitutiva: rimanendo invece, può supporre, secondario quello della semilibertà sostitutiva.

Al capitolo delle rivitalizzate pene sostitutive si aggiunge, nella riforma Cartabia, l'ulteriore novità assoluta per il processo penale italiano consistente nell'elemento di bifasicità introdotto, *ex art. 545-bis, co. 1, c.p.p.*, proprio con riguardo alla decisione concernente la «sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria»: con il che non soltanto si consente, per tale scopo, di fissare una nuova udienza, non oltre sessanta giorni, dopo che sia stata definita la pena principale, ma si prevede inoltre che le parti, e quindi anche il condannato, possano, per il medesimo scopo, «depositare documentazione all'ufficio di esecuzione penale esterna e, fino a cinque giorni prima dell'udienza, memorie in cancelleria» (v. art. 545-bis, co. 2, c.p.p.)²⁷.

Si supera, così, l'assunto assai radicato, nel nostro Paese (quantomeno al di fuori del procedimento penale minorile), secondo cui sarebbe impossibile qualsiasi forma di dialogo tra il giudice e la persona sottoposta a processo: essendosi creata con le norme richiamate, invece, l'opportunità di un apporto critico e propositivo da parte della difesa stessa circa le modalità di applicazione in concreto della risposta al fatto illecito (quando invece nel quadro unitario classico del processo la difesa, ordinariamente, neppure discute in merito alla pena, per il timore che ciò possa condizionare il successivo giudizio relativo alla colpevolezza dell'imputato).

²⁷ Può essere interessante leggere a quest'ultimo proposito l'art. 17-bis, co. 2, del codice penale vigente nello Stato della Città del Vaticano (che, modificato e integrato, è il codice italiano Zanardelli del 1889), articolo introdotto con *motu proprio* di papa Francesco dell'8 febbraio 2021: «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».

Un aspetto, questo, che si pone nel solco di scelte sulla pena adottate dal giudice, anche in sede di cognizione, non più sulla base di una propria valutazione solitaria, bensì attraverso il supporto di informazioni, proposte o relazioni (come accade con riguardo ai «programmi di giustizia riparativa») provenienti da altri soggetti²⁸.

Sono dunque simili interventi, pur circoscritti, della riforma Cartabia, in quanto attengono direttamente all'impianto del sistema sanzionatorio penale, che indicano come tale impianto necessiti di una revisione assai più complessiva.

In proposito, e riprendendo quanto esposto in precedenza, possono evidenziarsi alcune esigenze di particolare rilievo.

Anzitutto, quella relativa a un'evoluzione in senso prescrittivo, e per tale via non solo formalmente rieducativo, del suddetto sistema. Ciò che implica, fra l'altro, recuperare razionalità circa la determinazione legislativa e giudiziaria delle pene. Non si vede, infatti, perché sarebbe accettabile riferire la pena edittale a ineffabili valutazioni legislative di corrispettività tra la medesima e il fatto colpevole o a supposte necessità di deterrenza, ma non a contenuti i quali possano ritenersi sufficienti (adeguati) per un percorso rieducativo, tale dunque da includere, piuttosto che escludere, l'interesse per il destino futuro dell'agente di reato. E perché, del pari, non potrebbe pur sempre definirsi, in termini analoghi di realizzazione nel caso concreto dell'orientamento assegnato dall'art. 27, co. 3, Cost. alle pene, lo stabilire in sede giudiziaria le conseguenze sanzionatorie di ciascun reato, secondo caratteristiche e limiti temporali (non certo *fai da te*, ma) fissati dal legislatore²⁹.

Il che esige un approfondimento in rapporto al ruolo dei *giudizi prognostici* nelle decisioni sulla pena, giudizi finora marginalizzati in quanto la medesima è stata intesa, nella sostanza, come l'intuizione di un corrispettivo. Non si tratta, peraltro, di effettuare al termine del processo prognosi di pericolosità secondo l'ottica delle misure di sicurezza, ma di interrogarsi sulla pena idonea a perseguire in modo sufficientemente credibile il fine rieducativo, tenendo per ferme come massimo non superabile, già lo si richiamava, le caratteristiche della pena da ritenersi necessaria secondo gli elementi riconducibili alla c.d. colpevolezza del fatto. Diverso, e per certi aspetti più delicato, è il giudizio prognostico relativo ai benefici concernenti le pene detentive in corso di esecuzione, circa il quale sussiste, tuttavia, l'esperienza acquisita dalla magistratura di sorveglianza: giudizio che riguarda anche le modalità con cui la commissione Pisapia

²⁸ Analoghi rilievi di chi scrive in L. EUSEBI, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. proc. pen.*, 2023, 8, p. 1010. Per quanto specificamente concerne le pene sostitutive si consideri anche l'art. 58, co. 4, l. 689/1981, secondo cui il giudice «nella scelta tra la semilibertà, la detenzione domiciliare o il lavoro di pubblica utilità», oltre a tener conto di condizioni legate all'età, alla salute, alla maternità o alla paternità, «tiene altresì conto delle condizioni di disturbo da uso di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche ovvero da gioco d'azzardo, certificate dai servizi pubblici o privati autorizzati indicati all'art. 94, co. 1, d.P.R. n. 309/1990, nonché delle condizioni di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, certificate dai servizi indicati dall'articolo 47-*quater*, co. 2, l. n. 354/1975».

²⁹ Cfr., sul tema, C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1431 ss.

nel 2008 e la commissione Palazzo nel 2014 avevano pensato di superare, o comunque di modificare, l'attuale regime della condanna alla pena dell'ergastolo.

Ciò conduce a rimarcare, come ulteriore esigenza di approfondimento in merito all'impianto del sistema sanzionatorio penale, che la centralità della funzione rieducativa va recuperata a maggior ragione per i casi più gravi, cioè per i condannati a pene detentive di media o lunga durata (mentre la strada perseguita è stata quella, per lo più, di un'apertura alla rieducazione inversamente proporzionale alla gravità del reato): è proprio in quei casi, infatti, che la comunità sociale ha il massimo interesse – ferma ogni necessaria cautela – a ottenere rieducazione, data la sua predetta efficacia delegittimante e destabilizzante rispetto alle compagini criminali.

Invece s'è non di rado teorizzato, anche secondo impostazioni apparentemente illuminate, che il carcere non è luogo idoneo alla rieducazione: col rischio di renderlo, in tal modo, rispondente a logiche di c.d. *diritto penale del nemico*³⁰.

Si tratta tuttavia, anche a questo proposito, di evitare un equivoco: certamente il carcere non è lo strumento elettivo per fare rieducazione, come forse si era creduto negli anni sessanta del secolo scorso, ma quando non si possa rinunciare al carcere, anche e soprattutto in carcere si deve perseguire la rieducazione.

Nondimeno, mancano totalmente da tempo, nella stessa dottrina penalistica, studi specifici dedicati alla rieducazione inframuraria, lasciando l'impressione che intere categorie di reclusi debbano ritenersi a priori refrattarie rispetto a qualsiasi percorso rieducativo. Così che il ruolo stesso della magistratura di sorveglianza ha finito per investire, soprattutto, il vaglio circa l'accesso a misure alternative applicabili senza ingresso in carcere e circa le disposizioni limitative dell'accesso ai c.d. benefici penitenziari *ex art. 4-bis* ord. penit.: quando invece il suo compito primigenio era quello di seguire i percorsi di auspicabile rieducazione dei condannati a pene detentive, nell'ambito della flessibilizzazione esecutiva di queste ultime.

Si tratta altresì di domandarsi in radice, tornando alla determinazione giudiziaria della pena, quale sia il fine ultimo del processo penale, una volta accertati gli accadimenti in discussione e le responsabilità. Storicamente, infatti, quel fine è stato visto nel *condannare*, come forma di risposta catartica al reato, senza alcun interesse per ricostruire qualcosa, in termini progettuali, dopo la commissione del medesimo: così che il processo ha finito per rendersi ancillare rispetto alla possibile condanna, provvedendo esclusivamente a stabilire – il che, beninteso, resta fondamentale – se della condanna sussistano o meno i presupposti inerenti alla colpevolezza dell'imputato.

Forse, allora, si tratta di invertire i termini, ravvisando il fulcro dell'attività processuale nel *fare verità* – seppur nei limiti laici del confronto intorno al materiale probatorio e, quindi, con tutta la relatività degli strumenti disponibili – sull'illecito di cui si discuta: così da concepire la risposta sanzionatoria, piuttosto, come ancillare rispetto

³⁰ «Solo l'umanizzazione della pena detentiva può assicurare la funzione di prevenzione speciale che ispira le misure alternative vigenti e l'auspicata introduzione di pene edittali prescrittive»: così F. GIUNTA, *Il lato "buono" del penale*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH, *Studi in onore di C. E. Paliero*, Giuffrè, Milano 2022, p. 424.

a questo compito prioritario del processo e, in tal modo, come una risposta effettivamente foriera di effetti riparativi e rieducativi.

Nel caso paradigmatico del reato colposo d'evento, anzi, l'impianto odierno del sistema penale preclude addirittura qualsiasi disponibilità, da parte del soggetto incriminato, alla trasparenza circa i presupposti dell'accaduto – ciò che costituirebbe l'esigenza fondamentale onde contrastare il riproporsi di rischi per il futuro – in quanto essa lo condurrebbe a essere punito nelle forme classiche. Anzi, nel quadro descritto finisce per essere punito il più sfortunato, e non necessariamente il peggiore, tra molti trasgressori di medesime cautele i quali non abbiano visto prodursi l'evento (il che dovrà pur essere riconosciuto, prima o poi, in contrasto col principio di colpevolezza, poiché non può dirsi conforme a quest'ultimo il fatto per cui, a parità di colpevolezza circa la condotta trasgressiva, la punizione venga a dipendere dal caso)³¹.

Da ultimo, si potrebbe saggiare se per gli stessi «programmi di giustizia riparativa» siano ipotizzabili forme di rilevanza diretta ai fini dell'apparato sanzionatorio. Chiedendosi, pertanto, se in certi casi, e a certe condizioni, l'esito riparativo anche materiale di un «programma di giustizia riparativa» possa assumere, pur al di fuori dei reati perseguibili a querela, efficacia estintiva del reato medesimo³². Ma si potrebbe altresì riprendere la riflessione sui presupposti di un'ipotetica archiviazione *meritata*.

Altra ipotesi da approfondire concerne l'eventualità d'introdurre, anche in ambito penale, forme di mediazione obbligatoria cui debba procedersi, secondo regole loro proprie, prima che possa essere attivato, nel caso d'insuccesso, l'iter processuale: come era stato proposto anni orsono attraverso il volume pubblicato da un gruppo di lavoro costituitosi presso l'Università Cattolica proprio in materia di reati colposi, con riguardo alla responsabilità medica³³.

6. «Programmi di giustizia riparativa» e istanze garantistiche.

La considerazione del rapporto fra sistema sanzionatorio penale e giustizia riparativa, nella forma dei summenzionati «programmi» esige, infine, di affrontare alcune preoccupazioni di carattere garantistico espresse nei confronti di quei medesimi «programmi»: onde evitare il loro fungere da appiglio per una chiusura a priori verso gli strumenti delle *restorative justice* e sempre rammentando che il modello punitivo classico non assicura affatto una valida salvaguardia *sostanziale* dei diritti individuali.

³¹ Cfr. in proposito S. DOVERE, *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *Arch. pen.*, 6 giugno 2022; L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. Dir., I tematici*, vol. II, diretto da M. DONINI, *Il reato colposo*, Milano, 2021, pp. 1200 ss.

³² «Si può immaginare un rapporto che potremmo definire complementare-sostitutivo dove non solo la giustizia riparativa entra in contatto con quella punitiva, ma addirittura l'esito del percorso riparativo si sostituisce a quello punitivo»: così R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza*, cit., p. 13.

³³ Cfr. G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, ETS, Pisa, 2010.

La prima esigenza è quella di evitare qualsiasi forma di *privatizzazione* della giustizia penale. E da questo punto di vista va ribadito che il rilievo dei «programmi di giustizia riparativa», nel momento stesso in cui coinvolgono la vittima, è di ordine sociale, e non funzionale a una gestione del reato secondo le sensibilità e le aspettative della vittima stessa.

Si è temuto, a questo proposito, che l'ordinamento giuridico, spintonato verso le logiche del diritto penale del nemico, rischi di scivolare in antitesi verso un «diritto riparativo del contrito», «al servizio della gratificazione morale della vittima»³⁴. Ma ci pare di dover rilevare, in contrario, che quei «programmi» chiedano (pure) alla vittima *non poco*: innanzitutto la rinuncia a un atteggiamento di ritorsione animosa nei confronti di chi sia ritenuto autore del reato e, soprattutto, la scelta di instaurare con il medesimo un confronto che, per la vittima stessa, implica un intenso coinvolgimento emotivo e la disponibilità a una lettura non semplicistica del reato.

Non è un caso, del resto, che la soddisfazione delle vittime sia stata coltivata piuttosto, assai più superficialmente e non senza strumentalizzazioni politiche, enfatizzando, sul piano legislativo, le modalità classiche del punire e indulgendo a pressioni punitive non soltanto massmediatiche, ma perfino rappresentate, e tollerate, all'interno delle aule giudiziarie³⁵.

L'ammissione, poi, di profili ingiusti nel rapporto con la vittima da parte del soggetto di cui sopra non coincide con l'ammissione di condotte penalmente rilevanti. Né l'alternativa circa la ammissione o meno del reato costituisce, in sé, oggetto della relazione del mediatore al giudice *ex art. 57, co. 1, d.lgs. n. 150/2022*: anzi, la riforma Cartabia deliberatamente non ha ripreso il punto 30 della Raccomandazione Rec(2018)8 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa secondo cui «punto di partenza per un percorso di giustizia riparativa dovrebbe essere generalmente il riconoscimento a opera delle parti dei fatti principali della vicenda». Inoltre, non è infrequente, con riguardo a certe tipologie di reato, che emergano nel percorso di giustizia riparativa anche comportamenti inadeguati da parte della vittima.

È altresì necessario, tuttavia, che le conseguenze sanzionatorie per chi subisca una condanna penale non vengano di fatto a dipendere, nella loro entità e nella loro tipologia, dalla volontà della vittima. Come si diceva, infatti, è il significato sociale di un'elaborazione extragiudiziarica del fatto di reato che può assumere rilievo ai fini penali: non si tratta, quindi, di consegnare alla vittima il destino dell'autore di un reato.

³⁴ Così F. GIUNTA, *La giustizia "de-punitiva": contrizione e riconciliazione*, in *disCrimen*, 2 settembre 2023, p. 7.

³⁵ Sottolinea pertanto, opportunamente, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., p. 130: «nel ricercare strumenti e modelli di giustizia idonei a tenere anche conto delle esigenze delle vittime bisognerebbe, pertanto, farsi carico di distinguere fra aspettative vittimarie rispettivamente meritevoli e immeritevoli di essere assecondate». V. anche F. GIUNTA, *L'eccezione come regola*, cit., p. 137: «La logica della riparazione richiede un'applicazione sapiente, perché porta in sé il pericolo di passare dalla reintegrazione materiale dell'offesa, alla gratificazione morale dell'offeso, elevandola cioè a funzione collaterale della risposta sanzionatoria, che finirebbe per aprirsi alle componenti vendicative contro cui ha combattuto la modernità penalistica. La centralizzazione della potestà punitiva implica che si prescinda dal sentimento di giustizia dell'offeso, dalla soddisfazione che può dargli la punizione del reo».

Perciò deve ritenersi ammissibile una relazione proveniente dal mediatore della quale il giudice possa tener conto favorevolmente rispetto alla «persona indicata come autore dell'offesa» anche nel caso di totale chiusura della vittima a qualsiasi esito riparativo: conclusione, questa, che appare necessaria per ragioni sistematiche, ma che risulta conforme, altresì, al testo normativo vigente, il quale non richiede come requisito indispensabile per la valutazione giudiziaria del «programma di giustizia riparativa» (a parte quanto previsto circa la rimessione della querela) il sussistere di un esito riparativo.

Analogamente, nel caso in cui la vittima tipica non presti *ab initio* il suo consenso a un «programma di giustizia riparativa» cui la suddetta persona desidera accedere sarà da provvedersi al coinvolgimento di una vittima atipica, *ex art. 45 d.lgs. n. 150/2022*.

Posto, del resto, che i potenziali effetti giudiziari favorevoli del «programma di giustizia riparativa», o il loro mancato ottenimento, riguardano la «persona indicata come autore dell'offesa», è logico che la relazione del mediatore *ex art. 57 d.lgs. n. 150/2022* dovrà descrivere le «attività svolte» con riferimento prioritario al ruolo e all'atteggiamento assunto nell'ambito delle medesime da tale persona.

Una riserva garantistica di fondo è stata espressa, peraltro, asserendo che l'avvio del «programma di giustizia riparativa» potrebbe porsi in contrasto rispetto alla presunzione di non colpevolezza dell'imputato, specie quando la proposta di procedere in tal senso sia formulata dall'autorità giudiziaria, ai sensi dell'*art. 129-bis c.p.p.*

Emergono, da questo punto di vista, più aspetti.

Parlare in radice, circa i «programmi» in esame, di una *fuga dalla* giurisdizione sembrerebbe invero eccessivo, visto che, come si diceva, caratteristica propria di tali «programmi» è proprio quella di non sostituirsi all'esercizio della giurisdizione, sia con riguardo alla fase di cognizione, sia con riguardo alla fase esecutiva della pena. Tale presunta *fuga*, anzi, si realizza ben maggiormente con la *messa alla prova* e con il *patteggiamento*, cui non di rado fanno ricorso pure imputati che, ritenendo di avere buone ragioni per sostenere la propria innocenza, preferiscono sottrarsi all'incertezza dell'esito finale di un processo ordinario.

Come in quei casi, d'altra parte, anche rispetto ai «programmi» suddetti l'attivazione del percorso che diversifica l'iter processuale ordinario dipende da un giudizio dell'imputato o del condannato sull'opportunità di usufruirne. Non venendo comunque meno, indipendentemente dall'esito del «programma», il diritto di tale soggetto a un vaglio processuale, impugnabile, circa i presupposti delle decisioni giudiziarie da assumere (neppure può escludersi in assoluto, poi, che l'adesione a un «programma» nel corso del processo sia volto ad appianare un conflitto con la vittima, senza rinuncia dell'imputato a far valere l'irrelevanza penale dei fatti in discussione).

Più specificamente, come si diceva, il tema è stato sollevato in merito alla menzionata possibilità di iniziativa, ai fini del «programma di giustizia riparativa», da parte dell'autorità giudiziaria (come ora previsto, *ex artt. 464-bis, co. 1 e 464-ter1 c.p.p.* anche per quanto concerne la *messa alla prova*, ma con riguardo al solo pubblico ministero): il che lascerebbe pensare a una già espressa valutazione di colpevolezza nei confronti di una persona tuttora giudicanda, in spregio del principio di cui all'*art. 27, co. 2. Cost.*

Ciò tuttavia parrebbe provare troppo, in quanto implicherebbe che l'autorità giudiziaria, in tutti i casi nei quali non proponga, prima che si giunga alla decisione, l'iter riparativo, lasci intendere di considerare quella persona innocente o meritevole di un provvedimento favorevole: il che non sembra realistico. Se, inoltre, si volessero derivare tutte le conseguenze dell'argomentazione delineata, dovrebbe concludersi, per esempio, circa l'inaccettabilità del fatto che i giudici del dibattimento pervengano a una sentenza di condanna dopo aver disposto una misura cautelare nei confronti dell'imputato, tanto più in quanto ciò richiede il ritenuto riscontro di gravi indizi di colpevolezza³⁶.

Ora, il fatto è che siamo ancora lontani da un contesto sociale che faciliti l'attivazione di percorsi riparativi spontanei, i quali presuppongono una certa già sussistente capacità di interlocuzione tra la «persona indicata come autore dell'offesa» e la vittima; come pure siamo ancora lontani da una diffusa sensibilità dei patrocinatori legali in un dato processo a riflettere sul possibile sussistere di un interesse al «programma» per entrambe le parti, così da prospettare l'attivazione ai loro assistiti.

Per cui è probabile che l'implementazione dei «programmi di giustizia riparativa» non possa che transitare principalmente, almeno in una prima fase, da iniziative giudiziarie, specie per quanto concerne la fase del processo: l'autorità giudiziaria, muovendo dagli elementi che hanno motivato il sussistere stesso del procedimento, e che restano sempre sovvertibili in rapporto alla sua conclusione, appare chiamata a valutare se, nel caso in cui quegli elementi fossero per ipotesi almeno in parte confermati, potrebbero derivare dallo svolgimento del programma benefici significativi per l'imputato probabilmente non conseguibili secondo gli strumenti comuni di determinazione della pena (in termini di durata della detenzione o, per esempio, di entità della medesima tale da consentire il non ingresso in carcere). E, del pari, se grazie al programma possa risultare realisticamente anticipata la possibilità di accesso a un beneficio penitenziario.

Proprio in questo senso, semmai, va prestata particolare attenzione, come già in precedenza emergeva, a che la proposta del «programma di giustizia riparativa» non sia effettuata nei termini di un requisito aggiuntivo, e quindi come un onere reso necessario,

³⁶ Ritrovo in F. PALAZZO, *Plaidoyer*, cit, p. 444, termini espressivi analoghi circa le argomentazioni proposte dai critici dell'art. 129-bis c.p.p. (le quali, egli rileva, «tradiscono una forte diffidenza e sospetto nei confronti del giudice e delle possibili motivazioni alla base dell'esercizio di quel potere discrezionale») e, in particolare, circa il timore che l'iniziativa del giudice possa trarre motivo «da un convincimento in senso colpevolista», risultandone favorita una «formazione anticipata»: «Pare che questa obiezione provi troppo, come si suol dire: in effetti, questa critica può essere estesa a tutti gli atti del giudice implicanti una valutazione discrezionale, potenzialmente tutti inquinabili da un'anticipazione del convincimento. Non solo *in primis* i provvedimenti di natura cautelare, ma anche quelli relativi alla ammissione della prova e alla stessa direzione del dibattimento». E se mancano, in effetti indicazioni normative circa l'esercizio del potere d'iniziativa summenzionato (un po' come accade per la decisione di ammettere l'imputato alla prova nel procedimento minorile, *ex art.* 28 d.P.R. n. 448/1988), tali criteri restano pur sempre ricavabili, come s'è prospettato nel testo, da valutazioni di carattere sistematico. Osserva ancora, analogamente, F. PALAZZO, *ibidem*: «è pur vero che il potere officioso di cui all'art. 129-bis c.p.p. non esplicita nessun criterio per il suo esercizio, ma è anche vero che non è difficile desumere interpretativamente qual è lo scopo di quel potere, come del resto precisato nella Relazione illustrativa».

per ottenere quanto sarebbe conseguibile, già sulla base di altri elementi, in base alla normativa previgente.