

UNA BREVE INTRODUZIONE ALLA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELL'AMBITO DELLA GIUSTIZIA PUNITIVA (*)

di Roberto Bartoli

La giustizia riparativa è un paradigma altro da quello punitivo. Per la sua comprensione occorre quindi muovere proprio da questa alterità. L'autore, attraverso un raffronto "serrato" tra questi due paradigmi, prova a delineare i caratteri essenziali della giustizia riparativa praticata a seguito degli illeciti penali: giustizia comunitaria, giustizia dialogica, giustizia che tenta di superare il dolore cagionato dal male criminale, giustizia non violenta. Un'autentica rivoluzione soprattutto se questa giustizia viene innestata nella giustizia punitiva, rendendola complementare sul piano processuale e addirittura sostitutiva della pena sul piano sostanziale.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Giustizia riparativa e giustizia punitiva: due paradigmi a confronto. – 3. L'alto personalismo della giustizia riparativa. – 4. Perché la giustizia riparativa oggi? – 5. Il rapporto disfunzionale tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. – 6. Tipologie e modelli di rapporto tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Queste poche pagine dedicate al concetto di giustizia riparativa in ambito penalistico necessitano di una breve premessa. Originariamente l'idea era di occuparsi della riforma Cartabia, vale a dire del d.lgs. n. 150/2022, che, attuando la legge delega n. 134/2021, aveva introdotto la giustizia riparativa nel nostro sistema penale. Tuttavia, com'è noto, il nuovo Governo Meloni, il giorno prima che la riforma entrasse in vigore, ha adottato un decreto legge che ha "fatto proprio" l'intero testo del decreto legislativo, con la duplice conseguenza che la riforma Cartabia non è entrata in vigore e che tale testo è non soltanto suscettibile di modifiche in sede di conversione, ma anche, addirittura, di non conversione. Alla luce di questa situazione di incertezza, si è quindi deciso di modificare l'oggetto della riflessione, che, come accennato, sarà dedicata al concetto generale di giustizia riparativa. Non solo, ma se si considera che questa riforma non è stata preceduta da un autentico dibattito nemmeno tra i giuristi, appare opportuno che proprio questo

(*) Contributo destinato alla pubblicazione sulla Rivista *Giustizia consensuale*. Si ringraziano Direttori ed Editore per l'autorizzazione alla pubblicazione su *Sistema penale*.

periodo, che ci auguriamo di mera sospensione, possa essere impiego per chiarire e diffondere l'idea e il senso del paradigma della giustizia riparativa.

2. Giustizia riparativa e giustizia punitiva: due paradigmi a confronto.

Il punto nodale sul quale vorrei concentrare l'attenzione è il carattere autenticamente rivoluzionario che presenta la giustizia riparativa praticata all'interno del diritto penale, per la semplice ragione che il suo paradigma è nella sostanza alternativo, altro, se non addirittura "tutt'altro", rispetto a quello della giustizia punitiva.

Se la giustizia *tout court* che ruota attorno agli illeciti penali persegue l'obiettivo di (ri)creare le condizioni per una convivenza pacifica e forse, in termini ancor più ambiziosi, per ricreare le condizioni per un possibile futuro sia del reo che della vittima, tuttavia tale obiettivo è perseguito dalla giustizia riparativa in modo assolutamente diverso da come è perseguito dalla giustizia punitiva.

Anzitutto, sul piano della gestione complessiva della dinamica di giustizia: mentre infatti quella punitiva è una giustizia interamente pubblica, se non addirittura monopolisticamente statale/istituzionale, quella riparativa può essere definita invece come comunitaria/sociale, ponendo direttamente al centro gli stessi veri protagonisti del conflitto. Certo, il carattere pubblico-istituzionale della giustizia punitiva sta subendo ormai da tempo una costante erosione: si pensi all'estensione della querela, all'incremento delle condotte *lato sensu* riparatorie ed estintive del reato in fase predecisoria, nonché alle alternative alla pena e, in particolare, al carcere in fase cognitiva ed esecutiva. Fenomeno erosivo che ha ragioni molto profonde che vanno dalla crisi della statualità fino alle trasformazioni dell'afflittività. Ma al di là di questo fenomeno non solo l'idea di fondo, ma anche la stessa attuazione concreta di tale idea si basano sulla assoluta centralità dello Stato.

La giustizia riparativa è gestita in modo completamente diverso. Essa infatti non solo si de-formalizza, ma addirittura si de-istituzionalizza, creando uno spazio all'interno del quale operano direttamente gli stessi protagonisti della vicenda criminosa al fine di, se non "risolvere" il conflitto, quanto meno aprire un confronto su di esso. Qualcuno potrebbe ritenere che si tratti allora di una giustizia a carattere privato, ma sarebbe un grave errore, perché, come vedremo meglio, la gestione del conflitto non diviene una "questione privata a due" che coinvolge soltanto autore e vittima, ma vede l'intervento anche di altri soggetti, come il mediatore e persone espressione della stessa comunità, a cominciare dai familiari, la partecipazione dei quali consente di creare quella dimensione sociale che sta alla base della stessa idea di giustizia. Inoltre, l'attività di mediazione avviene all'interno di una tavola di valori che costituisce un impianto predefinito – per così dire – indisponibile dai soggetti coinvolti, per cui l'attività mediativa presuppone in partenza un riconoscimento di responsabilità da parte dell'autore che potremmo definire "verità oggettiva", spostandosi e concentrandosi poi sulla dimensione soggettiva/relazionale.

In secondo luogo, e conseguentemente, diversi sono gli attori e le loro funzioni. Nella giustizia punitiva i protagonisti sono il pubblico ministero, il difensore e il giudice mentre autore e vittima vengono nella sostanza totalmente estromessi, visto che l'autore, inevitabilmente silente per ragioni di garanzia, è rappresentato dal difensore, mentre la vittima può entrare in gioco soltanto come testimone: insomma autore e vittima rispetto alla vicenda umana e personale che sta dentro e dietro al fatto di reato sono repressi e tacciono. Circa la comunità potremmo dire che è presente, ma si formalizza e si istituzionalizza nello Stato, con la conseguenza che la comunità sociale e sostanziale alla fine è bandita come lo sono autore e vittima. Inoltre, pubblico ministero e difensore sono caratterizzati da una indiscussa parzialità e si confrontano in un rapporto dialettico dove però, più che dialogare, si accentua l'unilateralità e la parzialità delle rispettive posizioni, venendosi così a creare tensioni e a riprodursi conflittualità. Il giudice svolge invece una funzione terza, caratterizzata da imparzialità, vale a dire non solo da equidistanza, ma anche da fisiologico distacco, nel senso che – per così dire – non può mai mettersi dalla parte di qualcuno. Punto fondamentale è che tutti questi soggetti operano in un ambito giuridico fortemente formalizzato e proceduralizzato: potremmo dire che la conflittualità derivante dal reato suscettibile di generare ulteriori violenze e ritorsioni, viene trasformata, anche per ragioni di garanzia, in una conflittualità verbale e argomentativa proceduralizzata.

Nella giustizia riparativa protagonisti sono *in primis* l'autore e la vittima, nonché, come accennato, il mediatore e la comunità. Al di là delle varie tecniche mediative che possono essere adottate, nella sostanza autore e vittima si confrontano direttamente e liberamente senza alcun filtro formale, ponendo al centro la dimensione relazionale. Il mediatore sta senza dubbio fuori dalla tensione, ma non è lì per giudicare o valutare, non si erge al di sopra delle parti, ma si colloca nel mezzo in posizione paritaria al fine di agevolare l'emersione dell'accaduto, il vissuto, favorendo un percorso che ha come mezzo il dialogo e come obiettivo un punto di incontro che dovrebbe determinare nella sostanza un reciproco riconoscimento. Il mediatore può anche prendere di volta in volta una posizione, ma solo al fine di stemperare tensioni, attenuare le ostilità, sciogliere nodi e aprire al confronto, con la conseguenza che se una delle parti si irrigidisce è del tutto normale che il mediatore si concentri su quella per distendere e dischiudere, creando una sorta di via di uscita: il mediatore sta dalla parte del confronto. Infine, alla mediazione partecipa anche la comunità, vale a dire soggetti estranei al conflitto ma in qualche ad esso legati, non solo perché anche la comunità è in un certo qual modo vittima dell'accaduto, ma anche perché è la realtà all'interno della quale il conflitto si è verificato, potendo custodire cause e subendone gli effetti.

In terzo luogo, cambia lo stesso concetto di disvalore del fatto, facendosi non soltanto oggettivo/valoriale, ma anche personalistico. Nella giustizia punitiva, il disvalore del fatto è definito dalla fattispecie incriminatrice e finisce per essere interamente valoriale. Il fatto è descritto dalla legge in modo dettagliato ed esprime un disvalore rispetto al quale si colloca un valore oggetto di tutela. Si potrebbe parlare anche di un disvalore astratto se non addirittura simbolico. Non solo, ma attraverso questa astrattezza si assiste anche a un fenomeno di

pubblicizzazione/personalizzazione di tutti i beni, anche di quelli che appartengono esclusivamente alle persone: certo, la vittima c'è con i suoi interessi concreti offesi, ma questa dimensione concreta degli interessi in realtà passa in secondo piano. Lo Stato finisce così per "appropriarsi" del valore e del disvalore, mentre l'interesse concreto della vittima viene del tutto estromesso. Tant'è vero che nelle dinamiche del processo penale, ancorché costituitasi parte civile, la vittima esce di scena e se vuole un riconoscimento deve trovarlo su un altro piano, quello civilistico, con riferimento al danno, il quale, anche là dove riferito ad aspetti che vanno al di là del lucro cessante e del danno emergente, si traduce sempre su un piano economico-patrimoniale che è comunque disomogeneo rispetto all'offesa personalistica subita attraverso la realizzazione del reato. Insomma, si assiste a una netta separazione tra penale pubblico e civile (non penale), con la conseguenza che rispetto alla vicenda criminosa l'offesa concreta alla persona non ha alcun rilievo.

Ancora una volta, le cose stanno in termini diversi nella giustizia riparativa. Attenzione: come accennato e come non ci stancheremo mai di ribadire, non si è in presenza di una dimensione privatistica. Il confronto avviene in un ambito valoriale prestabilito ovvero risulta chiaro ed evidente chi è autore e chi vittima, chi ha offeso e chi ha subito l'offesa, "chi ha ragione e chi ha torto", altrimenti si perderebbe il carattere assiologico dell'intero sistema. Piuttosto, definite fin da subito le responsabilità e quindi il posizionamento dei protagonisti, il conflitto viene affrontato in termini sostanziali, vale a dire, andando oltre la dimensione astratta valoriale, per incarnarla nella realtà personalistica e relazionale dei protagonisti. Ecco allora che nella giustizia riparativa si va oltre il fatto tipico e si apre al conflitto, alle sue cause, ai suoi effetti. Di più: nella giustizia riparativa finisce per emergere un altro disvalore molto più complesso, un disvalore per l'appunto "reale", che non abbiamo timore a definire la "sofferenza criminale" realizzata dall'autore e subita dalla vittima, destinata a coinvolgere anche lo stesso autore del reato. Detto in altri termini, mentre nella giustizia punitiva tutto si sposta sul piano giuridico, fattuale e valoriale, nella giustizia riparativa ci si concentra sulle persone, sulla relazione, sulle cause e sugli effetti del reato nella vita concreta della vittima e dell'autore. Non è quindi uno stare dalla parte della vittima in termini di valori astratti, che porta poi alla logica vendicativa; né un agevolare l'autore affinché se la cavi con una lettera di perdono, ma è muovere dal dolore intimo e profondo cagionato dalla vicenda criminosa alla vittima, con il quale l'autore deve necessariamente confrontarsi affinché si possa creare le condizioni per una elaborazione di questo dolore.

Ma soprattutto, la diversità maggiormente significativa sta nelle conseguenze. Nella giustizia punitiva la pena è afflittiva, e afflizione significa in definitiva violenza, vale a dire esercizio di una forza fisica che coinvolge direttamente la persona dell'autore, senza che si produca alcuna conseguenza nei confronti della vittima. Nella giustizia riparativa, invece, l'esito non ha nulla a che vedere non solo con l'afflizione, ma nemmeno con la logica riparatrice: di più la logica riparativa disattiva la stessa logica sanzionatoria che alla fin fine si basa sul concetto di coercizione. Certo, può accadere che all'interno della dinamica mediativa l'autore "offra" condotte riparatrici

alla vittima, ma queste trovano la loro genesi nel confronto, spesse volte più offerte che richieste, ma mai pretese, potendo essere realizzate soltanto attraverso la spontaneità dell'autore; insomma, queste condotte non saranno mai coartate là dove l'autore non adempia, mentre l'inadempimento costituirà ragione per concludere che la mediazione non è andata a buon fine. In particolare, l'esito finale della mediazione può essere definito come un reciproco riconoscimento, visto che il reato e la conflittualità si basano proprio sul reciproco disconoscimento: l'autore disconosce la persona della vittima attraverso la realizzazione del reato, ma anche la vittima, inevitabilmente e conseguentemente, disconosce la persona dell'autore del reato in quanto per l'appunto produttore di sofferenza, con il risultato finale che il rapporto tra queste persone è dissolto, lacerato. Soltanto il reciproco riconoscimento della persona che è nell'altro può consentire di "rammendare", ricucire lo strappo e rigenerare non solo una nuova relazione, ma anche se stessi.

3. L'alto personalismo della giustizia riparativa.

La mediazione è stata definita una giustizia alta¹. Questa altezza si coglie sotto molteplici profili. Alta perché pone al centro ciò che costituisce il cuore della giustizia, vale a dire la persona, sia dell'autore che della vittima, ma ancora più precisamente la relazione interpersonale tra autore e vittima, o meglio, tutte le persone coinvolte nel reato nella loro dinamica relazionale, alfa e omega di questa visione di giustizia. Alta anche perché impegna l'uomo alla più alta considerazione ed espressione di sé, potremmo dire a una elevazione rispetto al degrado della vicenda criminosa, all'imprigionamento che essa comporta, alla conflittualità, al dolore. Il conflitto logora, abbrutisce, indurisce, induce alla massima espressione di sé con negazione delle ragioni dell'altro. La mediazione innalza, eleva perché nel prendere il distacco dal conflitto e dalle proprie ragioni apre alla dimensione dell'altro. Alta quindi anche perché guarda dall'alto e guardando dall'alto guarda oltre, in termini autenticamente rigenerativi per tutti i soggetti, una rigenerazione del rapporto con l'altro, ma anche una rigenerazione di sé attraverso l'altro, ciò che ancora una volta potremmo definire il cuore della giuridicità.

In ambito penalistico questa altezza della giustizia riparativa si fa vertiginosa. Ancora una volta il paragone con la giustizia punitiva aiuta a comprendere. La giustizia punitiva tende prevalentemente alla stabilizzazione sociale ed ha quindi come punto di riferimento primario non tanto l'autore, ma la collettività: da qui la prevenzione generale come fondamento basilare del diritto penale. Certo, poi interviene anche la retribuzione che in qualche modo devia la pena dalla generalità all'individuo, ma la retribuzione, a ben vedere, non ha nulla a che fare con il vero e proprio personalismo, perché nella retribuzione il reo non viene concepito come persona in carne ed ossa, ma come uomo o meglio idea e concetto di uomo.

¹ M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Milano, 2022.

L'operazione di corrispondenza della retribuzione, a ben vedere, comporta ancora una volta una scissione tra l'astrattismo giuridico-penalistico e la "carnalità" dei protagonisti. Non è un caso infatti che la recente attenzione dedicata alla vittima sia in prevalenza del tutto strumentale, diretta cioè a soffiare sulle istanze retributive per innescare logiche vendicatorie, con lo scopo finale di rafforzare la prevenzione generale e quindi la politica e i detentori del potere, i quali divengono veicolo aizzante dell'istanze vendicatorie, mascherandosi però come un loro argine. Ecco allora che, a ben vedere, la logica che sostiene la giustizia punitiva finisce per andare addirittura oltre quella vendicatoria e per basarsi sul capro espiatorio: gli stessi autori e vittime finiscono per essere strumentalizzati verso finalità che attengono alla collettività, per costituire un monito e disincentivare la realizzazione dei fatti, riaffermando così la legittimazione del monopolio della violenza nelle mani pubbliche. Certo, poi il sistema improvvisamente e modernamente vira ancora una volta, e stavolta davvero, verso la persona del reo attraverso la prevenzione speciale. Ma a ben vedere, il concetto di prevenzione speciale è altamente problematico, direi strutturalmente ambiguo: da un lato, significa senz'altro porre un freno alla logica eliminatoria che contraddistingue il diritto penale e quindi si orienta nel senso della personalizzazione, dell'inclusione, del rafforzamento del rapporto del reo con la società; ma, dall'altro lato, il deficit specialpreventivo o la ritenuta mancata rieducazione/risocializzazione spingono per protrarre l'esecuzione ben oltre la proporzione. Più di recente si tende addirittura a confondere la prevenzione speciale con la pericolosità sociale: meglio, invece di leggere la pericolosità sociale in termini specialpreventivi, come difetto di socializzazione, si legge la prevenzione speciale in termini di pericolosità sociale, per cui colui che presenta un deficit specialpreventivo si valuta come probabile autore di nuovi reati. Inoltre, anche quando della rieducazione si valorizza la componente personalistica, la persona del reo viene messa a confronto con una generica e impersonale realtà sociale, finendo così per emergere un personalismo più individuale che inter-relazionale, paradossalmente caratterizzato da spersonalizzazione e astrattezza.

Altro e alto è invece l'obiettivo della giustizia riparativa perché essa è espressione di un autentico personalismo, non solo perché valorizza al massimo le persone dei singoli, ma anche perché le valorizza per l'appunto nella dimensione relazionale. Insomma, punto di riferimento della giustizia riparativa non è soltanto la persona del reo, ma anche quella della vittima: di più, ha come punto di riferimento la persona in termini di relazione con l'altro e quindi le persone nella loro relazione concreta. Muovendo dalla verità dei fatti e quindi dal riconoscimento delle responsabilità, la giustizia riparativa si sposta verso la verità dell'altro, verso il riconoscimento dell'altro.

Molto complesso quindi il percorso mediativo che deve essere svolto e soprattutto guidato a questa altezza che potremmo definire liberatoria e rigenerante². Nella giustizia punitiva l'autore viene inchiodato a quel fatto, imprigionato a quanto accaduto, per cui tutta la vita precedente si esaurisce in quel fatto e tutta la vita futura

² G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017.

deve portarsi dietro quel fatto, la sua macchia e il suo stigma. Non è possibile uscirne, anzi, si resta per sempre incatenati a quella qualifica di autore, reo, colpevole in modo tale che possa marchiare per sempre la persona che quindi non si può mai rigenerare: dalla responsabilità per ciò che si è fatto si passa alla responsabilità per ciò che attraverso quel fatto si è diventati ovvero si è. Lo stesso tempo si ferma a quel fatto e da quel momento non ci si può più distaccare o allontanare nonostante che trascorrano gli anni. La stessa cosa vale per la vittima che resta avviluppata a quell'episodio, si porta dentro il dolore, che a sua volta genera rancore, come un veleno che tutti i giorni logora, consuma, condiziona. Dinamiche psicologiche complessissime, nutrite da automatici sensi di colpa, spingono a restare impigliati nella vicenda.

La mediazione si pone nella prospettiva di superare, di liberarsi, di rigenerarsi. In ultima analisi, non ha senso parlare di una mediazione praticata a vantaggio della vittima o dell'autore, perché il "vantaggio" è per entrambi, giocandosi su un piano altro rispetto al sé e destinato a ritornare al sé rinnovandolo. Non solo, ma proprio attraverso la rielaborazione del vissuto e il superamento del conflitto, la mediazione dona se non l'oblio, comunque la possibilità di una memoria ben diversa dal rivivere costantemente l'accaduto.

Ecco che fanno sorridere i tentativi di ricondurre la giustizia riparativa alla deflazione giudiziaria, oppure alla riparazione che risarcisce la ferita oppure alla rieducazione del reo: la giustizia riparativa fuoriesce da queste logiche per determinare una rigenerazione esistenziale che passa dalla rigenerazione concreta della dimensione relazionale. Emerge così il vero e proprio concetto di autoresponsabilità che non può che muovere dalla relazione vera e concreta con l'altro: autoresponsabilità come assunzione e presa in carico e quindi piena consapevolezza del significato e delle conseguenze del proprio agire attraverso la relazione con l'altro.

4. Perché la giustizia riparativa oggi?

Certo, l'impulso della Ministra Cartabia è stato senz'altro decisivo. Tema da lei conosciuto e sviluppato per sue convinzioni anche personali che trascendono la stessa dimensione culturale³. Quindi inevitabile che una volta divenuta Ministra si prodigasse per una riforma così significativa. Così come decisivo è il movimento a livello europeo e internazionale che si è tradotto in atti normativi destinati a spingere verso l'adozione di strumenti riparativi.

Ma questa congiuntura favorevole altro non è che l'epilogo di un movimento molto più profondo. Anzitutto, non solo e non tanto crisi della pena carceraria, ma per l'appunto proprio crisi della giustizia punitiva, dell'afflizione, della violenza che sta alla base della pena. Nonostante tutta l'ideologia e la propaganda stalistica che vorrebbe contrapporre la giustizia punitiva alla vendetta, anche la giustizia punitiva è imprigionata in logiche vendicatorie. Insomma, ci scagliamo contro la vendetta privata

³ V. M. CARTABIA – A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano, 2020.

e ci scandalizziamo, ma poi la giustizia pubblica è anch'essa giustizia vendicativa: muta il vendicatore, ma la sostanza di impiego di violenza è sempre la stessa. Ed in ogni forma di vendetta, vale a dire di violenza si annida il germe dell'ingiustizia, anche quando si tratta del più legittimo esercizio della violenza capace di rispettare al meglio tutti i principi di garanzia: lo stesso pizzicotto ha in sé un qualcosa di disumano e degradante.

Inoltre, e direi parallelamente, crisi dello statalismo, dell'idea che tutto nasca e muoia per volere dello Stato. Non ci sembra esagerato affermare che siamo appena agli inizi di una ridefinizione della statualità a favore della società: fattasi assoluta con i totalitarismi e gli autoritarismi del primo Novecento, ma con segni di crisi già all'inizio del Novecento, la statualità, se durante il secondo Novecento ha iniziato a conoscere una riduzione della centralità, con l'inizio del nuovo millennio ha subito i primi reali ed effettivi ridimensionamenti: per quanto riguarda il diritto penale, si pensi al coinvolgimento della società richiesto per l'esecuzione delle misure alternative al carcere. Più in generale si pensi ai principi di sussidiarietà verticale e orizzontale.

Ed ancora, indubbe radici ebraico-cristiane⁴. Anche su questo punto occorre essere chiari. La giustizia riparativa non ha nulla di religioso e non ha nulla a che vedere con la logica del perdono: individualmente ci può stare ma non è questo l'obiettivo della giustizia riparativa. Con il cristianesimo la giustizia riparativa condivide senz'altro la forte istanza interrelazionale, il confronto diretto e concreto con l'altro e l'apertura all'altro.

Infine, un contributo fondamentale è stato dato anche dal costituzionalismo, dai principi in esso sanciti che hanno portato a vedere i temi della giustizia penale in termini per l'appunto del tutto nuovi e dirimpenti. Certo, la giustizia riparativa non è incompatibile con la rieducazione. Ma come accennato la prospettiva è ben altra. Motore è stato quel personalismo che spinge a vedere ogni singolo individuo in carne ed ossa nella sua specificità e irripetibilità e se questo personalismo è stato fondamentale per formulare le garanzie a favore del reo, adesso lo si può e lo si deve leggere anche nella prospettiva della vittima, coinvolta per l'appunto con la sua persona in carne ed ossa nella vicenda criminosa. Ed è tale persona che deve essere presa in considerazione. Ma anche il principio di eguaglianza sostanziale assume un valore fondamentale, nella parte in cui attribuisce allo Stato il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona. Ebbene, il conflitto del reato, come anche le sue cause e i suoi effetti, costituiscono i maggiori ostacoli al pieno sviluppo della persona ed è su questo conflitto trascurato completamente dalla giustizia punitiva e dallo Stato che agisce la giustizia riparativa. Ecco la trasformazione della dimensione statale, che invece di farsi protagonista della vicenda punitiva che ignora i protagonisti del conflitto, si ritrae e si pone davvero al servizio delle persone, ripensando il proprio ruolo e le proprie attività.

⁴ C.M. MARTINI, *Non è giustizia. La colpa, il carcere e la parola*, Milano, 2003; C.M. MARTINI – G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003.

A ben vedere, ancora più a fondo, alla base della giustizia riparativa sta addirittura forse un mutamento a carattere antropologico, per cui dal diritto punitivo che muove dall'idea di una relazione tra gli uomini fondata sulla sfiducia, sul male che può essere fatto, sulla necessaria aggressività dalla quale ci si deve difendere, si passa a una giustizia riparativa che muove invece dall'idea di una relazione tra uomini basata sulla fiducia, sul bene che può essere fatto, sulla aggressività come episodio di crisi che costituisce occasione per rigenerare e rafforzare il sé e le relazioni, meglio, il sé mediante la relazione⁵.

Utopia? Romanticismo? Ingenua illusione? Il punto vero è che si tratta di una realtà che appartiene già alla nostra società, nel senso che gli stessi protagonisti del conflitto si sono resi più volte storicamente protagonisti di percorsi di mediazione: ciò significa che, volenti o nolenti, la giustizia riparativa esiste, è sempre esistita ed esisterà sempre⁶. Insomma, l'introduzione della giustizia riparativa suona come il riconoscimento di una giustizia espressiva della più alta civilizzazione che non essendo più basata sulla risposta violenta consente una piena realizzazione delle persone: insomma, mentre la giustizia punitiva divide, quella riparativa unisce.

5. Il rapporto disfunzionale tra giustizia riparativa e giustizia punitiva.

Se mettiamo assieme tutti questi caratteri della giustizia riparativa, è agevole rendersi conto che tra giustizia punitiva e giustizia riparativa esiste un vero e proprio rapporto distonico e disfunzionale, potremmo dire di sostanziale alterità, se non addirittura d'incompatibilità: insomma, se c'è l'una non può esserci l'altra, o si punisce o si dialoga. Mentre in ambito civile la mediazione è una giustizia altra, ma funzionale alla stessa logica del diritto civile che disciplina la libertà delle parti in prospettiva di un accordo, in ambito penalistico quella riparativa è una giustizia tutt'altra e quindi del tutto disfunzionale rispetto alle logiche punitive.

In particolare, per quanto riguarda il carattere altro ma funzionale della giustizia riparativa in ambito civile, occorre muovere dalla circostanza che lo stesso diritto civile presenta in sé caratteri destinati a creare tensione e conflittualità, anche nell'ipotesi in cui un soggetto avanzi una pretesa del tutto legittima: «il diritto non si sostiene che col tono della rivendicazione; e quando questo tono è adottato, la forza non è lontana, è subito dietro, per confermarlo, se no sarebbe ridicolo»⁷.

Ecco che la mediazione si presenta come una giustizia altra, perché invece di creare le condizioni per la tensione e per la rivendicazione, crea le condizioni per lo

⁵ Cfr. L. EUSEBI, *Introduzione. Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene*, in Id. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015, 3 ss.; G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Milano, 2017; T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021.

⁶ G. BERTAGNA – A. CERETTI – C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, 2015.

⁷ S. WEIL, *La persona e il sacro*, in Id., *Morale e letteratura*, Pisa, 1990, 49.

stemperamento della tensione, per l'attenuazione della pretesa, per cui la propria pretesa non può che passare dalle ragioni dell'altro, dal loro ascolto e dalla loro comprensione⁸.

Del resto, pur essendo altra, la mediazione è funzionale al diritto civile, perché il diritto civile vive della centralità delle persone a prescindere da un contatto giurisdizionale, e ciò sia quando il diritto è fisiologico, nel senso che viene impiegato per esercitare le libertà di ognuno al fine di arrivare a un accordo che consenta vantaggi per tutti, sia quando è patologico, perché le parti, anche in presenza di un illecito, sia esso contrattuale o extracontrattuale, possono sempre raggiungere un accordo a prescindere dalla giurisdizione. Ecco che in ambito civilistico la mediazione può entrare in ogni momento in gioco al fine di stemperare la tensione e la conflittualità sostanziale e di creare i presupposti che portano poi all'incontro delle volontà.

In ambito penale le cose stanno in modo decisamente diverso. Il diritto penale si basa su un conflitto deliberato, su un'aggressione unilaterale che oltretutto, come osservato più volte, offende in modo rilevante interessi meritevoli di tutela: il diritto penale pone limiti alla libertà il superamento dei quali comporta un'offesa inaccettabile di interessi rilevanti. Certo, questa aggressione può avere anche cause, ma non è detto che ce l'abbia. E anche quando ha cause, il fatto è tale da determinare un indubbio dislivello tra autore e vittima: insomma, chi si è preso il pugno senza una causa di giustificazione è per l'appunto vittima. E nel momento in cui la giustizia riparativa apre uno spazio di confronto paritario che sposta dall'oggettivo al personalistico, si determina una realtà di confronto che è disfunzionale non soltanto all'idea di giustizia punitiva, ma prima ancora alla valenza del precetto che non può che essere accompagnato da una sanzione afflittiva.

Ecco che in ambito penalistico si pone un'esigenza del tutto particolare, che se non incide sul concetto di mediazione e di giustizia riparativa come giustizia altra identica per qualsiasi conflitto, tuttavia aggiunge una problematica per certi aspetti sconosciuta all'ambito civile: si tratta del tema del rapporto che può intercorrere tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. Con la conseguenza che, come vedremo tra poco, in ambito penalistico la giustizia riparativa assume un'articolazione molto più complessa, ricomprendendo al proprio interno anche una disciplina che consenta alla giustizia riparativa di innestarsi all'interno della giustizia penale.

6. Tipologie e modelli di rapporto tra giustizia riparativa e giustizia punitiva.

Il rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa è un tema propriamente giuridico, decisamente tecnico⁹.

⁸ S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in *Giustizia consensuale*, 1/2021, 3 ss.; P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, *ibidem*, 15 ss.

⁹ V. per tutti F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. Mannozi – G.A. Lodigiani (a cura di),

Anzitutto, si potrebbe pensare a una sostituzione “totale” della giustizia punitiva con quella riparativa: insomma, così come la giustizia punitiva moderna non ha riconosciuto alcuno spazio alla giustizia riparativa, adesso la giustizia riparativa potrebbe – per così dire – soppiantare la giustizia punitiva. Ebbene, una strada del genere, pur essendo del tutto legittima, risulta oggi impraticabile, ma forse anche utopica. La giustizia punitiva è uno strumento di stabilizzazione e conservazione della comunità: la previsione di comportamenti che non si devono realizzare non può che essere accompagnata dalla prospettazione di conseguenze negative, vale a dire da pene, derivanti dalla realizzazione di quei comportamenti e una società che non minacciasse afflizione sarebbe destinata a dissolversi.

In secondo luogo, può accadere che tra giustizia punitiva e giustizia riparativa non vi sia alcuna relazione, per cui si tratta di realtà che non s’incrociano mai, procedendo entrambe su binari paralleli. Alla fin fine, come già accennato, è quanto avvenuto per tutti questi anni dove la mediazione ha senz’altro operato, ma nella sostanza al di fuori di un vero e proprio raccordo con il sistema penale statale. Ed infatti, com’è noto, la mediazione è già oggi prevista nei contenuti della messa alla prova minorile e degli adulti, nel sistema penale del giudice di pace e in fase esecutiva, ma si tratta di previsioni importanti per il tempo in cui furono inserite, ma più di facciata, “*naïf*”, perché prive di una disciplina, rendendo così la mediazione meramente accessoria.

Tuttavia, la grande sfida sta proprio nella costruzione di un rapporto di interazione che per l’appunto innesti la giustizia riparativa all’interno della giustizia punitiva. La giustizia riparativa, lo ribadiamo, non può che presupporre una tavola di valori che definisce in termini netti l’autore e la vittima, l’aggressore e l’agredito, l’ingiusto e il giusto, vale a dire nella sostanza precetti accompagnati da pene. Inoltre, si deve considerare che essendo totalmente consensuale, una volta attivato il percorso di giustizia riparativa può sempre fallire. Ecco allora che l’ordinamento non può lasciare la vicenda – per così dire – aperta e irrisolta e a chiuderla non può che intervenire la giustizia punitiva.

In termini ancora più generali e profondi si deve registrare come ormai il nostro sistema punitivo si vada sempre più configurando come una sorta di sistema strutturalmente bifasico, caratterizzato da una pena astratta, minacciata, propria della comminatoria edittale e da una risposta in concreto che sempre di più consiste in un qualcosa di diverso dalla pena minacciata. In estrema sintesi, questo processo di progressiva depenalizzazione in concreto, se così si può dire, è iniziato già alla fine dell’Ottocento con l’istituto della sospensione condizionale della pena operante in fase di cognizione, poi si è esteso alla metà degli anni Settanta del secolo scorso alla fase dell’esecuzione con le misure alternative, per tornare a manifestarsi agli inizi degli anni Ottanta all’interno della fase della cognizione con la previsione delle sanzioni c.d. sostitutive e dall’inizio del nuovo Millennio ha riguardato anche e soprattutto la fase pre-decisoria: messa alla prova degli adulti, una notevole varietà di condotte

Giustizia riparativa, Bologna, 2015, 67 ss.; ID., *Sanzione e riparazione all’interno dell’ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Pol. dir.* 2017, 349 ss.

riparatorie estintive del reato disseminate in vari istituti di parte generale e speciale. Ebbene, anche la giustizia riparativa, oltretutto paradigma altro rispetto alla giustizia punitiva, può intervenire a ridurre l'ambito applicativo della pena in concreto, dando luogo a una risposta non solo diversa da quella punitiva, ma nemmeno sanzionatoria.

Muovendosi su questa strada di interazione tra punitivo e riparativo, l'idea di fondo è che dopo la realizzazione del reato e durante il procedimento o comunque in vista della sua attivazione, la giustizia riparativa si possa innestare su quella punitiva venendosi a creare uno spazio all'interno del quale autore e vittima si confrontano direttamente: la giustizia punitiva si sospende, per dare spazio alla giustizia riparativa; così come, se la giustizia riparativa fallisce, la giustizia punitiva non può che riprendere il suo corso.

Davanti a questo scenario, da un punto di vista giuridico i passaggi maggiormente delicati attengono al momento iniziale e a quello finale. Circa il momento iniziale, se, da un lato, è fondamentale il consenso di autore e vittima, dall'altro lato, deve esservi un momento in cui gli attori della giustizia punitiva (pubblico ministero, avvocati, giudice) aprono alla possibilità della giustizia riparativa. Circa il momento finale, forse il più problematico, si pongono alcune questioni di fondo così sintetizzabili: in cosa deve consistere l'esito positivo che chiude il percorso mediativo oggetto di valutazione da parte del mediatore? Che rapporto si viene a delineare tra l'esito positivo "accertato" dal mediatore e la giurisdizione: il giudice ratifica oppure può compiere a sua volta una valutazione ulteriore? Infine, che valenza dare all'esito positivo della mediazione: soppianta qualsiasi conseguenza della giustizia punitiva oppure la attenua?

Premesso che dal punto di vista processuale la giustizia riparativa risulta necessariamente "complementare" rispetto a quella punitiva, sul piano sostanziale si possono delineare due grandi modelli di fondo. Da un lato, vi può essere un modello che potremmo definire sostitutivo, per cui l'esito positivo della mediazione determina nella sostanza la non punibilità del fatto. In questa prospettiva, risulta funzionale un'attenta selezione dei reati, avuto riguardo soprattutto alla relazione tra autore e vittima; inoltre, è coerente con questa impostazione fare operare la giustizia riparativa in una fase particolarmente anticipata del procedimento.

Dall'altro lato, vi può essere un modello che invece potremmo definire complementare non solo sul piano processuale, ma anche su quello sostanziale, per cui l'esito positivo determina una diminuzione quantitativa della pena. In questa prospettiva, la giustizia riparativa può operare rispetto a qualsiasi reato, come anche in ogni stato e grado del procedimento penale.

Il primo modello è perfettamente coerente con l'idea della giustizia riparativa, valorizzandone il carattere alternativo; inoltre, in virtù della selezione dei reati, consente una maggiore cautela nella introduzione e nella gestione di questo sistema avuto riguardo sia all'opportunità politica sia alla diffusione e consolidamento non solo della cultura mediativa nella società e tra gli operatori giuridici, ma anche – forse potremmo dire soprattutto – delle competenze che devono possedere le figure centrali dei mediatori.

Il secondo modello valorizza invece la capacità della giustizia riparativa di raggiungere il risultato sostanziale del superamento del conflitto, risultato che alla fin fine non dipende dalla tipologia di reato, non potendosi non sottolineare come la permanenza della punizione sia comunque disfunzionale all'idea della giustizia riparativa; inoltre, comportando un'applicazione molto ampia, richiede una cultura e competenze mediative già diffuse e consolidate; tuttavia sul piano della opportunità politica consente comunque di raggiungere un interessante compromesso, perché l'esito resta quello della punizione che però viene attenuata.

Modelli che, lo diciamo subito, non sono tra di loro incompatibili, anzi.

7. Conclusioni.

La prima riguarda il fondamento ultimo della giustizia riparativa. Ebbene, non c'è nulla da fare, il fondamento ultimo della giustizia riparativa a me pare la fraternità, se non addirittura l'amore, da concepire al di fuori di qualsiasi sentimentalismo, ma come atto che non esito a definire laicamente spirituale¹⁰. Lo so e comprendo: questa affermazione genera scandalo e non può che essere così. Si può tradurre in termini di solidarietà oppure di fiducia, se fa dormire sonni più tranquilli, ma è indubbio che alla base della giustizia riparativa vi sia nella sostanza un'apertura reale e sostanziale verso l'altro, una negazione del sé per fare spazio alle istanze dell'altro, come anche una rigenerazione di sé mediante la dischiusura verso l'altro. Che lo si voglia mutuare dal messaggio cristiano e soprattutto evangelico o lo si voglia laicizzare o ricondurre a qualsiasi credenza oppure sterilizzare da qualsiasi connotato spirituale, fatto sta che alla base della giustizia riparativa sta non solo un concetto, ma soprattutto una pratica che implica un coinvolgimento empatico della propria persona nei confronti dell'altra e viceversa. Riemergendo oltretutto quel principio di fraternità, che tra i tre affermati con forza dalla Rivoluzione francese, è stato quello più negletto e meno sviluppato¹¹.

Seconda considerazione. I rischi sono enormi. Da un lato, il discorso sulla giustizia riparativa è stato finora un discorso di nicchia e la sua introduzione nel nostro ordinamento finisce per essere traumatica: forse, considerati gli odierni venti giustizialisti, la giustizia riparativa non poteva che essere introdotta così, con una sorta di colpo di mano da congiuntura favorevole e forse anche irripetibile, ma c'è da compiere un lavoro enorme perché essa penetri e si diffonda nella cultura della nostra società. Dall'altro lato, i rischi maggiori sembrano risiedere nella circostanza che al momento non esistono mediatori a sufficienza, sia sul piano quantitativo che qualitativo, per operare correttamente, non potendosi dimenticare che la giustizia riparativa è la forma di giustizia più delicata che si possa pensare e praticare, proprio perché mette in gioco la persona, con la conseguenza che il suo fallimento dal punto di

¹⁰ In versione più religiosa, cfr. L. EUSEBI, *La fraternità ferita: colpa, pena, giustizia riparativa*, in R. Ragonese (a cura di), *Fraternità ferita e riconciliazione*, Milano, 2017, 42 ss.

¹¹ E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2005.

vista “tecnico” e della gestione costituisce una sorta di gravissimo tradimento. Insomma, potrà apparire paradossale, ma l’ingiustizia della giustizia punitiva, dalla quale ci si può difendere oggi con tanti mezzi, è un’ingiustizia che attiene a un sistema che nella sostanza ha sempre in sé connotati e rischi di ingiustizia, e non è una caso che la prospettiva sia quella per l’appunto di “difendersi”; diversamente, la giustizia riparativa è una giustizia altra, che ambiziosamente muove in una prospettiva di “autentica” giustizia, perché coinvolge direttamente e pienamente la persona, inducendola ad aprirsi e ad affidarsi, con la conseguenza che una sua *mala gestio* significa annichilire le persone, soprattutto le vittime.

Terza considerazione. Per evitare tutto questo occorre che sia definito con estremo rigore scientifico lo statuto epistemologico della giustizia riparativa che si vorrà praticare, uno statuto che non può essere ridotto al “volemose bene”, né a quello dell’accordo tanto per chiudere, ma che deve spingersi a una cura faticosa e complessa della relazione. Con l’ulteriore conseguenza che sarà fondamentale la formazione, la quale o sarà altissima, anche universitaria, oppure la giustizia riparativa sarà destinata a fallire.

Ultima considerazione. Quale può essere l’iconografia della giustizia riparativa? Me lo domando da anni. A ben vedere non esiste. Ciò che si avvicina maggiormente è il ginocchio scoperto indicato da Sbriccoli, ma è ben altra cosa¹². Forse, si dovrebbe risalire alle figure della Giustizia di Giotto e di Lorenzetti, là dove la giustizia distributiva e quella commutativa non sono da ricondurre, come si fa oggi, rispettivamente al diritto penale e al diritto civile, potendosi osservare piuttosto come prima dell’affermazione del potere punitivo statale la stessa giustizia commutativa potesse essere riferita anche ai gravi illeciti “valoriali”, mentre quella distributiva al piano religioso¹³, non potendosi dimenticare come anticamente più che di giustizia riparativa si dovesse parlare di giustizia “a due” a carattere riparatorio.

Modernamente, a mio avviso il quadro che più si avvicina alla rappresentazione della giustizia riparativa è quello di Rembrandt del Figliol prodigo, il quale oltre a rappresentare la dinamica riconciliativa, evidenzia anche un monito fondamentale contenuto nella parabola stessa: insomma, come sempre accade, attraverso l’arte il diritto viene colto nella sua essenza ricomprendente anche il problema, nella sua luce accompagnato dalla sua ombra.

Alcune parole sulla parabola. Di solito, nella lettura di questa parabola, l’attenzione si concentra sul rapporto del figliol prodigo con il padre. Raramente, l’attenzione si estende al rapporto del figlio “fedele” con il padre. Mai si mettono in relazione il figliol prodigo e il figlio fedele, a mio avviso alla fin fine i veri protagonisti della vicenda. Ebbene, in questa prospettiva, premesso che il rapporto di ciascuno dei figli con il padre apre alla dimensione spirituale alla quale ho accennato in precedenza

¹² M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all’età moderna*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009, 204 ss.

¹³ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Castigo: vendetta o giustizia? Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, vol. 3 (2021), 26 ss.

e che qui voglio liberare da qualsiasi connotato religioso, punti nodali divengono l'autentico riconoscimento della propria responsabilità da parte del figlio prodigo, come anche la diffidenza da parte del figlio fedele. Ecco che nella ricongiunzione verso l'altro, il figliol prodigo in quanto autore non può che riconoscere la propria responsabilità verso l'altro, così come il figlio fedele in quanto vittima dovrebbe accogliere chi ha riconosciuto la propria responsabilità. Non potendosi non osservare come alla fin fine la stessa parabola contenga un monito diretto più al figlio fedele che a quello prodigo, visto che quest'ultimo è valorizzato nel suo comportamento di pieno riconoscimento della propria responsabilità, mentre del primo viene posta in evidenza proprio la sua diffidenza e ritrosia.

Ebbene, questa lettura emerge con forza proprio dal quadro di Rembrandt, capace di concretizzare l'autenticità del grande ritorno come anche la distanza in cui si colloca la delusione del figlio fedele illuminato, ma anche nettamente separato dal gesto di inginocchiamento del figlio prodigo accolto dalle mani (una maschile e una femminile) del vecchio padre, come a dire che alla fin fine la giustizia riparativa si regge soprattutto sulla figura delicatissima della vittima che sta dalla parte della ragione, forse la vera grande frontiera di questa nuova penalità e di questo nuovo umanesimo.